



REPUBLIK INDONESIA
KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA

SURAT PENCATATAN CIPTAAN

Dalam rangka perlindungan ciptaan di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, dengan ini menerangkan:

Nomor dan tanggal permohonan : EC00201934505, 29 Maret 2019

Pencipta

Nama : **Wardah Nuroniyah**
Alamat : Jl. Wahid Hasyim Rt/rw 02/01 No.26 Mertapada Kulon Kec. Astanajapura, Kabupaten Cirebon , Jawa Barat, 45181
Kewarganegaraan : Indonesia

Pemegang Hak Cipta

Nama : **Wardah Nuroniyah**
Alamat : Jl. Wahid Hasyim Rt/rw 02/01 No.26 Mertapada Kulon Kec. Astanajapura, Cirebon, Kabupaten Cirebon, Jawa Barat, 45181
Kewarganegaraan : Indonesia

Jenis Ciptaan

: **Buku**

Judul Ciptaan

: **KONSTRUKSI USHUL FIKIH KOMPILASI HUKUM ISLAM; Menelusuri Basis Pembaruan Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia**

Tanggal dan tempat diumumkan untuk pertama kali di wilayah Indonesia atau di luar wilayah Indonesia : 21 Juli 2016, di Jakarta

Jangka waktu perlindungan : Berlaku selama hidup Pencipta dan terus berlangsung selama 70 (tujuh puluh) tahun setelah Pencipta meninggal dunia, terhitung mulai tanggal 1 Januari tahun berikutnya.

Nomor pencatatan : 000138877

adalah benar berdasarkan keterangan yang diberikan oleh Pemohon.

Surat Pencatatan Hak Cipta atau produk Hak terkait ini sesuai dengan Pasal 72 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.

a.n. MENTERI HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA
DIREKTUR JENDERAL KEKAYAAN INTELEKTUAL



Dr. Freddy Harris, S.H., LL.M., ACCS.
NIP. 196611181994031001



cinta buku media

Wardah Nuroniyah

KONSTRUKSI USHUL FIKIH KOMPILASI HUKUM ISLAM

Menelusuri Basis Pembaruan Hukum Perkawinan Islam di Indonesia



KONSTRUKSI

Ushul Fikih

**KOMPILASI
HUKUM ISLAM**

Menelusuri Basis Pembaruan
Hukum Perkawinan Islam di Indonesia



cinta buku media

Wardah Nuroniyah

**KONSTRUKSI USHUL FIKIH
KOMPILASI HUKUM ISLAM:**
Menelusuri Basis Pembaruan Hukum
Perkawinan Islam di Indonesia

Wardah Nuroniyah



KONSTRUKSI USHUL FIKIH KOMPILASI HUKUM ISLAM:

Menelusuri Basis Pembaruan Hukum Perkawinan Islam di Indonesia

Penulis : Wardah Nuroniyah
Editor : Zahrul Athriah
Desain Sampul : Nounna
Layout : Nukmah Yusriyyah

ISBN : 978-602-6902-40-5

Penerbit

Cinta Buku Media

Redaksi:

Alamat : Jl. Musyawarah, Komplek Pratama A1 No.8
Kp. Sawah, Ciputat, Tangerang Selatan
Hotline CBMedia 0858 1413 1928
e_mail: cintabuku_media@yahoo.com

Cetakan: Ke-1 Agustus 2016

All rights reserved

Hak cipta dilindungi Undang-Undang

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara apapun tanpa ijin tertulis dari penerbit

Kata Pengantar

Topik tulisan ini muncul dari pengamatan penulis tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI), khususnya bidang perkawinan, yang telah berlaku selama seperempat abad tetapi belum ada perubahan, baik dari sisi materi hukumnya maupun dari sisi bentuknya yang masih berupa Instruksi Presiden (Inpres). Padahal, Indonesia merupakan negara yang memiliki penduduk muslim terbesar di dunia, namun perkembangan bidang hukum keluarganya tidak seprogresif beberapa negara muslim lainnya.

Atas dasar itu, upaya pembaruan terhadap KHI sebenarnya merupakan sebuah keharusan. Namun demikian, sebelum dilakukan pembaruan, penulis merasa perlu terlebih dahulu untuk meneliti dan mengkaji landasan Ushul Fikih dari pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI, khususnya bidang perkawinan. Hasil dari penelitian dan pengkajian inilah yang terdapat dalam tulisan ini. Tulisan ini tidak saja mengkaji pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI dan landasan metodologis-Ushul Fikihnya yang digunakan, tetapi juga memaparkan kritik dan upaya pembaruan terhadap KHI bidang perkawinan tersebut.

Terlepas dari muatan pasal-pasal yang belum dilakukan pembaruan, terdapat tiga belas topik pembaruan dalam KHI Bidang Perkawinan. Landasan dari tiga belas masalah tersebut secara metodologis bervariasi, ada yang didasarkan pada interpretasi kebahasaan terhadap teks Al-Qur'an dan As-Sunnah, dan ada juga yang didasarkan pada penalaran Analogi (*al-qiyas*) dan pertimbangan kemaslahatan (*al-maslahah*) walaupun jumlah tidak banyak. Namun demikian, interpretasi kebahasaan yang ada dalam KHI Bidang Perkawinan tersebut tidak semata-mata menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan (*al-qawa'id al-lugawiyah*), tetapi juga menjadikan *al-'urf* (adat kebiasaan) masyarakat Indonesia sebagai

pertimbangan (*al-qarinah*) dalam melakukan interpretasi kebahasaan tersebut.

Kajian metodologis terhadap pasal-pasal pembaruan KHI Bidang Perkawinan memperkuat asumsi bahwa sebuah produk hukum, tidak terkecuali aturan perundang-undangan, diformulasi melalui logika, alasan dan pertimbangan tertentu, sehingga pada dasarnya sebuah produk pemikiran hukum (fikih) tersebut dapat berubah dan dapat diubah secara kontekstual sesuai dengan perkembangan kondisi masyarakat. Terhadap KHI pun sebenarnya sudah banyak pihak yang berupaya merespon dengan menawarkan revisi dan pembaruan. Tulisan ini, karena itu, juga memaparkan beberapa respon terhadap KHI Bidang Perkawinan tersebut, yaitu Counter Legal Draft KHI (CLD KHI), Rancangan Undang-Undang Hukum Material Pengadilan Agama (RUU HMPA) Bidang Perkawinan, serta wawancara untuk melihat respon dari para akademisi hukum Islam dan tokoh-tokoh ormas keislaman.

Tulisan ini, dengan demikian, merupakan kajian awal dan sebagai pembuka bagi upaya pembaruan KHI, khususnya Bidang Perkawinan, tidak saja muatan materi hukumnya tetapi juga kedudukannya secara formal dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Namun demikian, penulis menyadari bahwa dalam tulisan ini masih banyak kekurangan, sehingga saran-saran konstruktif sangat diharapkan dari para pembaca sekalian.

Tulisan ini juga tidak mungkin dapat diselesaikan tanpa dorongan dan bantuan dari berbagai pihak. Oleh karena itu, penulis mengucapkan terima kasih terutama kepada Prof. Dr. H. Said Agil Husain Al-Munawwar dan Prof. Dr. H. M. Atho Mudzhar, MA, MA yang telah memberikan bimbingan, koreksi dan saran-saran perbaikan yang berharga. Penulis juga berterima kasih atas masukan dan saran-saran perbaikan dari Prof. Dr. Masykuri Abdillah, MA, Prof. Dr. H. Abdul Ghani Abdullah, SH, Prof. Dr. Hasanuddin, AF, MA dan Prof. Dr. Huzaimah Tahido Yanggo, MA. Kemudian penulis juga berterima kasih kepada pihak UIN Syarif Hidayatullah,

khususnya Rektor dan Direktur Sekolah Pascasarjana, dan para dosen Pascasarjana yang telah memberikan pendidikan dan bimbingan akademis selama ini, serta tidak lupa juga terimakasih ditujukan kepada para staf Tata Usaha yang telah memberikan kemudahan terutama dalam proses administrasi penyelesaian tulisan ini. Di samping itu, penulis juga berterima kasih kepada teman-teman yang ada di Sekolah Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah yang namanya tidak mungkin penulis sebutkan satu persatu.

Penulis tentu saja juga mengucapkan terima kasih yang mendalam terutama kepada Bapak dan Mimi yang telah banyak memberikan doa dan selalu memotivasi untuk menyelesaikan studi S3 ini. Penulis juga tentu saja harus berterima kasih kepada suami dan anak (Faza) tercinta, yang telah banyak memberikan motivasi selama proses penyusunan tulisan ini. Tanpa Cinta, kesabaran, doa dan dorongan mereka semua, tulisan ini tidak mungkin dapat diselesaikan.

Akhirnya penulis berharap mudah-mudahan tulisan ini dapat memberikan manfaat bagi pengembangan pemikiran hukum Islam, khususnya pemikiran hukum Islam di Indonesia.

Ciputat, 21 Juli 2016

Wardah Nuroniyah

Transliteration

Table of the system of transliteration of Arabic words and names
used by the Institute of Islamic Studies, McGill University.

b	=	ب	z	=	ز	f	=	ف
t	=	ت	s	=	س	q	=	ق
th	=	ث	sh	=	ش	k	=	ك
j	=	ج	s	=	ص	l	=	ل
ḥ	=	ح	d	=	ض	m	=	م
kh	=	خ	ṭ	=	ط	n	=	ن
d	=	د	ẓ	=	ظ	h	=	ه
dh	=	ذ	‘	=	ع	w	=	و
r	=	ر	gh	=	غ	y	=	ي

Short: a = اَ ; i = اِ ; u = اُ

Long: ā = اَآ ; ī = اِي ; ū = اُو

Diphthong: ay = اِي ; aw = اُو

Daftar Isi

Kata Pengantar	iii
Pedoman Transliterasi	vii
Daftar Isi	ix

BAB I

Pendahuluan	1
--------------------------	---

BAB II

Ushul Fikih Sebagai Metode Penemuan Hukum Islam	11
A. <i>Maqāṣid Shari'ah</i> Sebagai Landasan Penetapan Hukum Islam	13
B. Relasi antara <i>Maqāṣid Shari'ah</i> dan <i>Naṣ</i> (Teks Syariah) ..	18
C. Metode Penemuan Hukum Islam: Antara Pendekatan Bahasa dan Pendekatan Makna.....	22
D. Relasi antara Lafaz, Makna Lafaz dan <i>Maṣlahah</i> dalam Metode Penetapan Hukum Islam	28
1. Relasi antara <i>Lafaz</i> dan Makna <i>Lafaz: Lafaz al-Khāfi</i> , <i>Lafaz al-Naṣṣ</i> , <i>'Ibārah al-Naṣṣ</i> , <i>Ishārah al-Naṣṣ</i> dan <i>Dalālah al-Naṣṣ</i>	28
2. Relasi antara <i>Naṣ</i> dan <i>Maṣlahah: Al-Qiyās</i> , <i>Al-Istiṣhāb</i> , <i>Al-Istiṣlāh</i> , serta <i>Al-Istiḥsān</i> dan <i>Sadd al-Dharī'ah</i>	41

BAB III

KHI Bidang Perkawinan Dalam Perspektif Pembaruan Hukum Keluarga Di Dunia Islam	69
A. Sejarah dan Perkembangan Hukum Keluarga di Dunia Islam	69
B. Pembaruan Materi Hukum Perkawinan dalam Aturan Perundang-Undangan di Negara-Negara Muslim	82
1. Pencatatan Perkawinan	86
2. Pembatasan Usia Nikah	89
3. Poligami	91

4.	Perceraian.....	95
5.	Perjanjian Perkawinan	99
C.	Sejarah dan Proses Pembentukan KHI	101
D.	Pembaruan Hukum Perkawinan Islam di Indonesia dalam KHI	112
1.	Pencatatan Perkawinan.....	113
2.	Pembatasan Usia Nikah dan Persetujuan Mempelai	113
3.	Poligami	114
4.	Perceraian	115
5.	Relasi suami dan Isteri.....	116
6.	Perjanjian Perkawinan	117

BAB IV

Pembaruan Materi Hukum Perkawinan KHI

	Dalam Perspektif Ushul Fikih	121
A.	Kesetaraan Laki-Laki dan Perempuan	122
1.	Persetujuan Kedua Calon Mempelai	126
2.	Mempersulit Poligami	133
3.	Hak Berceraai dan Rujuk	140
4.	Hak Terhadap Harta Bersama	145
5.	Masa Berkabung	149
B.	Perlindungan Hak-Hak Anak	152
1.	Batas Minimal Usia Nikah	153
2.	Perkawinan Wanita Hamil	156
3.	Status Anak Sah	159
4.	Pengasuhan Anak	163
C.	Peran Lembaga Pemerintah dalam Perkawinan	166
1.	Pencatatan Perkawinan, Cerai dan Rujuk	167
2.	Perceraian Melalui Pengadilan	172
3.	Perselisihan Perkawinan	175

BAB V

Kerangka Metodologis dan

	Respon Terhadap KHI Bidang Perkawinan.....	183
A.	Kerangka Metodologis-Ushul Fikih dalam KHI Bidang Perkawinan	183
1.	Interpretasi Kebahasaan terhadap <i>nass</i>	184

2.	Analogi (<i>Al-Qiyās</i>)	199
3.	Metode dengan Landasan <i>Maṣlahah</i>	204
B.	Kritik Metodologis terhadap KHI Bidang Perkawinan.....	210
C.	Respon terhadap KHI	
	Bidang Perkawinan di Indonesia	227
1.	Poligami	256
2.	Wali Nikah dan Pencatatan Perkawinan	258
3.	Perkawinan Sementara Waktu	259
4.	Status Hukum Anak	260
 BAB VI		
	Penutup	265
	 Daftar Pustaka.....	271
	Glosarium.....	285
	Index	291
	Biodata Penulis	295

Bab I

Pendahuluan

Hukum keluarga Islam, berbeda dengan bidang hukum Islam lain, merupakan hukum yang diberlakukan hampir di seluruh negara-negara muslim saat ini. Pemberlakuan hukum keluarga Islam di dunia muslim tersebut umumnya dalam bentuk aturan per-undang-undangan negara secara formal.¹ Negara-negara muslim dari mulai wilayah Afrika Utara, Timur Tengah, Asia Selatan sampai Asia Tenggara hampir seluruhnya memiliki aturan perundang-undangan hukum keluarga, tidak terkecuali di Indonesia dengan Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam (KHI).² Ini menunjukkan bahwa bidang hukum keluarga merupakan bidang hukum Islam yang sangat penting karena diimplementasikan secara merata di dunia Islam saat ini.

Negara-negara muslim secara terus menerus melakukan upaya pembaruan dan perubahan undang-undang hukum keluarga. Turki merupakan negara pertama yang melakukan pembaruan hukum keluarga, yaitu mulai tahun 1917, kemudian diikuti oleh Mesir pada tahun 1920, Iran tahun 1931, Syria tahun 1953, Tunisia tahun 1956,

¹Peraturan per-undang-undang-an (*qānūn*, undang-undang) mengenai hukum keluarga Islam merupakan salah satu produk pemikiran hukum Islam, selain hasil pemikiran dalam kitab-kitab fikih, fatwa, dan *qaḍā'* (putusan hakim). Mohamad Atho Mudzhar, *Islam and Islamic Law in Indonesia: A Social-Historical Approach* (Jakarta: Office of Religious Research & Development, and Training, Ministry of Religious Affairs, 2003), 94-104.

² Undang-Undang RI No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Instruksi Presiden RI No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

Pakistan tahun 1961 dan termasuk Indonesia pada tahun 1974.³ Negara-negara tersebut dan juga negara-negara muslim lainnya sampai dengan sekarang terus berusaha untuk melakukan pembaruan undang-undang hukum keluarganya sesuai dengan tuntutan dan perkembangan zaman kontemporer.⁴

Adanya pembaruan hukum keluarga di negara-negara muslim tersebut pada awalnya karena dirasa bahwa memegang doktrin dari satu mazhab fikih saja tidak lagi memadai. Karena itu kemudian untuk menyusun materi aturan perundangan hukum keluarga, banyak negara muslim melakukan *takhayyur*, yaitu proses seleksi terhadap pendapat-pendapat ulama dari berbagai mazhab demi untuk mendapatkan jawaban yang paling sesuai dengan konteks perubahan masyarakat.⁵ *Takhayyur*, bukan ijtihad, dilakukan sebagai langkah awal umat Islam meninggalkan masa jumud dan fanatik mazhab yang telah dilaluinya hampir delapan setengah abad (dari pertengahan abad 4 H sampai dengan akhir abad 13 H).⁶

Tahap lebih maju dari *takhayyur* adalah melakukan interpretasi baru terhadap masalah-masalah tertentu dalam Al-Quran dan Sunnah Nabi SAW sebagai solusi terhadap kebutuhan masyarakat modern, seperti pembatasan poligami, mempersulit terjadinya perceraian dan pembatasan usia perkawinan. Interpretasi

³M. Ato Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 1.

⁴ Lihat misalnya Tahir Mahmood, *Family Law Reform in the Muslim World* (Bombay: N.M. Tripathi PVT. LTD, 1972). Abdullahi A. An-Na'im (Ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book* (London: Zed books Ltd, 2002).

⁵Untuk melihat tahapan pelaksanaan prinsip *takhayyur* beserta contoh-contoh kasusnya dalam beberapa masalah hukum keluarga, lihat misalnya Noel J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990), 185-201 dan 203.

⁶Awal munculnya pemikiran hukum Islam pada masa modern ini, menurut Khallāf, dimulai pada akhir abad 13 H di Turki Usmani dan kemudian di Mesir. 'Abd al-Wahhab Khallāf, *Khulāṣah Tārīkh al-Tashrī' al-Islāmiy* (Jakarta: al-Majlis al-A'la al-Indūnīsi li al-Da'wah al-Islāmiyyah, 1968), 103-105.

seperti itu pada dasarnya hanya merupakan *quasi-ijtihad*, karena belum menggunakan pendekatan yang sistematis dan metodologi yang konsisten. Fikih (materi hukum Islam) yang diformulasi dengan menggunakan *takhayyur* dan *quasi-ijtihad* memang dapat menghasilkan ketetapan hukum yang sesuai dengan kebutuhan masyarakat modern, namun keduanya tidak ditopang dan dilandasi oleh bangunan Ushul Fikih (filsafat dan teori hukum Islam) yang sistematis dan terpadu sehingga sering menimbulkan inkonsistensi penalaran dan memberi kesan oportunistik yang hanya merupakan penyelesaian sementara bagi masalah hukum yang dibutuhkan masyarakat. Atas dasar itu, prinsip *takhayyur* dan *quasi-ijtihad* ini pada dasarnya memiliki kelemahan Ushul Fikih yang serius.⁷ Pembaruan hukum keluarga Islam di negara-negara muslim, dengan demikian, selayaknya berangkat dan diawali dari pembaruan bangunan Ushul Fikih-nya, tidak terkecuali di Indonesia.

Upaya pembaruan dan reformulasi fikih dalam bidang hukum keluarga (*al-ahwāl al-shakhsīyah*) di Indonesia secara lengkap sesungguhnya baru dilakukan pada tahun 1991, yaitu dengan munculnya KHI yang memuat bidang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan.⁸ Sementara UU Nomor 1 Tahun 1974 hanya memuat hukum perkawinan yang tidak saja diberlakukan bagi warga negara muslim tetapi juga warga negara lainnya. Penyusunan KHI berlangsung selama enam tahun, yaitu dari tahun 1985 sampai tahun 1991,⁹ dan setelah mendapat masukan dari berbagai pihak dan sosialisasi kepada masyarakat luas, pada tanggal 10 Juni 1991 KHI

⁷Noel J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990), hlm. 185-201 dan 203. Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Uṣūl al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 211.

⁸ Khusus tentang perwakafan sudah diterbitkan undang-undang, yaitu Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf.

⁹ KHI ini disusun secara resmi berdasarkan keputusan bersama antara Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama yang ditandatangani pada tanggal 21 Maret 1985.

ditetapkan menjadi Instruksi Presiden (Inpres) No.1 Tahun 1991 untuk dijadikan sebagai pedoman dalam bidang hukum keluarga bagi masyarakat luas, termasuk para hakim di lingkungan Peradilan Agama di seluruh Indonesia.¹⁰ Dengan munculnya KHI ini para hakim Pengadilan Agama memiliki pedoman yang sama dan keputusan-keputusannya dapat diseragamkan, sehingga hal ini kemudian dapat menghilangkan keresahan di tengah masyarakat akibat beragamnya keputusan Pengadilan Agama untuk suatu kasus yang sama. Keragaman keputusan hakim Pengadilan Agama tersebut disebabkan karena beragamnya sumber pengambilan hukum yang berasal dari kitab-kitab fikih klasik yang jumlahnya banyak.¹¹ KHI ini, walaupun berupa Inpres, sampai saat ini menjadi pedoman, rujukan dan sumber hukum materil bagi para hakim pengadilan agama dalam memutuskan perkara hukum keluarga di Indonesia.¹²

¹⁰ Bandingkan Keputusan Menteri Agama RI Nomor 154 Tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991.

¹¹ Menurut Surat Edaran Biro Peradilan Agama Tanggal 18 Pebruari 1958 Nomor B/I/735, terdapat 13 kitab klasik yang menjadi sumber hukum materil Peradilan Agama saat itu, dan semuanya dari mazhab Syafi'i. Kitab-kitab tersebut adalah *al-Bajuri, fatḥ al-Mu'in, Sharqawi 'ala al-Tahrir, Qalyubi, Fatḥ al-Wahhāb, Tuḥfah al-Muhtāj, Tadhīb al-Mustaghfi'n, Qawānīn Shar'iyah li Sayyid Yahya, Qawānīn Shar'iyah Li Sayyid Ṣadaqah Dahlan, Shamsuri fi al-Farūid, Bughyatul Mustarshidīn, al-Fiqh 'alā al-Madhāhib al-Arba'ah* dan *Mughnī al-Muhtāj*. Lihat *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, 1993/1994), 129-130.

¹² Di dalam kenyataan, sesungguhnya para hakim Peradilan Agama dalam memeriksa dan memutuskan perkara-perkara perkawinan, tidak hanya mengacu kepada UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tetapi juga UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang kemudian diubah dengan UU No. 3 Tahun 2006 dan UU No. 50 Tahun 2011 dan Peraturan Perundangan terkait lainnya. Selain itu terdapat pula naskah Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinilai sebagai *ijma'* (consensus) ulama Indonesia yang kemudian menjadi lampiran Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang sosialisasi dan penerapannya. Isi KHI terkadang memperkuat isi UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, terkadang menyandarkan diri pada UU itu, terkadang menjelaskannya, dan terkadang pula memperkenalkan pemikiran baru yang boleh jadi dalam masyarakat menjadi bahan ikhtilaf. KHI itu sendiri terdiri atas tiga buku, yaitu Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan, dan Buku III tentang Hukum

Penyusunan materi KHI di samping bersumber dari beberapa kitab fikih klasik juga dari hasil studi banding ke Mesir, Maroko dan Turki yang telah lebih dahulu mengkodifikasikan hukum keluarga secara formal.¹³ Oleh karena itu, dalam KHI terdapat beberapa pembaruan materi hukum yang berbeda dengan pandangan fikih klasik, misalnya tentang pencatatan nikah,¹⁴ batas usia pernikahan,¹⁵ adanya izin pengadilan agama untuk melakukan poligami,¹⁶ ahli waris pengganti,¹⁷ dan wasiat wajibah bagi anak dan orang tua angkat.¹⁸ Namun demikian, apabila dicermati, KHI dan juga UU Perkawinan yang merupakan hukum materil di Pengadilan Agama tersebut memiliki beberapa kelemahan. Kelemahan tersebut antara lain masih banyaknya aturan-aturan hukum yang hanya berupa anjuran moral dan bukan berupa norma hukum yang mengikat dan mengandung adanya sanksi secara positif. Aturan seperti ini kemudian menimbulkan pandangan sebagian ahli hukum umum bahwa hukum Islam hanya mengatur hubungan antara individu manusia dengan Tuhannya, karena perintah dan larangan yang ada hanya bersifat anjuran moral, dan bukan berupa norma hukum yang positif. Oleh karena itu, muncul pemahaman bahwa hukum Islam

Perwakafan. KHI ini unik, pertama karena bentuknya seperti UU disusun dengan urutan Bab dan Paalnya, dan Kedua karena KHI sesungguhnya bukanlah UU dan tidak pernah melalui pembahasan di Parlemen, tetapi isinya dapat menjadi hukum positif yang mengikat ketika digunakan oleh Hakim Peradilan Agama dalam putusannya. Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

¹³ Abdurrahman, *Kompilasi hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Akademika Pressindo, 1992), 105

¹⁴ Pasal 5 dan 6, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Depag RI, 1998/1999), 15

¹⁵ Pasal 15 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

¹⁶ Pasal 56 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34

¹⁷ Pasal 185 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 86

¹⁸ Pasal 209 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 94

hanya sesuai untuk mengatur individu supaya menjadi manusia sempurna dan tidak sesuai untuk mengatur ketertiban dan ketentraman masyarakat secara umum.¹⁹

Dalam masalah pencatatan perkawinan, misalnya, dinyatakan bahwa setiap perkawinan harus dicatatkan sehingga pelaksanaannya harus dilakukan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah, dan karena itu perkawinan yang tidak dicatatkan tidak memiliki kekuatan hukum.²⁰ Pasal ini bertujuan untuk menertibkan administrasi perkawinan, karena perkawinan merupakan perbuatan hukum yang mempunyai banyak relasi dan implikasi hukum, terutama antara suami-istri dan orang tua-anak. Dengan adanya pencatatan ini, di samping untuk ketertiban administrasi, juga pada gilirannya untuk melindungi hak-hak hukum, terutama istri dan anak, seperti dalam masalah nafkah, harta warisan, serta kejelasan status dan nasab. Hanya saja KHI ataupun UUP, dengan pasal-pasal yang ada, tidak secara tegas mengharuskan adanya pencatatan tersebut dalam setiap perkawinan, sehingga masih banyak masyarakat yang melangsungkan perkawinan tanpa dicatat, dan ini dianggap sebagai hal yang biasa serta tidak melanggar hukum.

Tidak adanya ketegasan sebagai aturan hukum yang positif tersebut juga terjadi pada pasal-pasal yang lain, seperti keharusan adanya izin dari pengadilan bagi suami yang akan melakukan poligami, adanya kemampuan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak,²¹ pemberian mut'ah oleh suami kepada istri yang dicerai, pemberian nafkah oleh suami kepada isteri yang ada dalam masa 'iddah, dan pemberian biaya *ḥadānah* (pemeliharaan) oleh bapak

¹⁹ Samsul Wahidin dan Abdurrahman, *Perkembangan Ringkas Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 1 (Jakarta: Akademika Pressindo, 1984), 83-86.

²⁰ Pasal 5, 6, dan 7 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan (UUP).

²¹ Pasal 55, 56, 58, dan 82 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 33-34. Pasal 4, 5, dan 65 Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974, (Surabaya: Gita MediaPress,tt), 2,3 dan 20 .

untuk anak-anaknya, termasuk anak-anak yang tinggal bersama mantan istri sampai umur 21 tahun.²² Dalam KHI dan UUP, aturan-aturan tersebut sama sekali tidak diikuti oleh sanksi apabila kemudian dilanggar. Ini berarti aturan-aturan tersebut hanya berupa anjuran kepada masyarakat tanpa memberikan penegasan sebagai aturan hukum yang positif bahwa aturan-aturan tersebut harus dilaksanakan. Karena itu, sering kali putusan-putusan pengadilan agama yang berkaitan dengan pelanggaran terhadap hal-hal di atas kurang dapat terlaksana secara efektif, dan kemudian pada umumnya yang banyak dirugikan oleh ketidaktegasan aturan yang ada dalam KHI dan UUP tersebut adalah perempuan dan anak-anak.

Atas dasar itu, setelah berjalan selama hampir dua belas tahun, aturan perundang-undangan hukum keluarga di Indonesia, khususnya KHI, dirasa masih banyak kekurangan. Oleh karena itu, pada tahun 2003 muncul RUU HTPA (Hukum Terapan Peradilan Agama) dan tahun 2004 muncul CLD KHI (*Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*) yang berusaha menawarkan upaya pembaruan untuk memperbaiki dan menyempurnakan aturan hukum keluarga Islam yang ada. RUU HTPA yang kemudian menjadi RUU HMPA (Hukum Materil Peradilan Agama) sejak tahun 2003 sampai dengan saat ini masih dalam tahap pembahasan dan sosialisasi serta belum diproses untuk menjadi undang-undang. RUU HMPA ini hanya memuat bidang perkawinan, bukan keseluruhan bidang hukum keluarga Islam. Sementara itu, CLD KHI merupakan tawaran pemikiran yang langsung dimaksudkan untuk melakukan pembaruan terhadap KHI. Oleh karena itu, format dan materi bahasan CLD KHI hampir sama dengan KHI, yaitu tentang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan, hanya saja berbeda dalam hal pendapat dan pemikiran yang dikandungnya. CLD KHI ini dibentuk karena memandang bahwa KHI sudah tidak relevan lagi untuk diterapkan saat ini. KHI dipandang tidak saja tidak sesuai

²²Pasal 149 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 69.

dengan masyarakat modern yang egaliter, pluralis, dan demokratis tetapi juga beberapa pasalnya bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar ajaran Islam.²³ Oleh karena itu, CLD KHI ini hendak membaca ulang KHI dan menyusunnya kembali dalam perspektif baru yang lebih sesuai dengan kondisi masyarakat Indonesia saat ini.²⁴

Di sinilah letak signifikansi dari adanya penelitian yang hendak melakukan upaya pengembangan dan pembaruan yang berangkat dari aturan hukum keluarga yang telah ada dan sedang berlaku, sehingga hasil penelitiannya dapat memberikan kontribusi dan masukan bagi RUU HMPA secara khusus, atau bagi pengembangan hukum materil peradilan agama di Indonesia secara umum. Atas dasar itu, penelitian ini hendak berupaya melakukan kajian materi hukum keluarga, khususnya bidang perkawinan, yang terdapat dalam KHI, serta berusaha menelusuri Ushul Fikih (filsafat serta teori dan metodologi hukum Islam) yang dijadikan landasan oleh KHI. Dengan diketahui landasan Ushul Fikih yang digunakan, pada gilirannya akan dapat dikembangkan konstruksi Ushul Fikih seperti apa yang dapat dibangun sehingga dapat memberikan kontribusi bagi upaya pembaruan hukum perkawinan di Indonesia, khususnya hukum materil perkawinan yang akan diberlakukan di lingkungan peradilan agama.²⁵

²³ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Departemen Agama, 2004), 7 dan 9.

²⁴ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 8.

²⁵ Aturan perundangan yang mengatur Peradilan Agama adalah Undang-Undang RI Nomor 7 Tahun 1989, yang kemudian ada amandemen terhadap beberapa pasal sehingga menjadi Undang-Undang Peradilan Agama Nomor 3 Tahun 2006. Pasal 49 Undang-Undang Peradilan Agama (UUPA) Nomor 3 Tahun 2006 menyatakan bahwa Pengadilan Agama bertugas dan berwenang untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam dalam bidang hukum keluarga, yaitu masalah perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan juga bidang ekonomi syariah.

Dengan demikian, upaya pembaruan materi hukum perkawinan Islam perlu diawali oleh pengkajian teori dan metodologi hukum Islam yang sistematis, bahkan juga landasan filsafat hukum Islamnya, sehingga pembaruan hukum perkawinan tersebut secara epistemologis dapat dipertanggung jawabkan serta memiliki pijakan yang kuat. Kemudian, dengan mengkaji Ushul Fikih bagi upaya pembaruan hukum perkawinan ini dimungkinkan pembaruan tersebut dilakukan secara konsisten dan sistematis serta selalu dapat menjawab tantangan masyarakat modern. Dalam diskursus pemikiran hukum Islam kontemporer dinyatakan bahwa problem yang dihadapi sebenarnya adalah bukan hanya pada materi hukum Islam seperti apa yang sesuai dengan konteks masyarakat saat ini, tetapi lebih dari itu adalah formulasi teori dan metodologi (Ushul Fikih) seperti apa yang digunakan supaya hukum Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan Sunnah Nabi SAW tersebut sesuai dengan konteks masyarakat kontemporer.²⁶ Dengan demikian, berangkat dari penelusuran terhadap Ushul Fikih yang menjadi landasan KHI bidang perkawinan ini, pembaruan hukum perkawinan Islam dapat diformulasi secara lebih sistematis dan kontekstual.

Atas dasar itu, tulisan ini membahas tentang konstruksi Ushul Fikih KHI Bidang Perkawinan. Hanya saja tulisan ini diawali dengan pembahasan secara umum tentang kerangka ushul fikih sebagai metode penemuan hukum Islam. Kemudian dikaji juga hukum perkawinan di Indonesia dilihat dari perspektif pembaruan hukum keluarga di dunia Islam. Setelah itu baru kemudian diuraikan pembaruan KHI bidang perkawinan dalam prespektif ushul fikih. Selanjutnya dipaparkan analisis kritis terhadap kerangka ushul fikih-metodologis yang dibangun oleh KHI bidang perkawinan tersebut,

²⁶Untuk mencapai tujuan terbentuknya hukum Islam modern, hal pertama yang harus dilakukan adalah mereformulasi teori hukum Islam (Ushul Fikih) supaya sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat kontemporer. Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia* (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008), 110.

dan kemudian dikemukakan respon dan upaya pembaruan terhadap KHI. Pembahasan ini diakhiri dengan penutup yang berisi kesimpulan dan saran sebagai tawaran tindak lanjut yang perlu dilakukan.

Bab II

Ushul Fikih

Sebagai Metode Penemuan Hukum Islam

Secara bahasa kata *uṣūl al-fiqh* terdiri dari dua kata, yaitu *uṣūl* yang antara lain berarti dalil (*al-dalīl*), kaidah (*al-qā'idah*) dan yang lebih kuat (*al-rājih*), dan *al-fiqh* yang berarti pemahaman (*al-fahm*), sehingga ushul fikih berarti dalil-dalil atau kaidah-kaidah atau juga bisa dikatakan sebagai dasar-dasar atau fondasi dari fikih (hukum Islam).¹ Sementara itu, secara terminologis *uṣūl al-fiqh* dapat didefinisikan sebagai metode-metode yang digunakan oleh ulama hukum Islam untuk menyimpulkan dan mengeluarkan (*istikhrāj*) hukum Islam dari sumber-sumbernya (Al-Qur'an dan As-Sunnah), baik sumber hukum tersebut berupa dalil partikular dan terperinci (*tafṣīlī*) maupun dalil yang bersifat global (*ijmālī*).² Dari definisi *uṣūl al-fiqh* tersebut dapat dilihat bahwa ada empat hal penting yang menjadi fokus bahasan dalam ilmu *uṣūl al-fiqh*, yaitu 1) hukum syar'i (hukum Islam) sebagai produk akhir dari proses formulasi hukum Islam. 2) sumber-sumber hukum (*maṣādir al-aḥkām* atau *adillah al-aḥkām*), 3) metode-metode ijtihad (*manāhij, qawā'id*) dalam menyimpulkan dan menetapkan hukum, serta 4) ulama ahli hukum Islam (*faqīh, mujtahid*) yang menggunakan metode-metode tersebut untuk menyimpulkan hukum syar'i dari sumber-sumbernya.³

¹ Wahbah al-Zuhaili, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmi* (Damaskus: Dār al-Fikr, 1986), I: 16 dan 18.

² Ali Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī' al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Ma'ārif, 1971), 3.

³ Abū Hāmid al-Ghazālī, *al-Mustaşfā fī 'Ilm al-Uṣūl* (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1993), 7.

Oleh karena itu, pada prinsipnya pokok bahasan *uṣūl al-fiqh* adalah empat hal di atas, namun sebagai metodologi penetapan hukum Islam maka pokok bahasan *uṣūl al-fiqh* yang paling utama adalah sumber hukum Islam (*maṣādir aw adillah al-aḥkām al-shar'iyah*) dan metode-metode penafsirannya (*qawā'id wa manāhij al-istinbāt*). Proses penggunaan metode-metode tersebut dalam menetapkan hukum Islam pada dasarnya adalah sebuah proses ijtihad, sehingga dengan demikian *uṣūl al-fiqh* dapat juga dipandang sebagai metodologi ijtihad dalam menetapkan hukum Islam. Sebagai metodologi ijtihad, *uṣūl al-fiqh* selayaknya tidak hanya bermanfaat bagi pembentukan fatwa hukum Islam tetapi juga bagi proses perumusan aturan perundang-undangan dalam suatu negara. Dengan demikian, *uṣūl al-fiqh* seharusnya tidak kehilangan signifikansinya dalam dunia kontemporer dewasa ini. Selama ini terdapat pandangan bahwa *uṣūl al-fiqh* dipandang telah menjadi ilmu baku yang tidak dapat dioperasionalisasikan dalam menetapkan hukum. Kalaupun dapat digunakan, maka hanya menetapkan hukum bagi masalah-masalah lama. Sementara untuk menjawab tantangan dunia kontemporer, *uṣūl al-fiqh* dipandang tidak dapat digunakan, apalagi kemudian untuk memenuhi kebutuhan adanya pembaruan hukum Islam dalam bentuk undang-undang yang diberlakukan dalam suatu negara.⁴ Oleh karena itu, fungsi *uṣūl al-fiqh* tersebut harus dikembalikan kepada asalnya ketika diformulasi oleh para imam mujtahid, yaitu sebagai alat untuk menetapkan masalah hukum Islam yang timbul, baik bagi masalah-masalah lama maupun kontemporer, termasuk dalam memformulasi hukum Islam dalam bentuk aturan perundang-undangan dalam suatu Negara, tidak terkecuali di Indonesia.

Al-Qur'an dan As-Sunnah, sebagai sumber hukum Islam, menurut para ulama hukum Islam diturunkan kepada manusia

⁴Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 211.

dengan memiliki tujuan dan maksud umum, yang disebut sebagai *maqāṣid al-sharī'ah*. Oleh karena itu, sebelum membahas metode-metode penemuan hukum, terlebih dahulu dikaji konsep *maqāṣid al-sharī'ah*, karena *maqāṣid al-sharī'ah* inilah yang menjadi landasan para ulama dalam menetapkan hukum Islam, walaupun mereka memiliki perbedaan pandangan mengenai apa saja yang menjadi *maqāṣid* dari *al-sharī'ah* dan bagaimana cara menemukan *maqāṣid* tersebut, sebagaimana akan diuraikan dalam pembahasan di bawah ini.

A. *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai Landasan Penetapan Hukum Islam

Kata *maqāṣid* merupakan bentuk jamak dari kata *maqṣid*, yang berarti maksud dan tujuan. *maqāṣid al-sharī'ah* secara bahasa berarti maksud dan tujuan-tujuan dari syariah.⁵ Sementara syariah sendiri merupakan aturan-aturan yang datang dari *sharī'* (pembuat syariah, yaitu Allah dan Rasul-Nya) sebagaimana tertuang dalam Al-Qur'an dan Sunnah Nabi. Ketika menetapkan aturan-aturan hukum dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah, *sharī'* dengan demikian memiliki maksud dan tujuan yang hendak dicapai. Maksud dan tujuan *sharī'* dalam menetapkan setiap aturan-aturan hukum yang ada dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah inilah yang dalam literatur hukum Islam disebut sebagai *maqāṣid al-sharī'ah*.

Maksud dan tujuan hukum Islam tersebut tidak disebutkan secara eksplisit dalam Al-Qur'an dan Sunnah Nabi oleh *sharī'*, karena itu melalui aturan-aturan hukum yang terdapat dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah, para ulama ahli hukum Islam berusaha menemukan apa sesungguhnya maksud dan tujuan *sharī'* dalam aturan-aturan yang ditetapkannya tersebut. Setelah para ulama melakukan penelitian secara induktif (*istiqrā'*) terhadap ayat-ayat

⁵ Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic* (Beirut: Librairie Du Liban, 1980), 787.

Al-Qur'an dan Sunnah Nabi, mereka berkesimpulan bahwa tujuan yang hakiki dari hukum Islam secara umum adalah untuk mewujudkan kemaslahatan bagi manusia, baik di dunia maupun di akhirat.⁶ Ini juga berarti sebaliknya bahwa menolak setiap tindakan yang merusak dan membawa mafsadat adalah tujuan dari hukum Islam juga.

Maksud dan tujuan dari hukum Islam (*maqāṣid al-sharī'ah*) yang berupa kemaslahatan bagi manusia ini harus dipahami secara luas. Dalam arti bahwa hukum Islam pada dasarnya hendak mewujudkan kebaikan hidup yang hakiki bagi manusia, baik secara individu maupun secara sosial. Hukum Islam, khususnya melalui *sharī'ah 'ibādah*, bertujuan membentuk pribadi-pribadi yang memiliki jiwa bersih dan dekat dengan Tuhan-nya, sehingga ia selalu menjaga diri dari perbuatan-perbuatan buruk dan mungkar serta hal-hal yang merugikan orang lain. Pribadi-pribadi yang bersih jiwanya dapat menjadi sumber kebaikan bagi orang lain dan masyarakat. Sebuah masyarakat akan menjadi baik apabila individu-individu yang menjadi anggotanya merupakan orang-orang yang baik. Dengan kata lain melalui pembentukan individu yang baik Islam berupaya mencapai tujuan-tujuan sosialnya. Di samping itu, hukum Islam juga bertujuan untuk menegakkan kemaslahatan dan keadilan sosial. Al-Qur'an sendiri banyak sekali mengulang-ulang perintah untuk berbuat adil, karena apabila keadilan dapat ditegakkan, baik dalam wilayah keluarga, kehidupan bermasyarakat, politik, perdagangan, birokrasi maupun dalam wilayah-wilayah yang lain, niscaya keadilan sosial akan terwujud. Aturan-aturan hukum

⁶Menurut al-Shāṭibī, memang tujuan yang utama dari diturunkan dan ditetapkannya syari'ah adalah untuk kemaslahatan manusia, namun di samping itu juga bertujuan untuk dapat dipahami, untuk dijadikan taklif, dan memasukkan manusia di bawah ketentuan syari'ah. Abū Ishāq al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt fī Uṣūl al-Aḥkām*, Edisi al-Hudār Husain (TTP.: Dār al-Fikr, t.t.), II: 2-3.

Islam, khususnya dalam *shari'ah mu'amalah* pada dasarnya semuanya mengacu pada kemaslahatan dan penegakan keadilan ini.⁷

Tujuan hukum Islam yang secara umum berupa mewujudkan kemaslahatan tersebut, setelah diteliti dari aturan-aturan hukum yang ada dalam Al-Qur'an maupun Sunnah Nabi pada dasarnya adalah hendak memelihara kemaslahatan dari lima aspek pokok (*al-kulliyāt al-khams*) dalam kehidupan manusia, yaitu agama (*al-dīn*), jiwa (*al-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan atau harga diri (*al-nasl aw al-'ird*), dan harta (*al-māl*).⁸ Lima hal inilah secara umum yang hendak dipelihara oleh hukum Islam; memelihara dan menjaga lima hal ini akan mendatangkan *maṣlahah*, dan sebaliknya mengabaikan dan merusak lima hal ini akan mendatangkan *mafsadah* serta menolak *mafsadah* adalah *maṣlahah*.⁹

Menurut Jaser Audah, konsep maqashid ini kemudian berkembang. Para ulama kontemporer berpendapat bahwa konsep maqashid yang dikemukakan oleh ulama klasik masih bersifat umum dan tidak meliputi tujuan-tujuan spesifik dari sebuah aturan hukum yang membahas topik-topik tertentu secara detail. Kemudian maqashid klasik juga lebih tertuju pada individu dari pada keluarga, masyarakat ataupun manusia secara umum. Subyek pokok dalam konsep maqashid klasik adalah individu seperti kehidupan, harga diri dan harta individu, bukan masyarakat. Dalam masa kontemporer ini, konsep maqashid ini perlu diorientasikan terutama pada masyarakat seperti harga diri bangsa atau kekayaan dan ekonomi nasional. Para ulama kontemporer, menurut Audah, kemudian memperluas konsep maqashid meliputi cakupan yang lebih luas

⁷Aḥmad Azhār Bashīr, *Pokok-Pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam* (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1990), 27-29. Muhammad Hashim Kamali, *Sumber, Sifat Dasar dan Tujuan-Tujuan Syari'ah*, terj. dalam *al-Hikmah Jurnal Studi-Studi Islam* no. 10, Juli-September 1993, 57-62.

⁸Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, II: 4.

⁹Muhammad Muṣṭafā Shalabī, *Ta'īl al-Aḥkām* (Beirut: Dār al-Naḥḍah al-'Arabiyyah, 1981), 278.

dengan cara menyimpulkan langsung dari teks-teks suci dan bukan dari literatur fikih mazhab klasik. Dengan cara seperti itu, kemudian dihasilkan bahwa *maqāṣid al-sharī'ah* tidak hanya terbatas pada lima hal pokok sebagaimana dikemukakan para ulama klasik tetapi juga misalnya martabat dan hak asasi manusia, sehingga masuk di dalamnya mengenai hak-hak perempuan dan kebebasan beragama.¹⁰

Ibnu 'Ashūr (w.1393H), misalnya, juga mengembangkan konsep *maqāṣid* ini antara lain dengan menjaga keharmonisan keluarga. Ia menjelaskan tentang tujuan-tujuan dan nilai-nilai moral dari hukum Islam mengenai keluarga. Konsep ini bisa saja dipahami sebagai interpretasi ulang terhadap *maqashid* untuk “menjaga keturunan” atau memang penggantian dari konsep klasik tersebut. Ibnu Ashūr (w. 1393H) dalam hal ini telah berusaha untuk mengembangkan konsep *maqāṣid* tersebut. Namun demikian, sebagian ulama kontemporer tetap menolak konsep-konsep baru seperti keadilan dan kebebasan untuk dimasukkan dalam *maqāṣid*. Mereka lebih cenderung untuk memasukkan muatan konsep-konsep baru tersebut pada konsep yang telah ada. Hal ini diambil sebagai langkah hati-hati yang sedikit berlebihan untuk menolak pengembangan konsep *maqāṣid*.¹¹

Terlepas dari adanya pengembangan konsep atau tidak, mengetahui *maqāṣid al-sharī'ah* ini merupakan keharusan bagi para ahli hukum Islam, karena dengan mengetahui maksud dan tujuan hukum Islam para ahli hukum dapat menganalisis landasan yang digunakan oleh *shāri'* ketika menetapkan suatu hukum, sehingga dapat mengaplikasikan dan menyelaraskan aturan yang ada dalam teks Al-Qur'an dan as-Sunnah dengan realitas empiris yang terjadi dan juga dapat mengembangkan dan menetapkan aturan-aturan

¹⁰Jaser Audah, *Al-Maqāṣid untuk Pemula*, terjemah dari *maqāṣid al-sharī'ah: A Beginner's Guide* (Yogyakarta: Suka Press, 2013), 12-15.

¹¹Jaser Audah, *Al-Maqāṣid untuk Pemula*, terjemah dari *Maqāṣid Al-Sharī'ah: A Beginner's Guide*, 52-53.

hukum yang belum diatur dalam teks Al-Qur'an dan as-Sunnah. Maksud dan tujuan hukum Islam yang berupa kemaslahatan ini secara metodologis menjadi landasan bagi setiap penetapan hukum (*manāṭ al-ḥukm*), yang dalam *uṣūl al-fiqh* klasik menjadi landasan bagi metode *al-qiyās*, *al-istiṣlāḥ*, *al-istiḥsān*, dan *sadd al-dharā'ah*.

Dengan mengetahui maksud dan tujuan hukum Islam, dapat diketahui alasan mengapa *sharī'* menetapkan suatu hukum tertentu (khususnya dalam *sharī'ah mu'āmalat*), sehingga berdasarkan alasan itu dapat diketahui kapan suatu aturan hukum dapat diterapkan dan kapan tidak, sebagaimana kaidah yang berbunyi *al-ḥukmu yadūru ma'a 'illatīhi wujūdān wa 'adamān*, hukum itu ditetapkan berkisar atau berdasarkan pada ada atau tidak adanya 'illat (alasan yang mendasarinya). Dengan kata lain, suatu aturan hukum pada dasarnya dapat berubah apabila kemaslahatan, yang merupakan tujuan hukum Islam, menghendaknya, karena kemaslahatan sebagaimana dikemukakan merupakan 'illat atau *manāṭ al-ḥukm* (alasan yang mendasari adanya suatu hukum). Dari sini kemudian para ulama menyatakan bahwa *taghayyur al-aḥkām bi taghayyur al-azmān wa al-amkinah wa al-aḥwāl wa al-'awā'id*, suatu hukum dapat berubah karena adanya perubahan waktu, tempat, keadaan, dan adat kebiasaan,¹² dan perubahan tersebut didasarkan pada 'illat yang menjadi landasan hukumnya.

Kemaslahatan yang berupa menjaga dan memelihara lima hal pokok (*al-kulliyāh al-khams* atau *al-umūr al-khamsah*), yaitu agama, jiwa, akal, keturunan atau harga diri, dan harta, serta konsep pengembangannya tersebut kemudian dibagi menjadi tiga peringkat, yaitu *danūriyyat* (tingkat primer), *ḥājiyyāt* (tingkat sekunder), dan *taḥsiniyyāt* (tingkat pelengkap), dan masing-masing peringkat tersebut memiliki unsur-unsur penyempurna (*mukammilāt*).¹³

¹²Subḥī Maḥmathāni, *Falsafah al-Tashrī' fī al-Islām* (Beirut: Dār al-'ilm li al-Malayīn, 1961), 201.

¹³Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 296-299.

Penentuan kemaslahatan menjadi tiga peringkat tersebut adalah untuk menentukan kemaslahatan yang mana yang paling kuat untuk menjadi *'illat* atau *manāṭ al-ḥukm* (landasan hukum), terutama apabila terjadi pertentangan kemaslahatan. Apabila terjadi pertentangan antar kemaslahatan, maka kemaslahatan dalam tingkat *danūriyyah* didahulukan untuk dijadikan *'illat* atau *manāṭ al-ḥukm* atau landasan penetapan hukum dari pada kemaslahatan dalam peringkat *ḥājiyyāt*, dan kemaslahatan peringkat *ḥājiyyāt* didahulukan dari kemaslahatan peringkat *taḥsiniyyāt*. Namun apabila pertentangan tersebut dalam peringkat yang sama, seperti sama-sama dalam peringkat *danūriyyāt* atau *ḥājiyyāt* atau sama-sama *taḥsiniyyāt*, maka ini pada dasarnya merupakan wilayah ijtihad yang sangat luas bagi para pemikir hukum Islam, untuk menentukan kemaslahatan yang mana yang paling kuat untuk dijadikan sebagai *'illat* atau *manāṭ* hukumnya.

B. Relasi antara *Maqāṣid al-Sharī'ah* dan *Naṣṣ* (Teks Syariah)

Maksud dan tujuan hukum Islam, sebagaimana telah dikemukakan, secara umum adalah untuk mewujudkan kemaslahatan bagi manusia, dan ini, menurut al-Shāṭibī (w. 790H), merupakan tujuan hukum Islam yang telah diakui oleh seluruh ulama dan tidak ada yang mengingkarinya.¹⁴ Ini berarti ketika para ulama hendak menetapkan hukum yang merupakan hasil interpretasi dan ijtihadnya, para ulama harus merujuk dan menyalurkan dengan maksud dan tujuan hukum Islam tersebut. Namun demikian, mereka berbeda pendapat tentang bagaimana dan di mana maksud dan tujuan hukum Islam itu dapat ditemukan, apakah dari teks (*naṣṣ*) syariah atau dari makna yang dikandungnya.

Perbedaan para ulama mengenai cara mengetahui *maqāṣid al-sharī'ah* ini secara garis besar dapat dikelompokkan menjadi empat

¹⁴Al-Shāṭibī. *Al-Muwāfaqāt*, II: 2-3.

aliran. *Pertama*, kelompok *ḥājiyyāt* (tekstualis), yang memandang bahwa maksud dan tujuan hukum Islam yang hendak dicapai oleh *sharī'* tidak dapat diketahui kecuali melalui bunyi teks secara *zāhir*. *Kedua*, kelompok *Bāṭiniyyah*, yang menyatakan bahwa maksud *sharī'* tidak dapat diketahui dari bunyi teks maupun pemahaman makna dari teks itu, tetapi hanya dapat diketahui melalui Imam *ma'ṣūm* (Imam yang terpelihara dari dosa yang merupakan pemimpin spiritual kaum Syi'ah). Dengan kata lain yang mengetahui tujuan hukum Islam dan yang berhak menafsirkan teks-teks *sharī'ah* adalah hanya Imam Shī'ah.

Kemudian kelompok *ketiga* adalah, kelompok *al-muta'ammiqūn fī al-Qiyās* (rasionalis-liberal), yang memandang bahwa tujuan hukum Islam hanya dapat diketahui melalui makna-makna hasil penalaran rasional yang diambil dari teks-teks *sharī'ah*. Teks-teks *sharī'ah* itu sesungguhnya hanya sarana yang mengikuti (*tabi'ah*) makna-makna yang dimaksud oleh *sharī'*, sehingga apabila makna hasil penalaran itu bertentangan dengan bunyi teks maka harus didahulukan makna hasil penalaran tersebut, karena makna itulah sebenarnya yang hendak dicapai oleh *sharī'* dalam penetapan hukumnya. Kelompok *keempat*, sebagai kelompok terakhir adalah kelompok moderat yang diikuti oleh mayoritas ulama. Kelompok ini memandang bahwa maksud dan tujuan hukum Islam dapat diketahui baik melalui teks *sharī'ah* maupun melalui makna yang dikandungnya. Antara teks dan makna, menurut mereka, keduanya berjalan seiring dan satu sama lain tidak bertentangan. Jadi menurut mereka bunyi yang tersurat dalam teks *sharī'ah* berjalan seiring dan tidak bertentangan dengan makna teks yang diperoleh dari hasil penalaran rasional.¹⁵

¹⁵Lihat Al-Shāṭibī, *Al-Muwāfaqat*, II., II: 273-275. Pandangan mayoritas ulama yang menyatakan bahwa *maqāsid al-sharī'ah* terletak pada teks dan makna, ini memberi pengertian bahwa untuk menemukan *maqāsid al-sharī'ah* bisa melalui analisis kebahasaan dan juga melalui analisis makna, baik makna yang dikandung oleh ayat atau hadis secara parsial (*'illat*) maupun makna universal dari syari'ah

Perbedaan tersebut pada dasarnya juga merupakan perbedaan pemikiran filsafat hukum mengenai apakah hakikat hukum Islam. Hakikat hukum Islam itu adalah teks syari'ah (*nuṣūṣ al-sharī'ah*) ataukah maksud dan tujuan di sebalik teks (*ma'āni wa maqāṣid al-sharī'ah*). Sebagaimana memandang hakikat hukum Islam tersebut, empat kecenderungan pemikiran di atas pada dasarnya timbul dari pemikiran tentang sejauhmana peranan akal dapat mengetahui dan menemukan tujuan hukum Islam yang hendak dicapai oleh *sharī'*. Bagi kelompok yang memposisikan akal dalam tempat yang tinggi maka menjadi kelompok rasionalis-liberal, sehingga bagi mereka cara mengetahui tujuan hukum Islam tersebut adalah hanya dengan akal, dan teks *sharī'ah* hanya dijadikan sebagai sarana dan perantara untuk mengetahui maksud *shāri'*. Sebaliknya kelompok yang kurang memberi peran kepada akal dalam mengetahui maksud dan tujuan hukum Islam, mereka menjadi kelompok tekstualis. Mereka memandang bahwa akal kurang mampu mengetahui tujuan hukum Islam, sehingga menurut mereka maksud dan tujuan *shāri'* dalam menetapkan hukum hanya dapat diketahui melalui bunyi teks-teks *sharī'ah*. Kemudian apabila dicermati sesungguhnya keempat kecenderungan pemikiran di atas masih terdapat pada zaman kontemporer sekarang ini, dan perbedaan kecenderungan ini akan berpengaruh pada konstruksi metodologi hukum Islam yang dibangun.

Konstruksi *uṣūl al-fiqh* saat ini secara umum adalah representasi dari pandangan mayoritas ulama (*jumhur al-'ulama'*), yaitu *uṣūl al-fiqh* yang berusaha memberlakukan baik lafazh maupun makna dari *naṣṣ* syariah sebagai landasan penetapan hukum Islam. Atas dasar itu, al-Shāṭibī (w. 790H) menyatakan bahwa adanya ketentuan-ketentuan makna universal (*al-kulliyah*) dan ketentuan-ketentuan lafazh yang partikular (*al-juziyyah*) dalam syariah Islam

Islam (*hikmah* atau *maṣlahah*). Bandingkan Ahmad ar-Raisuni, *Nazāriyyah al-maqāṣid 'inda al-Imām al-Shāṭibī* (Herndon: IIIT, 1992), 271-283.

bukan berarti keduanya bertentangan, tetapi justru selaras dan saling berdialog. Karena itu, sebuah proses ijtihad harus memperhatikan dan mendialogkan antara keduanya. Suatu ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada *naṣṣ* partikular dan bertentangan dengan nilai-nilai universal syariah, begitu pula sebaliknya, ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada nilai-nilai universal syariah dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan syari'ah yang partikular.¹⁶ Ijtihad yang hanya merujuk pada *naṣṣ* partikular akan cenderung menghasilkan pemahaman tekstualis, namun sebaliknya, ijtihad yang hanya mendasarkan pada nilai-nilai universal syariah akan cenderung menghasilkan corak hukum yang rasional-liberal. Oleh karena itu, keduanya, antara *naṣṣ* partikular (*al-fāz*) dan nilai-nilai universal (*ma'āni*), harus diperhatikan dan didialektikakan ketika menetapkan hukum.¹⁷ Pentingnya lafadh dan makna dalam *uṣūl al-fiqh* tersebut tergambar dalam konstruksi metode penetapan hukum Islam, yaitu dengan adanya kaidah-kaidah kebahasaan (*qawā'id lughawiyah*) dan kaidah-kaidah makna (*qawā'id ma'nawiyah*), sebagaimana dijelaskan lebih lanjut pada sub bab berikutnya.

Dalam literatur *uṣūl al-fiqh*, kaidah-kaidah kebahasaan ini menghasilkan pemahaman tekstual dari *naṣṣ* syariah sementara kaidah-kaidah maknawi menghasilkan *maqāsid al-sharī'ah* yang intinya adalah *maṣlahah*. Antara *naṣṣ* dan *maṣlahah* selayaknya tidak saling bertentangan, namun apabila dalam keadaan tertentu keduanya saling bertentangan maka hal ini menjadi kajian banyak para ulama. Sebagian ulama menyatakan bahwa tujuan hukum syar'i adalah kemaslahatan manusia sementara *naṣṣ-naṣṣ* partikular juga pada dasarnya mengandung kemaslahatan. Misalnya tidak boleh membunuh adalah demi untuk menjaga jiwa manusia, tidak boleh mencuri adalah demi untuk menjaga harta serta adanya pernikahan

¹⁶Al-Shātibī, *al-Muwāfaqāt*, III: 7-10.

¹⁷Al-Shātibī, *Al-Muwāfaqāt*, II: II: 273-275.

adalah demi menjaga kehormatan dan martabat manusia serta menjaga keturunan mereka. Dengan demikian, apabila keduanya bertentangan maka sesungguhnya yang bertentangan adalah bukan antara *maṣlahah* dan *naṣṣ* tetapi antara *maṣlahah* (*maqāṣid al-sharī'ah*) dengan *maṣlahah* lain terkandung dalam *naṣṣ* partikular. Pada kasus seperti ini, maka penyelsaiannya adalah dengan meneliti *maṣlahah* yang paling kuat dan paling sesuai dengan konteks yang akan diterapi hukum, dan umumnya adalah mendahulukan *maqāṣid* dari pada *maṣlahah* yang merupakan muatan sebuah *naṣṣ* partikular. Sebagian ulama menamakan hal ini dengan *takhsīṣ al-nāṣ bi al-maṣlahah*, yaitu mendahulukan *maṣlahah* dari pada *naṣṣ* sebagai bentuk pengecualian (*istisnā*) secara khusus pada kasus tertentu.¹⁸

Contoh dari mendahulukan masalah dari pada *naṣṣ* sebagaimana uraian di atas antara lain adalah kebolehan mengucapkan kata kufur demi untuk menyelamatkan jiwa dari siksaan dan pembunuhan (Al-Nahl ayat 106), kebolehan makan bangkai karena terpaksa dan kelaparan (Al-Mā'idah ayat 3), Rasulullah SAW pernah melarang hukuman potong tangan pencuri ketika masa perang demi untuk memperkuat pasukan muslimin serta Rasul demi kemaslahatan dan kemudahan bertransaksi masyarakat juga membolehkan akad *salam* (pesanan) padahal pada dasarnya jual beli barang yang belum ada barangnya itu tidak diperbolehkan. Begitu pula dengan contoh-contoh lain yang menggambarkan bahwa masalah pada kasus tertentu didahulukan dari pada aturan umum yang termuat dalam *naṣṣ* sebagai suatu pengecualian.¹⁹

C. Metode Penemuan Hukum Islam: Antara Pendekatan Bahasa dan Pendekatan Makna

Uṣūl al-fiqh pada dasarnya merupakan bidang ilmu yang berdasarkan pada nalar *bayānī*, yang menjadikan teks sebagai

¹⁸Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 177.

¹⁹Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 177-178.

sumber untuk mendapatkan pengetahuan (*sulḥ al-naṣṣ*, otoritas teks). Teks yang menjadi sumber utama dalam ilmu Usul al-Fiqh tersebut adalah teks al-Qur'an dan as-Sunnah. Karena itu secara epistemologis, yang dikaji dalam ilmu Uṣūl al-Fiqh adalah petunjuk (*dalālah*) yang ada dalam teks wahyu, baik petunjuk secara tekstual (*dalālah al-naṣṣ*) yang membahas relasi antara lafazh dan makna lafazh, maupun petunjuk yang ada di sebalik teks (*dalālah ma'qūl al-naṣṣ*) yang membahas relasi antara *al-aṣl* (sumber asal, teks) dan *al-far'ū* (cabang, sesuatu yang tidak tertulis dalam teks) yang didasarkan adanya kesamaan *ma'qūl an-naṣṣ* ('*illat*).²⁰

Metode kajian tersebut dalam ilmu *uṣūl al-fiqh* dikenal dengan istilah *ṭurūq al-iṣṭinbāṭ* (metode-metode penyimpulan hukum Islam dari sumber-sumbernya). Dalam metode kajian tersebut ada dua pendekatan, yaitu *pertama*, pendekatan bahasa (*al-qawā'id al-lughāwiyah*), yang mendekati sumber hukum Islam (al-Qur'an dan as-Sunnah) dari sisi kebahasaan, dan *kedua*, pendekatan makna (*al-qawā'id al-ma'nawiyah* atau *al-qawā'id al-syar'iyah*), yang mendekati sumber hukum Islam dari sisi makna rasional dan tujuan yang terkandung di sebalik teks.²¹ Apabila dalam pendekatan makna mengacu pada *maqāṣid al-sharī'ah al-'āmmah* (tujuan umum hukum Islam), kemudian dioperasionalisasikan melalui metode-metode *al-qiyās*, *al-istiṣlāḥ*, *al-istiḥsān* dan *al-dharī'ah*, maka dalam pendekatan bahasa yang dijadikan acuan adalah kaidah-kaidah yang ada dalam bahasa Arab, karena al-Qur'an dan as-Sunnah sebagai sumber hukum Islam menggunakan bahasa Arab.

²⁰Nalar *bayani* dalam ilmu Uṣūl al-Fiqh ini hanya bersifat keumuman, karena al-Jabirī (w. 2010 M) sendiri mengungkapkan bahwa al-Shāṭibī (w. 790 H) telah menggabungkan antara nalar *bayani* dan nalar *burhani* dalam kajian *uṣūl al-fiqh*. Muhammad 'Ābid al-Jabirī, *Binyah al-'Aql al-'Arab, Dirāsah Taḥlīliyyah Naqdiyyah li Nuzūm al-Ma'rīfah fī al-Thaqāfah al-'Arabīyyah* (Beirut: Markaz Dirāsah al-Wahdah al-'Arabīyyah, 1990), 55-56, 538-539. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, 241-253.

²¹ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 201.

Dengan demikian, dalam hal penyimpulan dan penetapan hukum Islam, secara garis besar terdapat dua metode. *Pertama*, metode untuk memahami *naṣṣ* yang ada atau untuk menguatkan salah satu makna yang dikandungnya, dan *kedua*, metode untuk menemukan suatu hukum yang tidak ada *naṣṣ*nya dengan cara memperlebar makna dan kandungan *naṣṣ*, yang prosesnya sering disebut sebagai *ijtihād bi al-ṣayy* (ijtihad dengan menggunakan penalaran).²² Sebelum memahami *naṣṣ* melalui kaidah-kaidah bahasa, para ulama memandang perlu untuk melihat apakah suatu *naṣṣ* tampak bertentangan (*ta'āruḍ*) dengan *naṣṣ* lain atau tidak. Apabila tampak bertentangan, maka upaya pertama yang perlu dilakukan adalah mengkompromikannya (*al-jam'u wa al-tawfiq*). Pengkompromian tersebut di samping dengan jalan penggabungan makna, juga dengan jalan mentakwil (*ta'wīl*), mengkhususkan (*takhṣīṣ*), atau membatasi (*taqyīd*) makna dari suatu *naṣṣ*. Ketika tidak dapat dikompromikan lagi, maka dilakukan *tarjih* (memilih salah satu yang terkuat), baik dengan melihat tingkatan dan kekuatan dalil tersebut maupun dengan melihat tingkat kejelasan maknanya. Mengenai *naskh* (penghapusan hukum) dalam Al-Qur'an, sebagian ulama memilih sebagai jalan terakhir apabila tidak bisa dikompromikan, namun sebagian ulama lain seperti Abū Muslim al-Isfahānī (w. 322H) berpendapat untuk menolak adanya *naskh*. Masalah-masalah yang terlihat ada *naskh*, menurut mereka sebenarnya adalah hanya *istitsnā* (pengecualian), *takhṣīṣ* (pengkhususan), atau *taqyīd* (pembatasan).²³

Setelah *ta'āruḍ* itu dapat diselesaikan, maka untuk memahami *naṣṣ* digunakan kaidah-kaidah penafsiran *naṣṣ* (*qawā'id al-istinbāḥ* atau *qawā'id tafsīr al-nuṣūṣ*). Kaidah-kaidah penafsiran *naṣṣ* ini

²²T.M. Hasbi ash-Shiddieqy, *Dinamika dan Elastisitas Hukum Islam*, Cet. 2. (Jakarta: Tintamas, 1982), 46.

²³Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, Cet. 6 (Jakarta: Bulan Bintang, 1981), II: 27-30.

dibagi menjadi dua, yaitu kaidah-kaidah yang didasarkan pada analisis kebahasaan, yang disebut *qawā'id lughawīyyah* (kaidah-kaidah kebahasaan), dan kaidah-kaidah yang didasarkan pada dasar-dasar dan tujuan *tashīr*' (penetapan hukum oleh Allah dan Rasul), yang disebut *qawā'id tashīriyyah* (kaidah-kaidah pen-syariah-an) atau disebut juga dengan kaidah-kaidah maknawi (*qawā'id ma'nawīyyah*). Para ulama *uṣūl al-fiqh* secara umum membagi kaidah-kaidah kebahasaan menjadi empat bagian. Pembagian tersebut adalah berangkat dari petunjuk suatu *naṣṣ* (*dalālah al-naṣṣ*) yang dilihat dari empat segi, yaitu segi petunjuk yang tersurat dan tersiratnya (*'ibārah al-naṣṣ, ishārah al-naṣṣ, dalālah al-naṣṣ, iqtidā al-naṣṣ, bayān al-darūrah*, dan *mafhūm al-mukhālafah*),²⁴ dari segi terang dan tersembunyinya makna (*muḥkām, mufassar, naṣṣ, zāhir, khafī, musykil, mujmal*, dan *mutashābih*),²⁵ dari segi makna yang

²⁴ *'Ibārah al-naṣṣ* adalah makna yang tersirat yang memang dimaksud oleh *naṣṣ, ishārah al-naṣṣ* adalah makna yang tersirat yang disimpulkan sebagai konsekuensi logis (makna yang melekat) dari *naṣṣ, dalālah al-naṣṣ* adalah berlakunya hukum dari yang ada dalam *naṣṣ* terhadap sesuatu yang tidak ada dalam *naṣṣ* karena adanya kesamaan *'illat* yang dapat dipahami secara bahasa, *iqtidā al-naṣṣ* adalah penyisipan terhadap *naṣṣ* supaya adanya kelurusan dan kesempurnaan makna, *bayān al-darūrah* adalah petunjuk makna yang didiamkan *naṣṣ* yang dapat dipahami dengan mudah, dan *mafhūm al-mukhālafah* adalah berlakunya kebalikan dari hukum yang ada pada *naṣṣ* bagi sesuatu yang tidak ada dalam *naṣṣ*. Hasaballah, *Uṣūl al-Tashīr*, 272-279 dan 284. Muhammad Adīb Ṣālih, *Tafsīr al-Nuṣūṣ fi al-Fiqh al-Islāmī: Dirāsah Muqāranah* (Ttp.: Manṣurāt al-Maktab al-Islāmī, t.t.), I: 525-526.

²⁵ *Muḥkām* adalah lafal yang petunjuk maknanya sangat jelas sehingga tidak mungkin untuk diinterpretasi lain bahkan tidak dapat dihapus (*naskh*), *mufassar* adalah lafal yang petunjuk maknanya sangat jelas dan tidak dapat diinterpretasi lain namun masih mungkin untuk dihapus, *naṣṣ* adalah lafal yang petunjuk maknanya jelas dan sesuai dengan konteks kalimat serta masih dapat menerima interpretasi lain, *zāhir* adalah lafal yang petunjuk maknanya jelas tetapi bukan yang dimaksud oleh konteks kalimat serta dapat menerima interpretasi makna lain, *khafī* adalah lafal yang petunjuk maknanya jelas namun tersembunyi oleh sebab lain dan menimbulkan interpretasi ketika diterapkan, *mushkil* adalah lafal yang petunjuk terhadap maknanya tidak jelas baik disebabkan tidak ada penjelasan yang memadai ataupun karena memang mengandung multi-makna, *mujmal* adalah lafal yang petunjuk maknanya tidak jelas sehingga masih memerlukan penjelasan lebih

diciptakan bagi suatu *naṣṣ* (*mushtarak*, *ʿāmm*, *khāṣ*, *muṭlāq*, *muqayyad*, *amr* dan *nahy*),²⁶ dan dari segi penggunaan makna dalam *naṣṣ* (*ḥaqīqah* dan *majāz*).²⁷ Sementara, kaidah-kaidah pen-syariahan secara umum berisi bahasan tentang maksud dan tujuan ditetapkannya syariah (*maqāṣid al-sharīʿah*). Suatu hukum ditetapkan oleh *shārīʿ* (Allah dan Rasul) pasti memiliki maksud dan tujuan tertentu. Karena itu, *naṣṣ-naṣṣ* Al-Qurān dan as-Sunnah hanya dapat dipahami dengan baik dan tepat apabila diketahui maksud dan tujuan dari *shārīʿ* ketika menetapkan *naṣṣ-naṣṣ* tersebut.²⁸ Secara umum, maksud dan tujuan *shārīʿ* ketika menetapkan hukum melalui *naṣṣ* Al-Qurān dan as-Sunnah, sebagaimana dikemukakan, adalah memelihara kemaslahatan dan kebaikan lima hal pokok, yaitu memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.²⁹

Manfaat mengetahui *maqāṣid al-sharīʿah* ini adalah dapat memilih salah satu makna yang paling tepat dari suatu *naṣṣ* yang

lanjut dari pembicaraannya, dan *mutashābih* adalah lafal yang petunjuk maknanya tidak dapat diketahui karena ketidajelasannya. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīʿ*, 261-271.

²⁶ *Mushtarak* adalah suatu lafal yang memiliki minimal dua makna yang berbeda, *ʿāmm* adalah lafal yang mencakup seluruh satuan-satuan yang dikandungnya, *khāṣ* adalah lafal yang maknanya menunjukkan satuan yang tertentu, *muṭlāq* adalah lafal *khāṣ* yang menunjuk pada satuan yang tidak dibatasi oleh batasan apapun, *muqayyad* adalah lafal *khāṣ* yang menunjukkan pada satuan yang dibatasi oleh suatu batasan, *amr* adalah lafal *khāṣ* yang menunjukkan perintah untuk mengerjakan sesuatu, dan *nahy* adalah lafal *khāṣ* yang menunjukkan larangan untuk mengerjakan sesuatu. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīʿ*, 210, 214, 219, dan 225.

²⁷ *Ḥaqīqah* adalah lafal yang digunakan untuk makna aslinya menurut bahasa atau istilah dan *majāz* adalah lafal yang digunakan bukan untuk makna aslinya menurut bahasa atau istilah. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīʿ*, 253. Kaidah-kaidah kebahasaan di atas oleh para ulama digunakan untuk memahami, menganalisis dan menyimpulkan suatu hukum dari *naṣṣ* Al-Qurān dan as-Sunnah.

²⁸ Di samping itu untuk mengetahui maksud dari suatu *naṣṣ*, Hasbi merujuk para ulama klasik menganjurkan untuk mengkaji sebab-sebab dan peristiwa yang melatarbelakangi turun dan munculnya *naṣṣ* tersebut (*asbāb al-nuzūl* dan *asbāb al-wurūd*). Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, II: 79.

²⁹ Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, II: 81-82.

memang biasanya memiliki lebih dari satu makna, atau dapat mengkompromikan antar *naṣṣ* yang sering kali kelihatan bertentangan.³⁰ *Maqāṣid al-sharī'ah* ini, dengan demikian sangat penting untuk membantu dan memperkuat kaidah-kaidah pengkompromian dan kaidah-kaidah kebahasaan yang dijelaskan di atas. Kemudian *maqāṣid al-sharī'ah* ini juga sebagai landasan bagi metode-metode penetapan hukum Islam bagi masalah-masalah yang tidak dapat dijangkau dengan pendekatan kebahasaan. Metode-metode yang mendasarkan diri pada maqashid syariah ini adalah metode-metode *ijtihād bi al-raʿyi* seperti *al-qiyās*, *al-istiṣlāḥ*, *al-istiḥsān*, dan *sadd al-dharī'ah*.³¹ Atas dasar itu, para ulama sering menyatakan bahwa apabila tidak ada *naṣṣ* maka dilakukan *ijtihād bi al-raʿyi* dengan menggunakan metode *al-qiyās*, *al-istiḥsān*, *al-istiṣlāḥ*, *sadd al-dharī'ah*, dan *al-istiḥbāb*.³²

Dari uraian di atas dapat dipahami bahwa konstruksi ushul fikih yang dibangun oleh jumhur ulama adalah berusaha memadukan antara *naṣṣ* dan masalah. Oleh karena itu, dalam *uṣūl al-fiqh* ada dua corak metode, yaitu metode yang didasarkan pada analisis kebahasaan dan metode yang didasarkan pada *maqāṣid al-sharī'ah*. Keduanya berjalan seiring dan sejalan, hanya saja apabila antara *naṣṣ* dan masalah dalam suatu kasus bertentangan, maka dengan cara pengecualian sementara (*istisnā*), masalah tersebut dapat

³⁰Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, II: 79.

³¹Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, I: 214-215 dan 236-237.

³²*Al-Qiyās* adalah menyamakan sesuatu yang tidak ada *naṣṣ*nya pada hukum sesuatu yang ada *naṣṣ*nya karena keduanya memiliki kesamaan *'illat*, *al-istiḥsān* adalah mengecualikan hukum yang ditetapkan oleh keumuman *naṣṣ* atau ketentuan qiyas pada suatu peristiwa dengan pertimbangan kemaslahatan, *al-istiṣlāḥ* adalah menetapkan hukum terhadap sesuatu yang tidak ada *naṣṣ*nya dengan pertimbangan kemaslahatan, *sadd al-dharī'ah* adalah mencegah sesuatu yang dibolehkan karena apabila tidak dilarang maka akan menimbulkan kemafsadatan, dan *al-istiḥbāb* adalah menetapkan keberlakuan hukum yang telah ada dan membolehkan hukum sesuatu disebabkan tidak adanya *naṣṣ* yang melarang. Hasbi, *Falsafah Hukum Islam*, Cet. 4 (Jakarta: Bulan Bintang, 1990), 320.

didahulukan dari bunyi *naṣṣ*. Batasan sebagai “pengecualian sementara” ini penting ditekankan karena apabila dibuka lebar secara mutlak bahwa masalah didahulukan dari pada *naṣṣ*, maka rambu-rambu syariah akan hancur dan hilang seiring dengan perkembangan zaman.³³

D. Relasi antara Lafazh, Makna Lafazh dan Masalahah dalam Metode Penetapan Hukum Islam

Ushul Fikih jumbuh ulama yang berupaya menggabungkan antara *naṣṣ* (teks, lafazh) dan masalahah, berarti menekankan adanya relasi antara lafazh (*lafz, alfāz*) dan makna lafazh (*ma'na, ma'anī*) sebagaimana dibahas dalam *qawā'id lughawiyah* dan juga antara lafazh (*naṣṣ*) dan masalahah (*al-maṣlahah*) sebagaimana dibahas dalam *qawā'id ma'nawiyah*. Dalam kaitan dengan pembahasan penelitian ini, yaitu bagaimana relasi antara *naṣṣ* dan masalahah yang diimplementasikan dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam) sebagai upaya pembaruan hukum perkawinan di Indonesia, maka secara khusus dibahas mengenai metode interpretasi dan perluasan makna lafazh yang dibahas dalam konsep *lafaz al-zāhir, al-Naṣṣ, dalālah al-'ibārah, dalālah al-ishārah, dan dalālah al-naṣṣ* dan juga mengenai metode penerapan masalahah dan relasinya dengan *naṣṣ* yang dibahas dalam konsep *al-qiyaṣ, al-istishāb, al-istislah* serta konsep *al-istihsān* dan *sadd al-dharī'ah*.

1. Relasi antara Lafaz dan Makna Lafaz: Lafaz al-Khāfi, Lafaz al-Naṣṣ, 'Ibārah al-Naṣṣ, Ishārah al-Naṣṣ dan Dalālah al-Naṣṣ

Sebagaimana dikemukakan, dari segi terang dan tersembunyinya makna, suatu lafazh diklasifikasikan menjadi delapan macam, yaitu *muḥkām, mufassar, naṣṣ, zāhir, khāfi, mushkil, mujmal, dan mutashābih*. Dalam hal ini dikemukakan dua macam lafazh di antaranya, yaitu *lafaz zāhir* dan *lafaz naṣṣ*. *Lafaz*

³³Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 181.

zāhir merupakan lafazh yang penunjukan terhadap maknanya segera dipahami, namun makna tersebut bukan maksud asli yang sesuai dengan konteks lafazh (ayat atau Hadis) tersebut ketika diturunkan. *Lafaz zāhir* seperti ini memungkinkan untuk ditafsirkan, ditakwilkan dan juga pada dasarnya dapat dinasakh pada masa Rasulullah SAW.³⁴ Salah satu contohnya adalah ayat QS. An-Nisā (4) ayat 3 tentang poligami: "...Maka kawinilah wanita-wanita yang kamu senangi: dua, tiga atau empat". Makna *zāhir* yang segera dapat dipahami dari ayat tersebut adalah kebolehan, bahkan anjuran, untuk melakukan poligami sampai dengan empat perempuan. Makna seperti ini, khususnya dalam masalah poligami, biasa dipahami oleh kebanyakan masyarakat muslim, sehingga praktek poligami sering dipahami sebagai sebuah anjuran. Padahal, dalam Ushul Fikih, makna *zāhir* ini bukan merupakan maksud asli dari ayat tersebut. Maksud asli dari suatu ayat atau Hadis dalam Ushul Fikih disebut dengan makna *naṣṣ*.

Lafazh *Naṣṣ* adalah lafazh yang penunjukan terhadap maknanya merupakan maksud asli yang sesuai dengan konteks lafazh ketika dikatakan. Lafazh *naṣṣ*, sama dengan lafazh *zhahir*, ini memungkinkan untuk ditafsirkan, ditakwilkan dan juga pada dasarnya dapat dinasakh pada masa Rasulullah SAW. Makna dari lafazh *naṣṣ* ini, dengan demikian, lebih kuat dari pada makna lafazh *zhahir* karena makna lafazh *naṣṣ* merupakan maksud asli dari lafazh itu yang sesuai dengan konteks pembicaraan. Ayat poligami di atas, apabila ditelusuri makna *naṣṣ*nya adalah bukan kebolehan poligami, apalagi anjuran, tetapi pembatasan praktek poligami. Saat ayat tersebut diturunkan praktek poligami dilakukan tanpa batas oleh masyarakat Arab. Poligami dilakukan dengan belasan bahkan puluhan isteri. Dalam konteks seperti itu, kemudian turun ayat poligami untuk melakukan pembatasan hanya boleh menikahi empat

³⁴ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 265-266. Wahbah, *Ushul al-Fiqh*, 317-318.

isteri, bahkan apabila dikhawatirkan berbuat tidak adil maka harus menikah dengan satu isteri saja.³⁵ Dengan demikian, makna ayat poligami tersebut adalah pembatasan, bahkan sebaiknya dihindari, bukan kebolehan, apalagi anjuran, untuk melakukan poligami.

Lafazh *ẓāhir* dan lafazh *naṣṣ* ini memungkinkan untuk ditafsirkan, ditakwilkan dan juga pada dasarnya dapat dinasakh pada masa Rasulullah SAW. Suatu lafazh masih dapat ditafsirkan berarti lafazh tersebut merupakan lafazh yang *ẓanni*. Dalam Ushul Fikih, Tafsir dibedakan dengan ta'wil. Tafsir adalah upaya menjelaskan maksud suatu lafazh dengan menggunakan dalil *qaṭ'ī*. Misalnya menjelaskan lafazh “shalat” dalam Al-Qur'an dengan hadis-hadis mutawatir tentang cara shalat Nabi. Sementara ta'wil adalah upaya menjelaskan maksud lafazh dengan menggunakan dalil *ẓanni*. Misalnya para ulama berbeda-beda dalam menggunakan dalil *ẓanni* untuk menjelaskan makna “*qurū'*” dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 228 tentang 'iddah bagi perempuan yang ditalak suaminya, apakah bermakna haid atau suci.³⁶ Sementara itu, lafazh *ẓāhir* dan lafazh *naṣṣ* karena merupakan hukum partikular maka pada dasarnya dapat dihapus (*mansukh*) apabila syari' menghendakinya. Hal ini karena dalam hukum Islam terdapat juga aturan-aturan hukum yang memang secara normatif tidak dapat, atau lebih tepatnya tidak mungkin dihapus bahkan oleh syari' sendiri, misalnya perintah untuk menegakkan keadilan, berbuat kebaikan, dan tujuan syari'ah yang berupa kemaslahatan.³⁷

Sementara itu, lafazh dilihat dari segi petunjuk yang tersurat dan tersiratnya, sebagaimana telah dikemukakan, dapat diklasifikasikan menjadi *'ibārah al-naṣṣ*, *ishārah al-naṣṣ*, *dalālah al-naṣṣ*, *iqtiḍā' al-naṣṣ*, *bayān al-darūrah*, dan *mafhūm al-mukhālafah*. Dalam kaitan dengan pembahasan ini, dikemukakan tiga petunjuk

³⁵ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 267. Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh*, 318-319.

³⁶ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 260.

³⁷ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 260-261.

lafazh yang disebut pertama, yaitu *'ibārah al-naṣṣ*, dan *ishārah al-naṣṣ* yang dibahas secara singkat serta *dalālah al-naṣṣ* yang dibahas lebih lengkap karena memang kajiannya lebih kompleks. *Tbārah al-naṣṣ* adalah petunjuk suatu lafazh yang dapat dipahami dengan segera dan memang hal itu dimaksudkan oleh konteks kalimat. *'Ibārah al-naṣṣ* ini dapat dipandang sebagai “makna tersurat”. Misalnya ayat poligami pada QS. Al-Nisā (4) ayat 3 di atas yang menyatakan: “..Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berbuat adil, maka kawinilah seorang isteri saja”. Makna tersurat dari ayat di atas dan memang sesuai dengan maksud ayat tersebut adalah pernikahan hanya dengan satu isteri apabila ada kekhawatiran tidak dapat berbuat adil.³⁸

Sementara itu, *ishārah al-naṣṣ* dapat dipandang sebagai “makna tersirat”, yang biasa didefinisikan sebagai petunjuk lafazh terhadap maknanya yang tidak dapat segera dipahami, namun merupakan makna yang melekat yang tidak dapat dilepaskan dari maksud lafazh tersebut. Misalnya QS. Al-Baqarah (2) ayat 236 yang menyatakan: “Tidak ada kewajiban membayar (mahar) atas kamu, jika kamu menceraikan isterimu sebelum kamu bercampur dengannya dan sebelum kamu menentukan maharnya”. Makna tersurat ayat tersebut adalah kebolehan terjadinya talak sebelum adanya hubungan badan antara suami isteri dan sebelum penentuan jumlah mahar. Makna tersirat dari ayat tersebut adalah bahwa akad nikah dapat dilangsungkan secara sah walaupun tanpa menentukan jumlah maharnya. Makna tersirat ini merupakan konsekuensi logis atau makna yang melekat (*ma'na iltizami*) karena talak tidak mungkin akan terjadi sebelum adanya akad nikah yang sah.³⁹

Selanjutnya adalah *Dalālah al-naṣṣ*. *Dalālah al-naṣṣ* biasa didefinisikan sebagai penunjukan suatu lafazh yang memberi pengertian bahwa hukum dari suatu perbuatan yang disebutkan

³⁸Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 272.

³⁹Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 273.

dalam *naṣṣ* (*manṭūq bih*) berlaku juga bagi perbuatan yang tidak disebutkan dalam *naṣṣ* (*maskūt ‘anhu*), karena dari pengertian secara bahasa kedua perbuatan tersebut memiliki kesamaan ‘*illat* yang menjadi dasar bagi penetapan hukumnya.⁴⁰ Dengan demikian *dalālah al-naṣṣ* ini mirip dengan *al-qiyās*. Sesuatu yang disebutkan dalam teks (*manṭūq bih*) dalam *dalālah al-naṣṣ* sejajar dengan *al-aṣl* (*al-māqīs ‘alaih*) pada *al-qiyās*, dan sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks (*maskūt ‘anhu*) dalam *dalālah al-naṣṣ* sejajar dengan *al-far’u* (*al-maqīs*) pada *al-qiyās*. Hanya saja dalam *dalālah al-naṣṣ*, ‘*illat*-nya dapat diketahui melalui pemahaman bahasa, sementara ‘*illat* pada *al-qiyās* harus ditemukan melalui penelitian dan penalaran yang mendalam.⁴¹ Karena itu, *dalālah al-naṣṣ* ini hanya merupakan penunjukan lafazh (*dalālah al-lafẓ*) bukan merupakan penalaran (*al-ijtihād bi al-ra’yi*) sebagaimana *al-qiyās*.

Penunjukan lafazh ini disebut dengan *dalālah al-naṣṣ* karena hukum yang ditetapkannya tidak dipahami dari lafazh secara langsung seperti pada *ibārah al-naṣṣ* (makna tersurat) dan *ishārah al-naṣṣ* (makna tersirat), tetapi dipahami dari jalan ‘*illat*-nya yang dapat diketahui dari konteks bahasa. Di samping itu *dalālah al-naṣṣ* disebut juga dengan *dalālah al-dalālah*, karena hukum yang ditetapkan pada dasarnya diambil dari “makna” yang dipahami dari “petunjuk lafazh”, sehingga makna yang didapat pada dasarnya adalah “petunjuk” yang termuat dalam “petunjuk lafaz” (*dalālah li dalālah al-lafẓ*).⁴²

Contoh yang sering dikemukakan misalnya adalah QS. al-Isrā (17) ayat 23 yang menyatakan “maka janganlah sekali-kali kamu mengatakan kepada kedua orang tuamu perkataan “ah” (*uff*) dan janganlah kamu membentak mereka” (*falā taqul lahumā uffin wa lā*

⁴⁰Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 275.

⁴¹Abd al-Karīm Zaidān, *al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh* (Kairo: Dār al-a’rba’ah wa al-Naṣṣr al-Islāmiyyah, 1993), 359.

⁴²Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 276. Wahbah al-Zuhailī, *Uṣūl al-Fiqh*, I: 353.

tanhar humā). Apa yang tertulis (*manṭūq bih*) dalam ayat tersebut adalah bahwa seorang anak tidak boleh membentak dan mengatakan kepada kedua orang tuanya perkataan “heh” (*uff*). Namun apakah yang dilarang itu hanya membentak dan mengatakan “heh”? Tentu saja tidak, karena setiap ahli bahasa akan mengetahui bahwa larangan membentak dan mengemukakan kata-kata “heh” kepada kedua orang tua itu karena ada sebab atau *‘illat*-nya, yaitu menyakiti (*idhā*) kedua orang tua. Oleh karena itu, melalui *dalālah al-naṣṣ*, setiap perbuatan yang menyakiti kedua orang tua walaupun tidak disebutkan dalam ayat (*maskūt ‘anhu*) hukumnya dilarang, seperti mencaci-maki dan memukul mereka. Dengan demikian mencaci-maki dan memukul kedua orang tua, berdasarkan *dalālah al-naṣṣ* dari ayat di atas, hukumnya juga dilarang sebagaimana membentak dan mengatakan “heh” kepada mereka. Dengan kata lain hukum larangan bagi sesuatu yang ada dalam ayat (*manṭūq bih*), yaitu mengatakan “heh” kepada kedua orang tua, berlaku juga bagi sesuatu yang tidak disebutkan dalam ayat (*maskūt ‘anhu*), yaitu mencaci-maki dan memukul mereka, karena keduanya mempunyai *‘illat* yang sama, yaitu menyakiti kedua orang tua.⁴³

Sementara itu Wahbah al-Zuhaiḥī mendefinisikan *dalālah al-naṣṣ* ini secara lengkap dengan menyatakan bahwa *dalālah al-naṣṣ* adalah penunjukan lafazh tentang berlakunya hukum dari masalah yang disebutkan dalam teks (*manṭūq bih*) bagi masalah yang tidak disebutkan dalam teks (*maskūt ‘anhu*), karena keduanya memiliki kesamaan *‘illat* yang dapat dipahami dari konteks bahasa, dengan tanpa memerlukan ijtihad syar’i. *Dalālah al-naṣṣ* ini mencakup baik ketika masalah yang tidak disebutkan dalam teks tersebut seimbang (*musāwīyan*) dengan yang ada dalam teks, karena memang setara dalam hal kedekatannya dengan *‘illat*, maupun ketika masalah yang tidak disebutkan dalam teks tersebut lebih utama (*aula*) hukumnya

⁴³ Zaidān, *al-Wajīz*, 358-359.

dari pada masalah yang disebutkan dalam teks, karena kuatnya *'illat* yang ada dalam masalah yang tidak disebutkan dalam teks tersebut.⁴⁴

Dari definisi yang dikemukakan Wahbah di atas, dapat dipahami bahwa *maskūt 'anhu* (sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks) apabila dihubungkan dengan *manṭūq bih* (sesuatu yang disebutkan dalam teks)-nya, maka ada dua macam hubungan, yaitu adakalanya *maskūt 'anhu* lebih utama (*aulā*) dibanding *manṭūq bih*-nya, dan adakalanya *maskūt 'anhu* tersebut seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*-nya. Baik *maskūt 'anhu* tersebut *al-aulā* maupun yang *al-musāwi* dengan *manṭūq bih*-nya, menurut definisi di atas keduanya masuk dalam kategori *dalālah al-naṣṣ*. Contoh jenis yang pertama telah dikemukakan di atas. Dalam contoh tersebut *maskūt 'anhu*-nya, yaitu mencaci maki dan memukul kedua orang tua, lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya, yaitu mengatakan “ah” (*uff*) pada kedua orang tua. Dalam hal ini, *maskūt 'anhu* lebih kuat dan lebih dekat dengan *'illat*-nya, yaitu menyakiti orang tua, dari pada masalah yang disebutkan dalam teks ayat. Dengan demikian dapat dipahami bahwa apabila mengatakan “heh” (*uff*) saja tidak boleh, apalagi mencaci maki dan memukul kedua orang tua, karena mencaci-maki dan memukul tersebut lebih menyakitkan.

Sementara contoh yang menggambarkan bahwa *maskūt 'anhu* seimbang (*musāwiyan*) dengan *manṭūq bih* antara lain adalah QS. an-Nisa (4) ayat 10 yang menyatakan “sesungguhnya orang-orang yang memakan harta anak yatim secara zalim, sebenarnya mereka itu menelan api ke dalam perutnya”. Secara bahasa dapat diketahui bahwa alasan atau *'illat* dari larangan memakan harta anak yatim secara zhalim adalah merampas dan merusak harta anak yatim tersebut dengan semena-mena, karena itu melalui *dalālah al-naṣṣ*, setiap perbuatan yang merusak harta anak yatim secara semena-

⁴⁴Wahbah al-Zuhailī, *uṣūl al-fiqh*, I: 353.

mena hukumnya juga dilarang, seperti membakar dan menenggelamkannya. Dalam hal ini *Maskūt ‘anhu*, yaitu membakar dan menenggelamkan harta anak yatim, seimbang tingkatannya dengan *manṭūq bih*-nya, yaitu memakan harta anak yatim. Keduanya sama-sama menghilangkan dan merusakkan harta anak yatim secara zalim.⁴⁵

Dari definisi yang dikemukakan oleh Wahbah al-Zuhailī di atas, dapat dilihat bahwa *dalālah al-naṣṣ* dapat dibedakan dan diperinci menjadi dua, yaitu *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya dan *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*-nya. Apabila dicermati, klasifikasi ini ditinjau dari sisi relasi antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih*-nya, dan klasifikasi inilah yang akan menjadi titik tolak dalam menganalisis dan memperjelas hubungan antara *dalālah al-naṣṣ* dengan *mafhūm al-muwāfaqāt* dan *al-qiyās al-jāli*. Adapun klasifikasi *dalālah al-naṣṣ* menjadi *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah* dan *dalālah al-naṣṣ al-ḥaqīqiyah*, sebagaimana dikemukakan oleh ulama Hanafiyyah mutakhirin, merupakan tinjauan *dalālah al-naṣṣ* dari segi kekuatan *‘illat* yang menghubungkan antara *manṭūq bih* dan *maskūt ‘anhu*, apakah memang secara meyakinkan *‘illat*, yang dipahami dari konteks bahasa, itu yang menjadi landasan bagi penetapan hukum yang ada pada *manṭūq bih* atau hanya perkiraan saja. Namun klasifikasi *dalālah al-naṣṣ* menjadi *qaṭ’iyyah* dan *ḥaqīqiyah* ini tidak dijadikan dasar klasifikasi dalam tulisan ini, karena ternyata baik *maskūt ‘anhu* itu lebih utama (*aulā*) atau seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*-nya, bisa saja keduanya masuk dalam kategori *dalālah al-naṣṣ* yang *qaṭ’iyyah*, sebagaimana dua contoh yang telah dikemukakan di atas, di samping juga klasifikasi tersebut tidak menjadi fokus perhatian dalam definisi-definisi *dalālah al-naṣṣ* yang

⁴⁵Zaidān, *al-Wajīz*, 359.

dikemukakan oleh para penulis *uṣūl al-fiqh*.⁴⁶ Dengan demikian untuk memerinci dan menganalisis lebih jauh pengertian *dalālah al-naṣṣ*, maka akan digunakan klasifikasi *dalālah al-naṣṣ* yang dilihat dari segi relasi antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih*-nya, apakah *maskūt ‘anhu* itu lebih utama (*al-aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya atau seimbang (*al-musāwī*).

Klasifikasi pertama adalah *maskūt ‘anhu* lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*. Para ulama sepakat bahwa apabila sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks (*maskūt ‘anhu*) itu lebih utama (*aulā*) dari pada sesuatu yang disebutkan dalam teks (*manṭūq bih*), maka ini termasuk *dalālah al-naṣṣ*. Dalam arti bahwa menyamakan hukum dari sesuatu yang ada dalam teks terhadap sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks, ini semata-mata melalui pemahaman bahasa dan penunjukan lafaz, bukan hasil penalaran. ‘*illat* yang menjadi titik temu antara keduanya juga disimpulkan dari teks bahasa secara meyakinkan (*qaṭ’ī*). Bahkan dalam hal ini ‘*illat* hukum tersebut lebih kuat didapati pada *maskūt ‘anhu*-nya, dari pada dalam *manṭūq bih*-nya. *Dalālah al-naṣṣ* yang seperti ini oleh sebagian Hanafiyyah disebut juga dengan *fahwa al-khiṭāb*, karena *fahwa al-khiṭāb* sendiri artinya adalah “makna pembicaraan”, dan *dalālah al-naṣṣ* ini dipahami dan disimpulkan dari sisi maknanya bukan dari

⁴⁶ *Dalālah al-naṣṣ* atau *dalālah al-dalālah* ini sering disebut juga dengan istilah *fahwa al-khiṭāb*, *lahn al-khiṭāb*, *dalālah al-aulā*, dan *mathūm al-muwāfaqah*, atau terkadang juga dengan sebutan *qiyās al-aulā*, *al-qiyās al-jalī*, dan *al-qiyās fī ma’na al-naṣṣ*. Namun sebagian ulama ada yang lebih memerincinya, dengan menyatakan bahwa sebagian *dalālah al-naṣṣ* ini ada yang masuk ke dalam *mathūm al-muwāfaqah* dan yang sebagiannya masuk ke dalam pengertian *al-qiyās al-jalī*. Di samping itu ulama mutakhir, terutama dari kalangan Hanafiyyah, membagi *dalālah al-naṣṣ* ini menjadi *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah* dan *dalālah al-naṣṣ al-zanniyyah*. Al-Jābirī, *Binyah al-‘Aql*, 60. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 276. Muhammad Adīb Ṣāliḥ, *Tafsīr al-Nuṣūṣ fī al-Fiqh al-Islāmī: Dirāsah Muqāranah* (Ttp.: Mansūrāt al-Maktab al-Islāmī, t.t.), I: 525-526.

lafaz secara langsung. Sementara ulama Shāfi'iyah menamakan hal ini dengan *mafḥūm al-muwāfaqah*.⁴⁷

Contoh *dalālah al-nass* jenis ini misalnya adalah QS. al-Nisā' (4) ayat 23 yang menyatakan “Diharamkan atas kamu (menikahi) ibu-ibumu, anak-anak perempuanmu, saudara-saudara perempuanmu, saudara-saudara bapakmu yang perempuan, saudara-saudara ibumu yang perempuan, anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki, anak-anak perempuan dari saudaramu yang perempuan...”. *Manṭūq bih* ayat tersebut menyatakan keharaman seorang laki-laki menikahi ibu, anak perempuan, saudara perempuan, bibi, dan keponakan perempuan. Setiap ahli bahasa akan mengetahui bahwa ‘*illat* hukum perempuan-perempuan tersebut haram dinikahi adalah adanya hubungan kerabat yang menuntut adanya penghormatan sebagai satu darah. Karena itu hukum keharaman menikahi yang ada pada *manṭūq bih* tersebut akan lebih layak diterapkan pada nenek dan cucu perempuan, walaupun nenek dan cucu perempuan tidak disebutkan dalam teks ayat (*maskūt ‘anhu*). Dengan kata lain bibi saja diharamkan untuk dinikahi apalagi nenek yang merupakan ibu dari bibi, begitu pula apabila keponakan perempuan saja haram dinikahi maka apalagi cucu perempuan yang hubungan darahnya lebih dekat.⁴⁸

Karena hubungan antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih* dalam hal ini diketahui dari segi bahasa secara meyakinkan (*qaṭi’yyah*), maka ulama sepakat bahwa penggunaan *dalālah al-nass*, semacam ini berlaku dalam semua masalah hukum, termasuk masalah *ḥudūd* dan *kafārah* (masalah-masalah hukuman pidana). Misalnya Hadis Nabi SAW yang menyatakan bahwa ada seorang laki-laki menghadap kepada Nabi dan menyatakan bahwa ia telah menggauli

⁴⁷Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 125-126. Muṣṭafā Sa’id al-Khinn, *Athār al-Ikhtilāf fī al-Qawā’id al-Uṣūliyyah fī Ikhtilāf al-Fuqāḥa* (Ttp.: Muʿassasah ar-Risālah, 1972), 131. Muhammad Riḍā al-Muzaffar, *Uṣūl al-Fiqh* (Ttp.: tnp., t.t.), I: 109-110.

⁴⁸Adīb Ṣafih, *Tafsīr al-Nuṣūṣ*, I: 521-522.

isterinya di siang hari bulan Ramadan, kemudian Nabi memerintahkan orang itu untuk membayar *kafārah* dengan memerdekakan budak atau puasa dua bulan berturut-turut atau kalau tidak sanggup maka memberi makan enam puluh orang miskin. Dalam *manṭūq bih* dinyatakan bahwa *kafārah* tersebut dikenakan pada orang yang menggauli isterinya di siang hari bulan Ramadan, maka dengan *dalālah al-naṣṣ* dapat disimpulkan bahwa *kafārah* tersebut dikenakan juga --bahkan lebih layak-- pada orang yang melakukan zina di siang hari Ramadan. Perbuatan yang pada asalnya halal saja dikenakan *kafārah* apalagi perbuatan yang haram, sehingga di sini *maskūt ‘anhu* lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya.⁴⁹

Dengan demikian, *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya lebih utama dari pada *manṭūq bih* ini, sebagaimana dikemukakan, disebut juga dengan *fahwā al-khiṭāb*, atau menurut ulama Shafi’iyah dikenal dengan nama *mafḥūm al-muwāfaqah*. ‘Illat yang menghubungkan antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih* pada *dalālah al-naṣṣ* jenis ini dapat dipahami secara bahasa dengan jelas dan meyakinkan (*qaṭ’iyyah*), sehingga ulama Ḥanafiyah mutakhir memasukkan *dalālah al-naṣṣ* jenis ini ke dalam *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah*. Karena itu pula *dalālah al-naṣṣ* ini dapat diberlakukan pada semua masalah hukum, termasuk masalah-masalah *ḥudūd* dan *kaffārat*.

Kemudian klasifikasi kedua adalah *maskūt ‘anhu* seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*. Mengenai *Dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih* ini, para ulama berbeda pendapat; apakah secara konseptual masih dalam lingkup *dalālah al-naṣṣ* yang merupakan pendekatan kebahasaan (*al-qawā’id al-lughawiyyah*) atau sudah masuk ke metode *al-qiyās* yang berarti sudah merupakan pendekatan makna (*al-qawā’id al-*

⁴⁹Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 277.

ma'nawiyyah atau *al-qawā'id al-shar'iyyah*). Menurut mayoritas ulama ḥanafiyah, sebagaimana definisi yang dikemukakan Wahbah di atas, hal ini termasuk *dalālah al-naṣṣ* sehingga masih masuk dalam lingkup pendekatan bahasa. Konsekuensinya, *dalālah al-naṣṣ* jenis ini, sama halnya dengan *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt 'anhu*-nya lebih utama dari pada *manṭūq bih*, dapat diberlakukan pada semua masalah hukum, termasuk masalah *hudūd* dan *kaffarāt*. *Dalālah al-naṣṣ* jenis ini oleh sebagian ḥanafiyah disebut dengan *lahn al-khiṭāb*, karena *dalālah al-naṣṣ* jenis ini dipahami dari sisi maksud dan tujuan lafaz.⁵⁰

Sementara itu menurut Shāfi'iyyah, apabila *maskūt 'anhu*-nya seimbang dengan *manṭūq bih* maka sudah masuk dalam metode *al-qiyās*, dan bukan masalah penunjukan lafaz (*dalālah al-lafẓ*), sehingga harus mengikuti syarat-syarat peng-*qiyās*-an. Menurut mayoritas mereka, berbeda dengan sebagian mereka dan pandangan ulama Ḥanafiyah, *al-qiyās* dapat juga diberlakukan pada masalah *hudūd* dan *kaffarāt*, dengan syarat proses peng-*qiyās*-an tersebut memenuhi persyaratan. Mereka menyebut relasi antara *maskūt 'anhu* dan *manṭūq bih* jenis ini dengan *al-qiyās al-jāfi*, *qiyās al-aulawi*, atau *al-qiyās fī ma'na al-naṣṣ*,⁵¹ dan berbeda dengan *mafhūm al-muwāfaqah* yang masih dalam lingkup pendekatan bahasa.

Dengan demikian ada perbedaan konseptual antara mayoritas ulama Hanafiyah dan ulama Shāfi'iyyah. Menurut mayoritas Ḥanafiyah *maskūt 'anhu* yang seimbang dengan *manṭūq bih* masih termasuk ke dalam *dalālah al-naṣṣ*, sementara menurut Shāfi'iyyah

⁵⁰Ini merupakan pandangan mayoritas ulama Hanafiyah. Sebagian ulama Hanafiyah memasukkan *dalālah an-naṣṣ* jenis ini ke dalam *al-qiyās*, sehingga tidak dapat diberlakukan pada masalah-masalah *hudūd* dan *kaffarāt*. Sebagaimana diketahui menurut Hanafiyah --berbeda dengan Shāfi'iyyah-- *al-qiyās* tidak dapat diberlakukan pada masalah-masalah *hudūd* dan *kaffarāt*. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 276-277. 'Abd al-Wahhab Khallāf, *al-Ijtihād bi al-Ra'yi* (Mesir: Maktabah Dār al-Kitāb al-'Arabi, 1950), 27-28.

⁵¹ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 127 dan 276-277.

hal tersebut sudah masuk dalam masalah *al-qiyās*.⁵² Walaupun terjadi perbedaan pendapat, namun dalam tingkat tertentu tidak selalu mengakibatkan perbedaan pendapat di antara mereka dalam masalah penetapan hukum *funū*. Misalnya QS. al-Jumu'ah (62) ayat 9 menyatakan "Hai orang-orang yang beriman, apabila diseru untuk menunaikan shalat pada hari Jum'at, maka bersegeralah kamu kepada mengingat Allah dan tinggalkan jual beli". *Manṭūq bih* ayat tersebut melarang diadakannya jual beli ketika datang waktu shalat jum'at, namun secara bahasa dapat diketahui bahwa larangan itu karena akan mengganggu pelaksanaan shalat jum'at, maka melalui *dalālah al-naṣṣ* (menurut mayoritas Ḥanafiyyah) dan *al-qiyās al-jāli* (menurut Shāfi'iyah) ditetapkan bahwa sesungguhnya transaksi-transaksi lain selain jual beli juga dilarang. Dalam hal ini *maskūt 'anhu*-nya, yaitu transaksi-transaksi lain, seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*, yaitu transaksi jual beli.

Begitu pula QS. an-Nur (24) ayat 4 yang menyatakan bahwa orang yang menuduh wanita baik-baik berzina dan tidak mendatangkan empat orang saksi, maka ia harus di cambuk sebanyak delapan puluh kali. Hukum cambuk pada *manṭūq bih* tersebut berlaku juga pada orang yang menuduh zina terhadap laki-laki baik. Di sini *maskūt 'anhu*-nya, yaitu laki-laki baik, seimbang dengan *manṭūq bih*, yaitu perempuan baik-baik. Contoh lain adalah sabda Nabi SAW yang menyatakan "Barangsiapa lupa bahwa dia sedang berpuasa kemudian makan dan minum, maka teruskanlah puasanya, karena sesungguhnya dia mendapat rizki makan dan minum dari Allah". Secara bahasa dapat dipahami bahwa tetap

⁵²Pandangan di kalangan Syi'ah, hampir sama dengan pandangan mayoritas Hanafiyyah, dan dikenal dengan istilah *al-mafhūm al-muwāfiq*. Dengan demikian *al-mafhūm al-muwāfiq* ini menyangkut baik *maskūt 'anhu* yang lebih utama (*al-aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya maupun yang seimbang (*al-musāwī*). Karena itulah *al-mafhūm al-muwāfiq* ini disebut juga baik dengan *fahwā al-khiṭāb* maupun *lahn al-khiṭāb*. Muhammad Jawwad Mugniyyah, *'Ilm uṣūl al-fiqh fī Saubih al-Jadīd*, (Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malayīn, 1975), 143.

sahnya puasa tersebut bukan karena berkaitan dengan makan dan minum, tetapi karena “lupa”. Oleh karena itu sahnya puasa pada *manṭūq bih* di atas juga berlaku bagi *maskūt ‘anhu*-nya, misalnya berhubungan suami-isteri pada siang hari Ramadan karena lupa. *Maskūt ‘anhu* di sini, yaitu berhubungan suami-isteri, seimbang dengan *manṭūq bih*, yaitu makan dan minum, yang keduanya memiliki ‘*illat* yang sama, yaitu sifat lupa.⁵³

Walaupun mayoritas Ḥanafiyah berbeda pendapat dalam konsep *dalālah al-naṣṣ* dengan Shāfi’iyah, namun contoh-contoh di atas menggambarkan bahwa pada tingkat tertentu perbedaan pendapat tersebut tidak berpengaruh pada penetapan hukum *fuṭū’*-nya. Hal ini karena ‘*illat* yang menghubungkan antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih*-nya bersifat jelas dan meyakinkan (*qaṭ’ī*) dan dapat diketahui dari konteks bahasa. Karena itulah sebagian ulama mutakhirin Ḥanafiyah memasukkan *dalālah al-naṣṣ* jenis ini, sebagaimana *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya lebih utama dari pada *manṭūq bih* sebagaimana dijelaskan di atas, ke dalam *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah*. Dengan demikian pada tingkat ini sesungguhnya antara mayoritas Ḥanafiyah dengan Shāfi’iyah tidak ada perbedaan, perbedaan itu hanya terjadi pada istilah. Mayoritas Ḥanafiyah memasukkannya ke dalam *dalālah al-naṣṣ*, sementara Shāfi’iyah menyebutnya dengan *al-qiyās al-jālī* atau *al-qiyās fī ma’na al-naṣṣ*.

2. Relasi antara *Naṣṣ* dan Masalah: *Al-Qiyās, Al-Istishāb, Al-Istishāh*, serta *Al-Istihṣān* dan *Sadd al-Dharī’ah*

⁵³Contoh yang lain adalah QS. al-Baqarah (2) ayat 228 yang menyatakan bahwa wanita-wanita yang ditalak harus ber-‘*iddah* tiga kali *qurū’*. Ketentuan ‘*iddah* yang ada pada *manṭūq bih* tersebut juga berlaku bagi wanita yang akad nikahnya *difasakh*, karena keduanya memiliki ‘*illat* yang sama, yaitu untuk mengetahui kekosongan rahim dari benih. Muhammad Jawwad Mugniyyah, *‘Ilm uṣūl al-fiqh fī Saubih al-Jadīd*, 126. Muṣṭafā Sa’id al-Khīnn, *Athar al-Ikhtilāf*, 133. Badran Abū al-‘Ainain Badran, *uṣūl al-fiqh al-Islāmī* (Iskandariyyah: Maṭba’ah M.K. Iskandariyyah, t.t.), 423.

Lima macam metode penetapan hukum Islam ini sebenarnya yang pertama didasarkan pada *'illat* (kausa hukum), sementara empat yang disebut terakhir didasarkan pada masalah. Namun pembahasan kelimanya dijadikan satu sub bab karena pada dasarnya *'illat* merupakan makna rasional dan bentuk lebih konkrit dari masalah yang menjadi tujuan hukum Islam.⁵⁴ Dengan kata lain, yang menjadi landasan dalam penetapan hukum Islam pada dasarnya dapat dibagi menjadi dua, yaitu *naṣṣ* dan makna rasional dari *naṣṣ*. Makna rasional dari *naṣṣ* ini terdiri dari *'illat* dan *maṣlahah*, yang keduanya pada dasarnya merupakan perwujudan dari *maqāṣid al-sharī'ah*.

Lima macam metode penemuan hukum Islam ini dibahas dengan diklasifikasi menjadi dua bagian, pertama *al-qiyās*, *al-istiṣhāb* dan *al-istiṣlāḥ* serta yang kedua *al-istiḥsān* dan *sadd al-Dharī'ah*. Pembagian ini didasarkan pada hubungan antara *naṣṣ* dan masalah yang menjadi dasar dari metode-metode tersebut. Pada yang pertama, *'illat* dan *maṣlahah* yang menjadi dasar pertimbangan hukum dari metode-metode tersebut selaras dengan *naṣṣ*, sementara pada yang kedua masalah tersebut pada tingkat tertentu ada ketidaksesuaian dengan *naṣṣ* secara tekstual.

a. Al-Qiyās, Al-Istiṣhāb dan Al-Istiṣlāḥ

Al-Qiyās menurut bahasa berarti mengukur sesuatu dan membandingkan antara dua hal, sementara menurut istilah adalah menyamakan sesuatu yang tidak ada hukumnya dalam *naṣṣ* dengan sesuatu yang ada hukumnya dalam *naṣṣ* karena adanya kesamaan *'illat* (kausa hukum) antara keduanya.⁵⁵ Rukun qiyas yang harus ada dalam proses penetapan hukum Islam ini ada empat, yaitu (1) *al-aṣl*

⁵⁴ Muḥammad Muṣṭafā Shalabī, *Ta'liḥ al-Aḥkām* (Beirut: Dār al-Nahḍah al-'Arābiyyah, 1981), 13. Lihat juga misalnya Abd al-Ḥākīm al-Sa'di, *Mabāḥith al-'Illah fī al-Qiyās 'Inda al-Uṣūliyyīn*, (Beirut: Dār al-Basha'ir al-Islāmiyyah, 1421/2000), 34-40

⁵⁵ Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh*, I: 601 dan 603.

(*al-maqīs ‘alaih*), yaitu *naṣṣ* yang menjadi landasan hukum, (2) *al-far’u (al-maqīs)*, yaitu masalah baru yang hukumnya akan disamakan dengan *al-aṣl*, (3) *al-ḥukm*, yaitu hukum dari *al-aṣl*, serta (4) *al-‘illat*, yaitu sifat yang menjadi dasar penetapan hukum oleh *al-aṣl*.⁵⁶

Contoh dari *al-qiyās* yang biasa dikemukakan adalah hukum khamr (perasan anggur) sebagaimana dinyatakan dalam QS. Al-Mā'idah (5) ayat 90. Dalam ayat tersebut dinyatakan bahwa khamr hukumnya haram untuk diminum. Kemudian perasan kurma disamakan hukumnya dengan khamr, yaitu haram juga untuk diminum. Penyamaan hukum (*al-ḥukm*) antara khamr (*al-aṣl*) dan perasan kurma (*al-far’u*) ini dimungkinkan karena adanya kesamaan *‘illat* (kausa hukum), yaitu keduanya sama-sama memabukkan (*al-iskār*). Contoh *al-qiyās* dari Hadis antara lain adalah pembunuh pewaris tidak mendapatkan bagian harta warisan sedikitpun (*lā yarīthu al-qātil min al-maqtul syaian*). Kemudian pembunuh pemberi wasiat disamakan dengan pembunuh pewaris, sehingga pembunuh pemberi wasiat juga tidak mendapatkan wasiatnya, karena keduanya memiliki *‘illat* yang sama, yaitu melakukan tindak pidana untuk mempercepat mendapatkan harta bagiannya.⁵⁷

Mengenai validitas penggunaan *al-qiyās* sebagai metode penetapan hukum, para ulama, dengan masing-masing argumennya, berbeda pendapat. Mayoritas ulama menyatakan bahwa *al-qiyās* dapat dijadikan hujjah bagi penetapan hukum Islam, sementara sebagian mereka seperti kelompok syi'ah, sebagian mu'tazilah dan zāhiriyah menolaknya sebagai hujjah.⁵⁸ Kelompok yang berpegang pada *al-qiyās* antara lain berargumen bahwa Allah dalam beberapa

⁵⁶ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 124.

⁵⁷ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 124.

⁵⁸ Mengenai perbedaan pendapat ulama tentang *al-qiyās* dan argumen masing-masing kelompok, misalnya Wahbah, *Ushul al-Fiqh*, I: 610-633. Muhammad Yūsuf Mūsa, *Tārīkh al-Fiqh al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Kitāb al-‘Arābi, 1958), 244-250.

ayat Al-Qur'an menggunakan perumpamaan dan analogi dalam menyampaikan pesannya, sehingga apabila Allah saja menggunakan *al-qiyās*, maka para mujtahid juga dapat menggunakan *al-qiyās* ketika menetapkan hukum yang tidak ada *naṣṣ*nya. Sementara kelompok yang menolak *al-qiyās* juga didasarkan pada praktek syari' ketika menetapkan hukum dalam Al-Qur'an. Dalam menetapkan hukum, *shāri'* tidak memberlakukan penalaran yang konsisten, misalnya pencuri dipotong tangan sementara penggashab tidak walaupun yang dighasab lebih banyak misalnya, kemudian penuduh zina terkena hukuman hudud sementara penuduh kekufuran seseorang tidak. Dengan demikian, karena syari' dalam penetapan hukumnya tidak konsisten, maka penggunaan *al-qiyās* dalam berijtihad juga tidak dibenarkan.⁵⁹

Dalam proses penggunaan *al-qiyās*, biasanya para ulama berbeda dalam menentukan 'illatnya, terutama 'illat yang *mustanbatah* ('illat yang tidak dinyatakan oleh *naṣṣ*, bukan 'illat *manṣūṣah*) sehingga ditentukan melalui ijtihad. Dalam pembahasan Ushul Fikih memang untuk mencari 'illat hukum ini ada beberapa cara (*masālik al-'illat*), yaitu melalui *naṣṣ*, Ijmak dan melalui *al-sabru wa al-taqṣīm* (penelitian dan pemilahan 'illat melalui penalaran). Kemudian dalam penentuan 'illat melalui penalaran ini dilakukan dengan cara penyimpulan 'illat suatu hukum yang ada *naṣṣ*nya (*takhrīj al-manāṭ*), penentuan dan pembersihan 'illat dari sifat-sifat yang bukan 'illat (*tanqīḥ al-manāṭ*), dan pengaplikasian 'illat terhadap hukum *furu'* baru yang akan ditetapkan hukumnya (*tahqīq al-manāṭ*).⁶⁰

Al-Istiṣḥāb secara bahasa berarti mencari teman dan terus berkelanjutan. Sementara secara terminologis adalah meneruskan status hukum dari sesuatu sebagaimana yang telah ada selama belum ada dalil (bukti) yang mengubahnya. Dengan berdasarkan

⁵⁹ Mūsa, *Tārīkh al-Fiqh*, 247. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashri'*, 131.

⁶⁰ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashri'*, 146-149.

pada beberapa ayat, misalnya Q.S. al-Baqarah ayat 29, para ulama berpendapat bahwa segala sesuatu yang tidak ditetapkan hukumnya dalam *naṣṣ* Al-Qur'an dan Sunnah Nabi, maka pada prinsipnya hukumnya dibolehkan, karena Allah menciptakan segala sesuatu yang ada di bumi ini untuk dimanfaatkan oleh manusia. Atas dasar itu, kemudian muncul kaidah: *al-aṣlu fī al-ashyāa al-ibāḥah* (pada prinsipnya segala sesuatu itu hukumnya mubah atau dibolehkan), sebagai bentuk mengembalikan hukum sesuatu itu pada asal diciptakannya oleh Allah. Namun demikian, kaidah ini oleh para ulama hanya dipergunakan pada masalah mu'amalah, tidak dalam masalah ibadah.⁶¹ Ikatan perkawinan atau kepemilikan harta, misalnya, masih dipandang terus berlangsung dalam arti tidak ada perceraian atau tidak ada jual beli sampai ada bukti (dalil) yang menghapuskan ikatan perkawinan atau kepemilikan harta tersebut.

Al-istiṣḥāb ini dijadikan dasar penetapan hukum oleh mazhab Shāfi'ī, Ḥanbalī, Ḥāhirī dan Shī'ah Imāmiyah, sementara mazhab Ḥanafī dan Mālikī tidak memandang sebagai dalil hukum yang berdiri sendiri, walaupun keduanya tidak menolak *al-istiṣḥāb* secara keseluruhan. Dua mazhab yang disebut terakhir menyatakan bahwa keadaan yang ada pada masa lampau tidak dengan sendirinya menjadi dalil hukum bagi keberlanjutan hukum dari keadaan tersebut. Walaupun keadaan tersebut tidak berubah tetap saja memerlukan dalil hukum untuk melegitimasinya, sama dengan perlunya dalil hukum apabila keadaan tersebut mengalami perubahan.⁶² Bagi mazhab Shāfi'ī dan Ḥanbalī, *al-istiṣḥāb* ini tidak saja berfungsi positif (*ijābiyyah*) untuk tetap memberlakukan hukum yang ada, tetapi juga bersifat negatif (*salbiyyah*) untuk menegasikan

⁶¹ Abd al-Wahhāb Khallāf, *ʿIlm uṣūl al-fiqh*, (Kuwait: Dār al-Qalām, 1978), 91.

⁶² Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* (Selangor: Pelanduk Publications, 1989), 377.

atau menolak hukum baru yang muncul, sampai kemudian ada bukti (dalil) yang menegaskan sebaliknya.

Al-istiṣhāb yang bersifat positif misalnya apabila A membeli barang kepada B, maka dengan adanya transaksi jual beli (*al-baīʿ*) tersebut A mempunyai hak milik atas barang tersebut, dan hak kepemilikan barang tersebut terus berlangsung sampai ada bukti lain yang menunjukkan adanya perpindahan kepemilikan lagi dari A ke yang lain. Dengan akad jual beli tersebut tidak bisa misalnya B mengklaim bahwa akad yang telah dilakukan tersebut adalah akad sewa menyewa (*al-ijārah*) untuk sementara waktu, kecuali B dapat membuktikan bahwa akad tersebut adalah akad sewa menyewa. Sementara contoh *al-istiṣhāb* yang bersifat negatif misalnya A membeli anjing untuk berburu kepada B dengan syarat anjing tersebut sudah terlatih. Apabila kemudian setelah terjadi jual beli A mengklaim bahwa anjing tersebut belum terlatih, maka A yang dibenarkan berdasarkan *al-istiṣhāb*, yaitu pada dasarnya binatang, termasuk anjing, awal mulanya adalah binatang yang tidak terlatih. Dengan demikian, klaim B yang ditolak dan diberlakukan hukum asal dari binatang bahwa semua binatang pada awalnya adalah tidak terlatih. *al-istiṣhāb* ini, baik yang positif maupun negatif, akan tidak diberlakukan apabila ada bukti (dalil) yang menunjukkan sebaliknya.⁶³

Dari uraian di atas terlihat bahwa *al-istiṣhāb* hanya bersifat melanjutkan hukum asal, sementara apabila ada dalil, baik dari *naṣṣ* ataupun bukti lain, maka dalil tersebut yang diprioritaskan, atas dasar itu biasanya dikatakan bahwa *al-istiṣhāb* ini digunakan sebagai metode terakhir dalam berijtihad, yaitu apabila memang sudah tidak ada dalil lain yang dapat digunakan. Apabila dicermati, validitas penggunaan *al-istiṣhāb* ini di samping didasarkan pada ayat-ayat Al-Qurʾan juga pada alasan rasional bahwa Allah

⁶³ Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 378.

menciptakan segala sesuatu secara tertata dan konsisten, sehingga hukum Islam pun harus didasarkan pada keteraturan dan ketersambungan dengan ketetapan sebelumnya, yaitu dengan memberlakukan hukum asal sampai ada dalil atau bukti yang sebaliknya. Kemudian berdasarkan metode *al-istiṣhāb* ini, muncul kaidah-kaidah sebagai berikut: 1) *al-aṣlu fī al-ashyā'a al-ibāḥāh* (pada prinsipnya segala sesuatu itu dibolehkan), 2) *al-aṣlu baqāu mā kāna 'alā mā kāna ḥatta yathbuta ma yughayyiruh* (pada prinsipnya apa yang ada terus berlaku sebagaimana yang sudah ada sebelumnya, sampai ada dalil yang mengubahnya), dan 3) *al-aṣlu fī al-insān al-barāah* (pada prinsipnya manusia itu bebas dari tanggungan) atau *barāah al-dhimmah al-aṣliyyah* (pada prinsipnya bebas dari tanggungan) dan juga *al-yaqīnu lā uzālu bi al-syakk* (keyakinan tidak dapat menghilangkan keraguan).⁶⁴

Para ulama membagi *al-istiṣhāb* menjadi empat macam, yaitu pertama, *istiṣhāb al-'adam al-aṣli* (keberlanjutan dari asal yang tidak ada). Ini berarti bahwa keadaan yang sebelumnya tidak ada akan terus dianggap tidak ada sampai ada bukti sebaliknya. Misalnya, A dan B bekerjasama dalam bisnis, dan A mengklaim bahwa tidak ada keuntungan yang didapatkan, maka klaim A tersebut dibenarkan sampai ada bukti yang menunjukkan sebaliknya. Kedua, *istiṣhāb al-wujūd al-aṣli* (keberlanjutan dari asal yang ada). Ini kebalikan dari yang pertama, apabila sebelumnya ada maka dipandang masih ada selanjutnya sampai ada bukti sebaliknya. Misalnya A berhutang pada B, maka A masih dianggap berhutang sampai ada bukti bahwa hutang sudah dibayar. Ketiga, *istiṣhāb al-ḥukm* (keberlanjutan dari hukum atau aturan umum). Hukum tentang halal dan haram bagi sesuatu akan terus berlanjut sampai kemudian ada dalil yang mengubahnya. Sementara apabila tidak ada hukum yang jelas, baik yang memerintahkan atau melarangnya, maka hukumnya

⁶⁴ Khallāf, *'Ilm Uṣūl al-Fiqh*, 92.

dibolehkan. Atas dasar itu, maka semua tindakan hukum, transaksi bisnis dan jasa serta makanan yang bermanfaat dan maslahat bagi manusia maka hukumnya boleh, kecuali ada dalil yang melarang untuk melakukan hal-hal tersebut. Namun kemudian dalam perspektif *al-istiṣhāb*, larangan tersebut terus berlanjut sampai kemudian ada dalil (masalah) yang menghendaki sebaliknya. Kemudian yang keempat adalah *istiṣhāb al-waṣf* (keberlangsungan sifat dari perbuatan yang dilakukan). Ini misalnya air bersih dan suci, maka air tersebut dianggap memiliki sifat suci sampai kemudian ada bukti sebaliknya, misalnya ada perubahan warna dan bau. Contoh yang umum diungkapkan adalah seseorang yang memiliki wudhu kemudian ragu apakah wudhunya sudah batal atau belum, maka dalam hal ini hukum awal, yaitu sifat memiliki wudhu, dilanjutkan pemberlakuannya, sehingga orang tersebut dipandang belum batal wudhu.⁶⁵

Dari empat macam *al-istiṣhāb* tersebut, tiga yang disebut pertama tidak diperselisihkan, walaupun dalam pandangan mazhab Ḥanafī dan Malīkī tetap harus diperkuat dengan menggunakan dalil lain. Sementara dalam *al-istiṣhāb* macam keempat, mazhab Shāfi'i dan Ḥanbalī menerima sepenuhnya, sementara mazhab Ḥanafī dan Malīkī menerimanya dalam kaitannya untuk mempertahankan (*li ad-daf'*) keadaan dan sifat yang ada sebelumnya, dan menolaknya dalam kaitannya untuk menetapkan (*li al-ithbāt*) sifat dan hak yang baru muncul. Atas dasar itu, ulama sepakat bahwa orang hilang (*mafqūd*) dianggap memiliki sifat sebagaimana sebelumnya, yaitu masih hidup, sehingga hak milik kebendaan, hak-hak perkawinannya masih tetap berlangsung dan dipertahankan sampai ada bukti atau dengan keputusan pengadilan bahwa dia benar-benar telah meninggal dunia. Namun demikian, menurut mazhab Ḥanafī dan Malīkī, berbeda dengan mazhab Shāfi'i dan Ḥanbalī, orang hilang

⁶⁵ Kamali, *Principles*, 380-383.

tersebut tidak dapat menerima hak baru seperti menerima harta warisan atau wasiat dari yang lain sebagaimana orang yang masih hidup. Penentuan menerima warisan dan wasiat atau tidak, ditentukan setelah ada bukti dia masih hidup atau sudah meninggal dunia. Menurut mazhab Ḥanafī dan Mālikī, walaupun orang hilang tersebut dianggap hidup, tetapi itu hanya anggapan, bukan kenyataan, sehingga hal tersebut tidak dapat dijadikan dasar untuk menimbulkan hak-hak baru.⁶⁶

Terlepas dari perbedaan pendapat yang ada, metode *al-istiṣḥāb* ini didasarkan pada upaya perluasan *naṣṣ* melalui penalaran yang konsisten. Dalam arti, kemaslahatan atau maqashid syariah yang menjadi pertimbangannya adalah selaras dengan, dan berusaha untuk memperluas, maksud dari *naṣṣ* secara tekstual. Sejalan dengan *al-istiṣḥāb*, dalam kaitan adanya keselarasan dengan maksud *naṣṣ*, adalah metode *al-istiṣlāḥ*. *Al-istiṣlāḥ*, yang bermakna mencari kemaslahatan, sering disebut dengan *al-maṣlaḥah al-mursalah* yang berarti kemaslahatan yang terlepas, maksudnya adalah kemaslahatan umum yang tidak diatur dalam *naṣṣ*, serta secara tekstual terlepas dari dukungan *naṣṣ* dan juga terlepas dari pertentangan dengan *naṣṣ*. Oleh karena itu, *Al-istiṣlāḥ* ini disebut juga dengan *al-maṣlaḥah al-muṭlaqah*.⁶⁷ Namun demikian, sebagai metode penetapan hukum Islam, maka istilah yang lebih tepat adalah *al-istiṣlāḥ* karena menggambarkan proses penemuan hukum, sementara *al-maṣlaḥah al-mursalah* atau *al-maṣlaḥah al-muṭlaqah* merupakan landasan yang menjadi pijakan bagi metode *al-istiṣlāḥ* itu sendiri.

Metode *al-istiṣlāḥ* merupakan metode penemuan hukum yang didasarkan pada pertimbangan mengambil kemasalahatan atau menolak kemafsadatan yang sesuai dengan maksud dan tujuan syariah (*maqāṣid sharīah*). *Maqāṣid sharīah*, sebagaimana telah dikemukakan, secara umum adalah menjaga agama, jiwa, akal,

⁶⁶ Kamali, *Principles*, 383-384. Khallāf, *‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*, 93.

⁶⁷ Kamali, *Principles*, 338.

keturunan dan harta. Segala tindakan dan upaya untuk menjaga lima hal pokok tersebut masuk dalam kategori masalah, dan segala sesuatu yang akan merusak hal lima pokok tersebut adalah mafsadah, serta upaya untuk membendung dan menghindari mafsadah adalah juga masalah. Metode penetapan hukum Islam dengan pertimbangan masalah dan mafsadah tersebut yang sebenarnya secara tekstual tidak ditetapkan oleh *naṣṣ* syariah tetapi juga tidak dilarang inilah yang dinamakan dengan *al-istiṣlāḥ*. Adanya *al-istiṣlāḥ* adalah untuk menetapkan dan menyelesaikan permasalahan-permasalahan hukum Islam yang tidak disebutkan dalam *naṣṣ*. Hal ini sangat penting karena *naṣṣ* jumlahnya terbatas, sementara permasalahan-permasalahan hukum akan terus bermunculan seiring dengan perkembangan masyarakat.⁶⁸ Dengan demikian, metode *al-istiṣlāḥ* ini di samping didasarkan pada maqashid syariah juga adanya konsistensi penalaran sebagai perluasan dari makna *naṣṣ*, karena walaupun tidak tertuang secara eksplisit tetapi tidak bertentangan dengan bunyi *naṣṣ* secara tekstual.

Mayoritas ulama berpegang pada *al-istiṣlāḥ* sebagai metode penetapan hukum Islam. Mereka berargumen dengan ayat-ayat Al-Qur'an dan Hadis Nabi yang menekankan pentingnya menjaga kemaslahatan dan menolak kemadaratan, misalnya dinyatakan bahwa Nabi diutus sebagai rahmat bagi seluruh alam⁶⁹ dan aturan agama diturunkan oleh Allah bukan sebagai sebuah kesulitan.⁷⁰ Di samping itu, mereka juga berargumen dengan praktek para sahabat yang banyak didasarkan pada pertimbangan kemaslahatan pasca masa Nabi, seperti pengumpulan Al-Qur'an menjadi satu mushaf dan memerangi orang-orang yang menolak membayar zakat. Metode *al-istiṣlāḥ* ini juga pada dasarnya merupakan upaya

⁶⁸Khallāf, *ʿIlm Uṣūl al-Fiqh*, 84-85.

⁶⁹Q.S. Al-Anbiya (21): 27.

⁷⁰Q.S. Al-Hajj (22): 78 dan Q.S. Al-Mā'idah (5): 6.

mengimplementasikan maksud dan tujuan dari syariah (maqashid syariah) secara umum dan tidak menyimpang dari tujuan umum syariah. Di samping itu, permasalahan-permasalahan hukum baru apabila ditetapkan dengan tidak didasarkan pada kemaslahatan maka akan menimbulkan kesulitan dan kesempitan bagi masyarakat. Kelompok yang berpegang pada *al-istiṣlāḥ* ini terutama dari kalangan mazhab Mālikī dan Ḥanbalī, sementara mazhab Ḥanafī dan Shāfi'ī pada dasarnya mereka tidak menolaknya. Atau menurut sebagian ulama, konsep *al-istiṣlāḥ* ini dalam mazhab Hanafi masuk dalam sebagaimana konsep *al-istiḥsān* dan dalam mazhab Shāfi'ī masuk dalam konsep *al-qiyās*.⁷¹

Sementara kelompok yang menolak *al-istiṣlāḥ*, misalnya mazhab zāhiri dan sebagian mazhab Shāfi'ī, berpendapat bahwa masalah itu pada dasarnya sudah terkandung dalam *naṣṣ* itu sendiri, sehingga tidak ada masalah yang terlepas dan *naṣṣ*. Apabila ada masalah yang terlepas dari *naṣṣ* maka itu adalah masalah yang tidak jelas (*maṣlahah wahmiyyah*) yang tidak dapat dijadikan landasan bagi penetapan hukum Islam. Dengan berdasarkan pada masalah, menurut mereka, akan menimbulkan banyak sekali perbedaan pendapat dalam hukum Islam bahkan kekacauan pendapat. Hukum Islam akan berbeda-beda bagi satu kelompok dan kelompok yang lain, dan berbeda pula bagi satu masa dan bagi satu masa yang lain. Hal ini tidak saja akan merusak keberlakuan syariah sepanjang zaman dan semua tempat tetapi juga mengurangi nilai luhurnya. Dengan berpegang pada *maṣlahah mursalah* yang berada di antara masalah yang didukung oleh *naṣṣ* (*maṣlahah mu'tabarah*) dan masalah yang bertentangan dengan *naṣṣ* (*maṣlahah mulghah*), maka hasilnya ada dua kemungkinan, yaitu akan sesuai dengan *naṣṣ* atau akan bertentangan dengan *naṣṣ*. Dengan didasarkan pada *maṣlahah mursalah* seperti ini, hukum

⁷¹Kamali, *Principles*, 339-343 dan 353.

Islam menjadi tidak pasti dan ketidakpastian tidak dapat menjadi dasar bagi penetapan hukum Islam.⁷²

Terlepas dari perbedaan pendapat tersebut, mayoritas ulama yang berpegang pada *al-istiṣlāḥ* sebagai metode penetapan hukum Islam ini berupaya untuk memperlebar makna *naṣṣ* yang terbatas untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum baru yang muncul dalam masyarakat dengan didasarkan pada kemaslahatan yang sesuai dengan maqashid syariah. Di samping itu, mereka juga berhati-hati dalam menggunakan metode *al-istiṣlāḥ* ini, sehingga kemudian menetapkan beberapa syarat, yaitu pertama, masalah tersebut merupakan masalah yang hakiki (*haqiqiyyah*), bukan masalah yang tidak jelas (*wahmiyyah*). Masalah yang hakiki ini pada dasarnya adalah masalah yang menjaga lima hal pokok sebagaimana telah dikemukakan di atas. Kemudian kedua, masalah tersebut harus bersifat umum (*kulliyyah*), dalam arti untuk kepentingan orang banyak, bukan hanya untuk kemaslahatan individu atau sebagian orang saja. Ketiga, masalah tersebut tidak bertentangan dengan *naṣṣ* dan ketetapan ijma'. Syarat-syarat inilah yang umumnya disepakati oleh para ulama yang memegang *al-istiṣlāḥ* sebagai metode penetapan hukum Islam. Syarat-syarat lain dikemukakan oleh ulama yang berbeda-beda, misalnya masalah tersebut harus sesuai dengan akal sehat atau bersifat rasional, masalah tersebut harus benar-benar menghilangkan atau mencegah terjadinya kemafsadatan bagi masyarakat, dan masalah tersebut harus bersifat emergensi (*darūriyyah*) yang memang tidak boleh tidak harus dilaksanakan.⁷³

Al-istiṣlāḥ, dengan demikian, merupakan metode penetapan hukum Islam yang didasarkan pada maqashid syariah, khususnya untuk menjaga kemaslahatan dalam lima hal pokok, yaitu agama, jiwa, akal, keturunan dan harta benda. Di samping pengertian dan

⁷²Kamali, *Principles*, 351-353.

⁷³Kamali, *Principles*, 346-348. Khallāf, *‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*, 86-87.

contoh-contoh klasik, dalam konteks sekarang menjaga lima hal pokok tersebut dapat juga diartikan bahwa menjaga agama termasuk menjaga kebebasan beragama, sesuai dengan Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 256 yang menyatakan bahwa tidak ada paksaan dalam agama. Kemudian menjaga jiwa berarti menjaga hak hidup, termasuk kebebasan untuk bekerja dan kebebasan untuk bepergian. Menjaga akal berarti juga menjaga kebebasan berpendapat dan hak untuk mendapatkan pendidikan. Menjaga keturunan berarti menjaga keluarga dan menjaga lingkungan yang baik untuk memelihara tumbuh kembang anak. Kemudian terakhir, menjaga harta benda berarti juga menjaga hak milik, termasuk memfasilitasi perdagangan yang jujur dan pelayanan-pelayanan yang baik bagi masyarakat.⁷⁴ Dengan demikian, maqashid syariah yang menjadi landasan bagi *al-istiṣlāḥī* ini secara konseptual dapat berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat. Di sinilah urgensi dari metode *al-istiṣlāḥī* untuk menetapkan hukum-hukum baru yang muncul dalam masyarakat.

b. Al-Istiḥsān dan Sadd al-Dharī'ah

Al-Istiḥsān secara etimologi berarti memandang baik (*ḥasan*) sesuatu, baik pada hal-hal yang konkrit maupun pada hal-hal yang abstrak,⁷⁵ sedangkan menurut terminologi Ushul Fiqh, para ulama berbeda dalam mendefinisikannya. Namun demikian, dari masing-masing definisi yang dikemukakan terdapat inti persamaan dan satu dengan yang lainnya saling melengkapi, sehingga dapat diperoleh pengertian *al-istiḥsān* secara utuh. Berikut ini akan diuraikan pengertian *al-istiḥsān*, khususnya menurut ulama Hanafīyyah dan ulama Malikiyyah sebagai kelompok yang menggunakan *al-istiḥsān* dalam penetapan hukumnya.

⁷⁴Kamali, *Principles*, 347.

⁷⁵Fakhruddin al-Rāzī, *al-Maḥṣūl fī 'Ilm Uṣūl al-Fiqh* (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1988), II: 561.

Abū Hanīfah (w. 150H) dan murid-muridnya tidak memberikan pengertian dan penjelasan tentang *al-istiḥsān* yang banyak mereka pergunakan dalam menetapkan hukum, sehingga hal ini banyak menimbulkan kritikan tajam, terutama dari kalangan Shāfi'iyah, yang menganggap bahwa ulama-ulama Ḥanafiyah menggunakan cara penetapan hukum yang tidak jelas. Dengan adanya kritikan itu kemudian para ulama Ḥanafiyah selanjutnya berusaha untuk memberikan definisi *al-istiḥsān* secara jelas, dan menerangkan bahwa sesungguhnya *al-istiḥsān* itu merupakan cara penetapan hukum yang berdasarkan dalil-dalil syara'. Sebagian ulama Ḥanafiyah menerangkan bahwa yang dimaksud dengan *al-istiḥsān* adalah meninggalkan *al-qiyās al-Jāli* (*al-qiyās* yang terang) yang mempunyai pengaruh hukum yang lemah, dan mengamalkan *al-qiyās al-Khāfi* (*al-qiyās* yang tersembunyi) yang mempunyai pengaruh hukum yang kuat dan yang lebih sesuai dengan kemaslahatan manusia.⁷⁶ Jadi yang dipegangi dalam menetapkan hukum itu bukan terang atau tersembunyinya *al-qiyās*, tetapi kuat atau lemahnya pengaruh hukum yang dimiliki.

Pengertian *al-istiḥsān* seperti ini sesuai dengan yang diungkapkan al-Sharakhṣī (w. 483 H), seorang ulama Hanafi terkemuka yang menyatakan bahwa *Al-qiyās* dan *al-istiḥsān* pada hakikatnya adalah dua macam *al-qiyās*. Yang pertama, *al-qiyās al-*

⁷⁶Definisi yang memberikan pengertian-pengertian seperti ini antara lain dikemukakan oleh al-Bazdawī (w.493H), al-Nasafī (w. 710H), dan al-Sarakhṣī (w. 483H). Khallāf, *Maṣādir al-Tashrī' fī mā lā Naṣṣa fih* (Kuwait: Dār al-Qalam, 1972), 69-70. *Al-qiyās al-Jāli* adalah *al-qiyās*, baik 'illat (cause)-nya dinaskan ataupun tidak, yang antara asal dan cabangnya tidak ada perbedaan (*al-fāriq*) yang mempengaruhi hukumnya. Atau dengan kata lain *al-qiyās al-Jāli* adalah *al-qiyās* yang jelas yang segera dapat dipahami oleh akal. Sementara *al-qiyās al-khāfi* adalah *al-qiyās*, yang 'illat-nya tidak dinaskan (hasil dari *istinbāt*), yang antara asal dan cabangnya terdapat perbedaan (*al-fāriq*) yang dapat mempengaruhi hukumnya. Atau dengan kata lain *al-qiyās al-khāfi* adalah *al-qiyās* yang tersembunyi 'illat-nya sehingga tidak dapat segera dipahami oleh akal kecuali setelah adanya pemikiran dan penelitian yang cermat. M. Hasbi Ash-Shiddiqy, *Pengantar Hukum Islam* (Jakarta: PT Bulan Bintang, 1994), 225-226.

jāli (*al-qiyās* yang jelas) namun pengaruhnya, dalam mencapai tujuan syari'ah (kemaslahatan), lemah dan ini dinamakan *al-qiyās*. Sementara yang kedua adalah *al-qiyās al-khāfi* (*al-qiyās* yang tersembunyi) yang mempunyai pengaruh hukum yang kuat. Inilah yang dinamakan dengan *al-istihsān*, yaitu *al-qiyās al-mustahsan* (*al-qiyās* yang dianggap baik). Jadi pengutamakan *al-istihsān* dari pada *al-qiyās* adalah didasarkan kepada pengaruh hukumnya, bukan didasarkan kepada tersembunyi atau jelasnya bentuk *al-qiyās*.⁷⁷

Al-Taftazānī (w. 791 H) dan al-Sharakhṣī (w. 483 H) menguraikan secara jelas tentang hal ini. Menurut mereka *al-qiyās al-khāfi* dibagi kepada dua macam, yaitu pertama *al-qiyās al-khāfi* yang mempunyai pengaruh hukum yang kuat, dan kedua *al-qiyās al-khāfi* yang nampak kesahihannya, namun mempunyai pengaruh hukum yang lemah. Begitu pula *al-qiyās al-jāli*, dibagi kepada dua macam, yaitu *al-qiyās al-jāli* yang lemah pengaruh hukumnya, dan *al-qiyās al-jāli* yang kuat pengaruh hukumnya. Apabila dalam keadaan demikian, maka dalam menetapkan hukum, yang dilihat adalah kuat atau lemahnya pengaruh hukum, bukan jelas atau tersembunyinya bentuk *al-qiyās*. Dengan demikian *al-qiyās al-khāfi* yang pertama (yang kuat pengaruh hukumnya) lebih diutamakan dalam penetapan hukum dari pada *al-qiyās al-jāli* yang pertama (yang lemah pengaruh hukumnya) dan inilah yang dinamakan *al-istihsān*. Begitu pula *al-qiyās al-jāli* yang kedua (yang kuat pengaruh hukumnya) lebih diutamakan dari pada *al-qiyās al-khāfi* yang kedua (yang lemah pengaruh hukumnya).⁷⁸ Jadi penetapan hukum itu didasarkan kepada kuat atau lemahnya pengaruh hukum yang terdapat pada *al-qiyās*, bukan terang atau tersembunyinya *al-qiyās*.

⁷⁷Shamsuddīn al-Sharakhṣī, *al-Mabsūṭ* (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1993), X: 145.

⁷⁸Wahbah al-Zuhailī, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī* (Damaskus: Dār al-Fikr, 1986), II: 741-742.

Contoh untuk yang pertama yang biasa diungkapkan adalah sisa minuman burung buas. Menurut *al-qiyās al-jāli*, sisa minuman burung buas itu najis karena di*qiyā*skan atau dianalogikan kepada sisa minuman binatang buas lainnya. Sisa minuman binatang buas ini najis karena sisa minuman tersebut bercampur dengan liur yang keluar dari lidah dan mulut (daging) binatang buas tersebut, sedangkan daging binatang buas itu haram dimakan sehingga hukum sisa minuman itu sama dengan hukum dagingnya, yaitu haram, atau najis. Sedangkan menurut *al-qiyās al-khafī*, sisa minuman itu tidak najis karena burung buas walaupun dagingnya haram dimakan, namun ludahnya yang keluar dari mulut (dagingnya) itu tidak akan tercampur dengan sisa minumannya, karena burung tersebut minum dengan paruhnya, yaitu sejenis tulang yang kering.

Sementara untuk contoh yang kedua, yaitu *al-qiyās al-jāli* yang lebih diutamakan dari pada *al-qiyās al-khafī* adalah sujud tilawah yang dilaksanakan dengan ruku', karena Allah pernah menyebutkan kata ruku' sebagai ganti sujud, yaitu dalam QS. Ṣad (38): 24 (*wa kharra rāki'an*: lalu ketika ia (Nabi Dawud) menyungkur melakukan ruku'). Pelaksanaan sujud tilawah dengan ruku' ini ditetapkan dengan *al-qiyās al-khafī*, sedangkan *al-qiyās al-jāli*, sesuai dengan ketentuan syara' secara umum, menetapkan bahwa pelaksanaan sujud tilawah adalah dengan sujud, seperti sujud dalam shalat. Oleh karena itu, sujud tilawah tetap tidak boleh dilaksanakan dengan ruku', dan harus diamalkan sesuai dengan apa yang ditetapkan dengan *al-qiyās* yang jelas, yaitu sujud seperti sujud dalam shalat.⁷⁹

Sementara itu Abū al-Ḥasan al-Karkhī (w. 340 H) menyatakan bahwa yang dimaksud dengan *al-istiḥsān* adalah berpindahnya seorang mujtahid dari menetapkan hukum dengan cara membandingkan terhadap sesuatu yang telah ada hukumnya, kepada

⁷⁹Wahbah al-Zuhailī, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*, II: 741-742.

yang menyelisihinya karena ada pertimbangan yang menghendaki perpindahan tersebut.⁸⁰ Definisi ini menurut Abū Zahrah (w. 1394 H/1974 M) merupakan definisi yang paling jelas menggambarkan hakikat *al-istiḥsān* yang dimaksud oleh Hanafiyyah, karena definisi ini mencakup semua macam *al-istiḥsān*, dan menunjukkan kepada inti *al-istiḥsān*. Inti *al-istiḥsān* itu sendiri adalah menetapkan hukum dengan jalan pengecualian dari ketentuan umum syara' (dalil umum, kaidah umum, atau *al-qiyās*) karena ada sesuatu yang menghendaki pengecualian itu, dan dengan keluar dari ketentuan umum ini akan lebih dekat kepada maksud syara' (kemaslahatan). Oleh karena itu, bagaimanapun bentuk dan macamnya, *al-istiḥsān* itu secara umum merupakan cara beramal dengan masalah *juz'iyah* (khusus) yang bertentangan dengan kaidah *kulliyah* (umum) dan seorang mujtahid dalam hal ini memilih masalah *juz'iyah* supaya tidak tenggelam dalam ketentuan kaidah umum yang terkadang menghasilkan hukum yang kurang sesuai dengan jiwa dan maksud syara' (maqashid syariah).⁸¹

Berbeda dengan Abū Zahrah (w. 1394 H/1974 M), Yusūf Musā menyatakan bahwa definisi yang dikemukakan oleh al-Karkhi di atas kurang lengkap. Definisi tersebut hanya memberi pengertian bahwa *al-istiḥsān* adalah berpindah dari *al-qiyās al-jāli* kepada *al-qiyās al-khāfi*, padahal perpindahan dalam *al-istiḥsān* tersebut, lanjut Yusūf Mūsā, tidak hanya kepada *al-qiyās al-Khāfi*, tetapi juga kepada dalil lain seperti al-Qur'an dan al-Sunnah (*naṣṣ*), *ijmā'*, atau *'urf* (adat kebiasaan masyarakat). Sebagaimana juga perpindahan itu terkadang dari hukum yang ditetapkan oleh *naṣṣ* yang umum kepada hukum khusus, atau dari hukum *kullī* (umum) kepada hukum

⁸⁰Khallāf, *Maṣādir al-Tashīr*, 70.

⁸¹Muḥammad Abū Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arabī, t.t.), 207-208.

istitsnā (pengecualian).⁸² Namun tampaknya yang dimaksud oleh Yūsuf Mūsā itu adalah *al-istiḥsān* secara umum, baik menurut Ḥanafī maupun Mālīkī, sehingga ia tidak mendapati definisi yang lengkap pada definisi yang dikemukakan oleh al-Karkhī yang memang seorang ulama Hanafi.

Terlepas dari perbedaan di atas, menurut Sa'duddīn al-Taftazānī (w. 791 H) dan Hafizuddīn al-Nasafī (w. 710 H), *al- al-istiḥsān* itu menjadi hujjah karena adakalanya didasarkan kepada *athar (naṣṣ)*, *ijmā'*, *ḍanūrah* (keadaan memaksa), ataupun *al-qiyās al-khaḥf*.⁸³ Dari sini dapat diketahui bahwa *al-istiḥsān* di kalangan Hanafi ini tidak hanya didasarkan kepada *al-qiyās al-khaḥf*, namun juga kepada *naṣṣ*, *ijmā'*, dan *ḍanūrah*. Dari uraian tentang pengertian *al-istiḥsān* menurut Ḥanafīyyah ini, ada beberapa hal yang perlu dicatat, yaitu pertama, *al-istiḥsān* merupakan perpindahan dari suatu ketentuan hukum umum kepada ketentuan hukum khusus, kedua, ketentuan hukum umum tersebut adakalanya berupa *naṣṣ* yang umum, kaidah syara' yang umum, ataupun *al-qiyās*, ketiga, ketentuan hukum khusus tersebut dapat berupa *naṣṣ* (al-Qur'an dan al-Sunnah), *ijmā'*, *ḍanūrah*, atau *al-qiyās al-khaḥf*, dan keempat, adanya perpindahan tersebut pada dasarnya adalah untuk memelihara maksud dan tujuan syari'ah (maqashid syariah), yaitu mewujudkan kemaslahatan.

Para ulama Mālikiyyah, sebagaimana ulama Ḥanafīyyah, juga berbeda-beda dalam mendefinisikan *al-istiḥsān*. Ibnu 'Arabī (w.638 H) menyatakan bahwa *al-istiḥsān* adalah mengutamakan untuk meninggalkan ketentuan dalil umum dengan cara *istitsnā* (pengecualian) atau *rukḥṣah* (memberikan keringanan) karena adanya pertentangan dengan dalil lain pada beberapa

⁸²Muhammad Yūsuf Mūsā, *Tānkh al-Fiqh al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Kitāb al-'Arabī, 1958), 258.

⁸³Khallāf, *Mashādir al-Tashīr*, 74.

ketentuannya.⁸⁴ Kemudian ia membagi *al-istihsān* kepada empat macam, yaitu meninggalkan ketentuan dalil karena *urf*, *ijmā'*, *maṣlahah*, atau *raf'u al-ḥaraj wa al-masyaqqah* (menghilangkan kesempatan dan kesulitan).⁸⁵

Sementara itu, Ibnu al-Anbarī (w. 661 H) dan al-Shāṭibī (w. 790 H) menyatakan bahwa *al-istihsān* adalah berpegang kepada kemaslahatan khusus (*maṣlahah juz'iyah*) dalam berhadapan dengan dalil umum (*dalīl kullī*).⁸⁶ Ibnu al-Anbarī (w. 661H) kemudian memberikan contoh bahwa apabila ada seseorang membeli suatu barang dengan *khiyār* (hak untuk meneruskan atau mengurungkan jual beli, baik bagi pembeli ataupun penjual), kemudian ia meninggal dunia, dan ahli warisnya berbeda pendapat apakah meneruskan atau mengurungkan pembelian tersebut. Maka menurut ketentuan *al-qiyās*, transaksi jual beli tersebut batal (*faskh*), namun dalam hal ini kami menggunakan *al-istihsān*, yaitu apabila sebagian ahli waris menerima untuk meneruskan pembelian tersebut dan sebagian menolaknya maka pembelian tersebut harus dibatalkan, namun apabila kemudian ternyata penjual tidak mau menerima kembali barang tersebut, maka jual beli tersebut tetap berlangsung.⁸⁷ Ibnu Rushd (w. 595H) juga mengemukakan definisi yang hampir sama dengan yang dikemukakan oleh Ibn al-Anbarī (w. 661H) dan al-Shāṭibī (w. 790H) di atas. Menurutnya *al-istihsān* adalah meninggalkan ketentuan *al-qiyās* yang menghasilkan keadaan yang berlebihan dalam suatu hukum, dan berpindah kepada

⁸⁴Dikutip oleh Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, IV: 207-208.

⁸⁵Muḥammad Abū Zahrah, *Abū Ḥanīfah: Ḥayātuh wa 'Asruh Arīquh wa Fiqhuh* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arabī, 1991), 303.

⁸⁶Muḥammad Abū Zahrah, *al-Shāṭibī: Ḥayātuh wa 'Ashruh Arīquh wa Fiqhuh* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arabī, t.t.), 265. Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, IV: 205-206.

⁸⁷Abū Zahrah, *al-Shāṭibī*, 265.

hukum lain pada beberapa hal yang menghendaki adanya pengecualian dari ketentuan *al-qiyās* tersebut.⁸⁸

Dari beberapa definisi di atas, dapat dilihat bahwa *al-istiḥsān* menurut ulama Malikiyyah adalah mendahulukan *maṣlaḥah* (kemaslahatan) dari pada ketentuan umum syara' (dalil umum, kaidah umum, atau *al-qiyās*). Dengan kata lain, sesuai dengan batasan Ibnu 'Arabī (w. 638H), bahwa *al-istiḥsān* adalah pengecualian dalil umum karena pertimbangan '*urf, ijma'*, *maṣlaḥah*, atau *raf'u al-ḥaraj wa al-mashaqqah* (menghilangkan kesempitan dan kesulitan). Hal ini berarti bahwa seorang mujtahid dalam menetapkan suatu masalah hukum tidak harus terpaku pada dalil atau ketentuan umum yang ada, tetapi dapat juga meninggalkan dalil atau ketentuan umum tersebut apabila ada kemaslahatan lain yang dapat diterapkan pada masalah hukum tersebut, selama tidak bertentangan dengan maksud dan tujuan syari'ah.

Pengertian *al-istiḥsān* yang diberikan oleh ulama Malikiyyah di atas, menurut Abū Zahrah, dekat dengan definisi yang menyatakan bahwa *al-istiḥsān* adalah dalil yang jelas dalam diri mujtahid namun sulit untuk diungkapkan. *Al-istiḥsān* menurut pengertian ini pada masa sekarang dapat disamakan dengan cara menetapkan hukum dengan jiwa atau ruh undang-undang, yang dipegangi setelah benar-benar mengkaji masalah itu. Oleh karena itu, dalam hal ini sulit untuk diungkapkan dasar penetapan hukumnya secara jelas dengan menunjuk suatu dalil, karena memang tidak berpegang kepada suatu dalil tertentu secara tekstual, tetapi yang dipegangi adalah ketentuan yang sesuai dengan maksud dan tujuan syara' secara umum, yaitu kemaslahatan.⁸⁹

⁸⁸Dikutip oleh Khallāf, *Maṣādir al-Tashīr*, 74.

⁸⁹Abū Zahrah, *al-Shāfi'i*, 256-266. Sebagaimana diungkapkan oleh al-Shātibī, *al-istiḥsān* ini berbeda dengan *al-istiḥlāḥ*. *al-istiḥsān* merupakan bentuk pengecualian terhadap ketentuan umum (dalil umum, kaidah umum, atau *al-qiyās*),

Jadi *al-istihsān* merupakan penetapan hukum yang masih sesuai dengan maksud dan tujuan syara', bahkan hal ini menunjukkan bahwa syari'ah Islam fleksibel. Karena apabila hanya memegang *al-qiyās* atau ketentuan umum, syari'ah Islam akan terlihat kaku. Apabila suatu masalah hanya ditetapkan hukumnya dengan jalan *al-qiyās*, hal itu terkadang akan mengakibatkan lenyapnya kemaslahatan atau bahkan mengakibatkan timbulnya kerusakan, dan jalan terbaik adalah dengan memberlakukan *al-istihsān*.

Oleh karena itu al-Shāṭibī mengumpamakan *al-istihsān* ini dengan *rukhsah* (pemberian keringanan) dalam bidang ibadah, yang dihubungkan dengan kesukaran yang dihadapi seseorang karena sakit atau dalam perjalanan. Contoh *al-istihsān* dalam masalah adat adalah kebolehan berburu, dalam masalah mu'amalat adalah *al-qirāḍ* (perjanjian bagi hasil dalam perdagangan), *al-Musāqah* (sistem bagi hasil dalam berkebun), dan *salām* (jual beli pesanan). Sementara dalam bidang hukum pidana adalah penetapan hukum *dam* (denda bagi orang yang melanggar salah satu hukum yang berkenaan dengan ibadah haji), sumpah, dan hukuman *diyāt* (denda yang harus dibayarkan karena melukai atau membunuh orang). Menurut asalnya semua masalah ini dilarang, namun apabila sepenuhnya mengikuti ketentuan hukum asal tanpa memperhatikan akibat yang lebih jauh, seperti lenyapnya kemaslahatan yang lebih penting atau timbulnya kerusakan yang lebih besar, hal ini akan menimbulkan kesukaran bagi manusia.⁹⁰

Demikian pengertian *al-istihsān* yang diungkapkan oleh para ulama yang memegangnya, baik dari kalangan ulama Hanafiyyah

yang didasarkan kepada kemaslahatan, sedangkan *al-istishlāḥ* adalah penetapan hukum yang didasarkan kepada kemaslahatan karena tidak ada dalil yang menunjukinya. Jadi apabila pada *al-istihsān* itu ada dalil, namun dalil itu dikecualikan, sedangkan pada *al-istishlāḥ* dalil itu tidak ada sama sekali. Abū Ishāq al-Shāṭibī, *al-I'tisām* (Riyad: Maktabah al-Riyāḍ al-Ḥadīthah, t.t.), II: 141 dan 111.

⁹⁰Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, IV: 206-207.

maupun Malikiyyah. Walaupun pengertian *al-istihsān* itu berbedabeda, namun pada prinsipnya mempunyai kesamaan maksud dan satu sama lain saling melengkapi, sehingga pengertian *al-istihsān* menjadi semakin jelas. ‘Abd al-Wahhab Khallāf, setelah mengutip beberapa definisi *al-istihsān* dari berbagai kalangan ulama, ia berusaha merangkum definisi-definisi tersebut dengan menyatakan bahwa *al-istihsān*, menurut terminologi para ahli Ushul Fiqh yang memegangnya, adalah berpindah dari hukum yang dikehendaki oleh dalil syara’ pada suatu masalah, kepada hukum lain karena ada dalil syara’ lain yang menghendaki perpindahan tersebut. Dalil syara’ yang menghendaki perpindahan tersebut disebut dengan *sanad al-istihsān* (sandaran *al-istihsān*).⁹¹ Apabila dilihat dari uraian tentang definisi-definisi *al-istihsān* terdahulu maka dalil syara’ yang ditinggalkan itu dapat berupa *al-qiyās*, dalil dan *naṣṣ* umum, atau kaidah syara’ umum, sedangkan yang dimaksud dengan *sanad al-istihsān* adalah *naṣṣ*, *ijmā’*, *danūrah*, *al-qiyās al-khaṭī*, ‘urf, *maṣlaḥah*, dan *raf’u al-ḥaraj wa al-mashaqqah*.

Pembahasan tentang *al-istihsān* ini dijelaskan sedikit lebih panjang, berbeda dengan metode penetapan hukum yang lain, karena memang konsep *al-istihsān* ini sering salah dipahami, sehingga berusaha untuk diperjelas dalam tulisan ini. Selanjutnya dibahas metode *sadd al-Dhari’ah* sebagai pembahasan terakhir dalam bab ini. *Sadd al-Dhari’ah* secara bahasa berarti membendung jalan atau sarana. Maksudnya adalah membendung dan menolak segala hal yang mengakibatkan hal-hal yang tidak baik. Walaupun secara bahasa berarti membendung jalan yang menuju kepada kerusakan (*mafsadah*), namun tercakup juga arti sebaliknya, yaitu membuka jalan (*fath al-Dhari’ah*) yang mengakibatkan kemaslahatan. Namun demikian, para ulama umumnya tidak menggunakan istilah *fath al-Dhari’ah* yang membuka jalan kepada kemaslahatan, karena

⁹¹ Khallāf menyebut juga *sanad al-istihsān* dengan *wajh al-istihsān*. Khallāf, *Maṣādir al-Tashīr*, 71.

membuka jalan untuk mewujudkan kemaslahatan adalah tujuan dan maksud syariah (*maqāṣid sharīah*) secara umum, dan tidak hanya terkait dengan *sadd al-Dharī'ah*.⁹²

Secara umum *sadd al-Dharī'ah* ini bertujuan untuk melakukan tindakan preventif sebelum hal-hal yang merusak terjadi, walaupun sebenarnya apabila sarana yang dilarang tersebut tetap dilakukan belum tentu secara otomatis terjadi kerusakan. Contohnya dilarang untuk *khalwat* (berduaan laki-laki dan perempuan di tempat sepi) karena dikhawatirkan mengakibatkan adanya perbuatan zina. Para ulama kemudian secara umum berpendapat bahwa *khalwat* tetap dilarang walaupun dalam keadaan tidak akan menimbulkan perzinahan. Dalam Al-Qur'an sendiri pada Q.S. al-An'am (6) ayat 108 Allah, misalnya, melarang umat Islam untuk menghina sembah-sembahan orang kafir karena mereka akan balik mencerca Allah. Kemudian Nabi juga pernah melarang untuk membunuh para orang munafik (berkhianat, berpura-pura masuk Islam) walaupun dalam perang, karena akan membawa pandangan buruk bahwa Nabi membunuh para sahabatnya sendiri.⁹³

Para sahabat Nabi juga tercatat telah menggunakan *sadd al-Dharī'ah* ini dalam melakukan penetapan hukum. Misalnya, beberapa sahabat memberikan hak waris kepada isteri yang telah dicerai pada saat suami sakit keras menjelang kematiannya. Hal ini untuk mencegah praktek serupa bahwa suami yang sakit keras menceraikan isteri hanya supaya isteri tersebut tidak mendapat hak warisnya. Kemudian khalifah Umar Ibn al-Khaṭṭāb (w. 23H) pernah memerintahkan Ḥudāifah al-Yamanī (w. 36H), gubernur di Madā'in saat itu, untuk menceraikan perempuan Yahudi yang menjadi isterinya. Ḥudāifah kemudian mempertanyakan kebijakan Umar tersebut apakah memang beristeri ahli kitab itu tidak boleh. Umar menjawab bahwa menikah dengan ahli kitab tersebut bukan

⁹²Kamali, *Principles*, 392.

⁹³ Kamali, *Principles*, 393-394 dan 396.

dilarang, tetapi apa yang dilakukan Ḥudaifah sebagai pejabat tersebut dikhawatirkan akan diikuti oleh orang-orang Islam lain, sehingga mereka akan lebih tertarik mengawini perempuan ahli kitab dari pada perempuan muslimah. Dengan demikian, Umar dalam hal ini melarang hal yang sebenarnya dibolehkan Al-Qur'an dengan tujuan untuk membendung jalan yang menuju kemafsadatan bagi umat Islam, sebagaimana pandangannya untuk konteks saat itu.⁹⁴

Dalam memandang *sadd al-Dharī'ah* sebagai metode penetapan hukum Islam, para ulama berbeda pendapat. Namun perbedaan ini hanya pada terletak apakah *sadd al-Dharī'ah* dapat menjadi metode yang berdiri sendiri ataukah tidak. Mazhab Ḥanafi dan Shāfi'i memandang bahwa *sadd al-Dharī'ah* merupakan metode yang tidak bisa berdiri sendiri, tetapi harus didukung oleh dalil lain. Hanafi secara umum memasukkannya dalam konsep *al-istiḥsān* yang memang harus ada sanad atau sandaran dalilnya, sebagaimana dikemukakan, sementara Shāfi'i berpendapat bahwa *sadd al-Dharī'ah* masih memerlukan sandaran dalil lainnya, baik *naṣṣ*, kesepakatan sahabat ataupun *al-qiyās*. Sementara mazhab Maliki dan Hanbali berpendapat bahwa *sadd al-Dharī'ah* dapat dijadikan metode tersendiri dalam menetapkan hukum Islam dengan dasar sebagaimana dikemukakan di atas bahwa praktek *sadd al-Dharī'ah* ini telah terdapat dalam Al-Qur'an, Sunnah Nabi dan juga praktek para sahabat.⁹⁵

Atas dasar itu, al-Shaṭībī menyebutkan bahwa *sadd al-Dharī'ah* ini merupakan analisis untuk melihat dampak hukum ke depan (*al-naẓar ila al-ma'ālat*) dengan didasarkan pada pertimbangan maqashid syariah.⁹⁶ *sadd al-Dharī'ah*, dengan demikian, berkaitan erat dengan maqashid syariah. Dalam konsep maqashid syariah,

⁹⁴Kamali, *Principles*, 396.

⁹⁵Kamali, *Principles*, 397.

⁹⁶ Al-Shaṭībī, *al-Muwāfaqat*, IV: 194.

sebagaimana dikemukakan, adanya aturan syariah yang membolehkan perbuatan-perbuatan tertentu dan juga melarang perbuatan-perbuatan tertentu adalah dengan didasarkan pada maslahat dan madaratnya perbuatan-perbuatan tersebut atau minimal perbuatan-perbuatan tersebut dapat menyebabkan pada jalan untuk menuju kemanfaatan atau kerusakan. Oleh karena itu, setiap perbuatan yang membawa hasil atau dampak yang bertentangan dengan maqashid syariah, maka harus dihambat. Penetapan hukum Islam yang didasarkan pada analisis dampak hukum yang didasarkan pada pertimbangan *maṣlahah* dan *mafsadah* (maqashid syariah) inilah yang menjadi inti dari metode *sadd al-Dharī'ah*.⁹⁷

Para ulama membagi *sadd al-Dharī'ah* ini menjadi empat macam, yaitu pertama, adalah hal yang secara jelas mengakibatkan pada bahaya dan kerusakan, seperti menggali lubang di tengah jalan umum. Kemudian kedua adalah hal yang kemungkinan besar membawa kepada kemafsadatan, dan hanya kemungkinan kecil dapat membawa kemanfaatan, misalnya menjual senjata pada masa perang dan menjual buah anggur pada pembuat minuman keras. Ketiga adalah hal yang antara membawa mafsadat dan manfaatnya seimbang, misalnya jual beli kredit (*al-bāi' al-ajal*) dengan harga yang berbeda dan lebih mahal dibanding dengan harga kontan. Terakhir adalah hal yang memiliki kemungkinan kecil untuk mengakibatkan madarat dan banyak membawa manfaat, seperti menggali sumur untuk menjadi sumber air di tempat yang tepat. Walaupun mungkin ada bahaya, tetapi manfaatnya jauh lebih besar.⁹⁸

Pada macam *sadd al-Dharī'ah* yang pertama dan keempat, ulama umumnya sepakat bahwa yang pertama harus dicegah dan yang keempat seharusnya dilaksanakan. Sementara pada macam

⁹⁷ Kamali, *Principles*, 395.

⁹⁸ Kamali, *Principles*, 397-401.

yang kedua dan ketiga biasanya para ulama berbeda pendapat dalam penerapannya pada kasus-kasus hukum yang muncul. Perbedaan ulama ini, sebagaimana dapat dilihat, adalah disebabkan oleh jelas atau tidaknya tingkat masalah dan mafsadahnya. Apabila secara jelas membawa mafsadah maka perlu dicegah, dan apabila secara jelas membawa masalah maka perlu didorong. Dengan demikian, sebagaimana *al-istihsān*, dan juga *al-istishāb* dan *al-istiṣlāḥ*, *sadd al-Dharī'ah* ini merupakan metode penetapan hukum Islam yang didasarkan pada pertimbangan maqashid syariah. Hanya saja bedanya apabila *al-istishāb* dan *al-istiṣlāḥ* selaras dengan *naṣṣ* secara tekstual atau merupakan pelebaran makna *naṣṣ*, sementara *al-istihsān* dan *sadd al-Dharī'ah* merupakan pengecualian terhadap *naṣṣ*. Sementara perbedaannya dengan *al-istihsān*, *sadd al-Dharī'ah* lebih banyak digunakan terhadap hal-hal mubah, yang apabila membawa kedaratan kemudian bisa dilarang, sementara *al-istihsān* lebih umum, tidak saja berkaitan dengan hal-hal yang mubah tetapi juga berkaitan dengan hal-hal haram atau wajib, yang apabila membawa mafsadah atau masalah hukumnya dapat berubah sementara sesuai dengan konteksnya saat itu.

Apabila dicermati, sandaran *al-Istihsān* atau adanya *sadd al-Dharī'ah* yang dapat mengecualikan *naṣṣ* tersebut secara umum adalah adanya pertimbangan kemaslahatan, yang menjadi inti dari maqashid syariah. Dalam konteks kontemporer, sebagaimana dikemukakan, maqashid syariah ini diartikan juga secara luas dalam konteks sosial kemasyarakatan seperti harga diri sebagai bangsa, ketahanan ekonomi nasional, atau martabat dan hak asasi manusia, termasuk di dalamnya hak-hak perempuan dan kebebasan beragama.⁹⁹ Menjaga keharmonisan keluarga, sebagaimana dinyatakan Ibnu Ashūr, juga termasuk dalam maqashid syariah, pengembangan dari maqashid “menjaga keturunan”.¹⁰⁰ Atas dasar

⁹⁹Jaser Audah, *Al-Maqāṣid*, 12-15.

¹⁰⁰Jaser Audah, *Al-Maqāṣid*, 52-53.

itu, maqashid seperti hak asasi manusia atau menjaga keharmonisan keluarga apabila dikaitkan dengan konsep *al-istihsān* dan *sadd al-Dharī'ah*, dalam konteks sekarang, dapat menjadi *sanad al-istihsān* atau menjadi pertimbangan bagi *sadd al-Dharī'ah* untuk dapat mengecualikan *naşş* apabila memang keadaan dan kemaslahatn masyarakat menghendaknya.

Bab III

KHI Bidang Perkawinan Dalam Perspektif Pembaruan Hukum Keluarga di Dunia Islam

A. Sejarah dan Perkembangan Hukum Keluarga di Dunia Islam

Sejak kemunculannya, Islam sangat berkaitan dengan upaya konstruksi dan pembentukan masyarakat, yaitu upaya membentuk masyarakat menjadi lebih dinamis dan lebih maju. Dalam kaitan dengan dinamika masyarakat, ada dua model ajaran Islam, yaitu ajaran Islam yang berbentuk konstan-nonadaptabel. Ajaran ini berkaitan dengan persoalan-persoalan ritus agama yang bersifat transenden. Sifat dari ajaran Islam ini adalah final-absolut tanpa menerima kritik dan perdebatan (*ghairu qābilin li al-Naqdi wa al-Naqāsh*). Ajaran Islam yang lain adalah Islam yang bersifat elastis-adaptabel. Ajaran ini berkaitan dengan persoalan-persoalan yang berada di wilayah praktis-historis. Posisi hukum keluarga sendiri berada dalam wilayah kedua, yang dapat menerima perubahan dan pembaruan selama tidak berseberangan dan menyimpang dari tujuan pemberlakuan syariah Islam (*Maqāṣid al-Sharī'ah*).¹ Pembaharuan hukum Islam dirasakan perlu untuk mengadaptasikan hukum Islam dengan dinamika masyarakat muslim yang hidup pada zaman yang berbeda dengan saat kemunculan hukum Islam pertama kali. Dinamika sosial seringkali menghendaki pembaruan hukum, baik secara evolutif maupun revolutif. Hukum terus berubah seiring

¹ Muḥammad Sa'īd Ramaḍān al-Būṭi, *Ḍawābiṭ al-Maṣlaḥah fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Kairo Muassasah Risalah, 1973), Cet. I, 119.

dengan perubahan masyarakat. Jika masyarakat berubah, maka hukum yang hidup juga berubah.²

Pada abad ke-20, sebagaimana dikatakan Munir Fuady, terjadi perkembangan di berbagai bidang hukum di seluruh dunia. Di sebagian negara, hukum telah sedemikian rincinya mengatur setiap aspek kehidupan warganya, sedangkan di sebagian negara lainnya masih dalam proses pengaturan atau masih dalam proses perubahan. Hukum keluarga merupakan salah satu bidang hukum yang terus berkembang,³ tidak terkecuali di dunia Muslim. Sampai tahun 1996, misalnya, di Negara-negara Timur Tengah hanya tinggal lima negara yang belum memperbarui hukum keluarga, bahkan negara-negara inipun sedang dalam proses pembuatan draft, yakni Uni Emirat Arab, Saudi Arabia, Qatar, Bahrain, dan Oman.⁴ Usaha pembaruan hukum keluarga ini dimulai Turki pada Tahun 1917, yaitu dengan lahirnya *Ottoman Law of Family Right (Qanūn Qarar al-Ḥuqūq al-‘Ailah al-Uthmāniah)*. Musdah Mulia berpendapat bahwa upaya pembaharuan hukum keluarga di dunia Islam pada zaman modern bersamaan dengan munculnya pemikiran Islam modern yang dipopulerkan intelektual Muslim, seperti Muhammad ‘Abduh (1849-1905), Qasim Amin (1863-1908), Tahir al-Haddad (1899-1935), Fazlur Rahman (1919-1988), dan tokoh pembaru lainnya.⁵ Para tokoh Islam itu membawa corak pemikiran tersendiri dalam setiap ide dan gagasan yang dikemukakannya.

² Munir Fuady, *Teori-teori dalam Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Prenada Media, 2011), 93-94

³ Munir Fuady, *Teori-teori dalam Sosiologi Hukum*, 92-93

⁴ Dawoud El Alami dan Doreen Hinchliffe *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, (London: the Hague, Boston: Kluwer Law International, 1996), 4

⁵ Siti Musdah Mulia, “Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia”, dalam Komaruddin Hidayat dan Ahmad Gaus AF (Ed.), *Islam Negara dan Civil Society* (Jakarta: Paramadina, 2005), 304.

Pada zaman modern, khususnya abad ke-20, bentuk-bentuk literatur hukum Islam telah bertambah dua macam, yaitu undang-undang dan kompilasi, selain fatwa, keputusan pengadilan agama, dan kitab fikih yang sudah ada sebelumnya. Adapun Undang-Undang berlaku di negara-negara Muslim, khususnya undang-undang mengenai hukum keluarga, sedangkan Kompilasi Hukum Islam sebenarnya merupakan inovasi yang ada di Indonesia. Kompilasi adalah bukan kodifikasi, tetapi juga bukan kitab fikih.⁶ Pengundangan materi-materi hukum keluarga di negara-negara Muslim telah menimbulkan pandangan pro dan kontra, serta perdebatan antara ulama-ulama yang tetap ingin mempertahankan ketentuan-ketentuan hukum yang lama dengan kalangan pembaru. Perdebatan tersebut baik menyangkut metodologi maupun substansi hukumnya.⁷

Berkaitan dengan sikap negara-negara Muslim terhadap pembaruan hukum keluarga Islam, secara umum dapat dikategorikan menjadi tiga kelompok. *Pertama*, negara-negara yang sama sekali tidak melakukan pembaruan terhadap hukum keluarga. Di negara-negara ini, hukum keluarga Muslim yang diberlakukan bagi warganya adalah hukum keluarga yang tertulis dalam kitab-kitab fikih konvensional, seperti kitab fikih karangan Imam al-Shāfi'i (w. 204 H), *al-Umm* atau kitab-kitab yang dikarang oleh murid-muridnya (al-Shāfi'iyah), kitab karangan Imam Abū Ḥanīfah (w.

⁶ M. Atho Mudzhar, Studi Hukum Islam dengan Pendekatan Sosiologi, Pidato Pengukuhan Guru Besar Guru Besar Madya Ilmu Sosiologi Hukum Islam, 15 September 1999. Yogyakarta : IAIN Sunan Kalijaga, 113

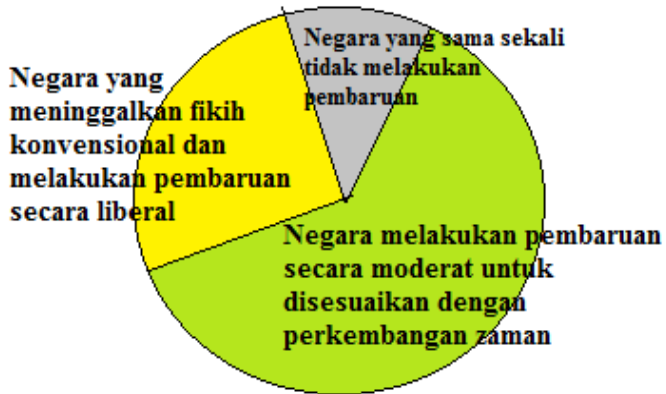
⁷ John Donohue dan John L. Esposito, Islam dan Pembaharuan Ensiklopedi Masalah-Masalah. Kata Pengantar M. Amin Rais. Terj. Machnun Husein dari judul asli *Islam in Transition: Muslim Perspective*. (Jakarta : Radjawali Press. 1995), 365-366. Perdebatan mengenai pentingnya aturan perundangan-undangan hukum Islam ini juga terjadi di Indonesia. Di samping ada ulama yang mendukungnya, juga ada ulama yang masih mengutamakan pemberlakuan fikih-fikih mazhab klasik. Lihat M. Atho. Mudzhar, Studi Hukum Islam dengan Pendekatan Sosiologi, Pidato Pengukuhan Guru Besar Guru Besar Madya Ilmu Sosiologi Hukum Islam, 15 September 1999. Yogyakarta : IAIN Sunan Kalijaga, 173.

150 H) atau muridnya, seperti *al-Mabsūṭ* oleh al-Sharakhsī (w. 483 H), kitab karangan Imam Mālik atau muridnya, seperti *al-Mudāwwanah* oleh Saḥnūn (w. 238 H). Saudi Arabia merupakan contoh dari negara Muslim yang termasuk kategori ini yaitu yang memberlakukan bagi warganya hukum yang tertulis dari kitab-kitab mazhab Ḥanābilah seperti karya Ibnu Qudāmah al-Maqdisī (w.629H), *al-Mughnī*, (Kairo: Dār Ḥijrin, 1409) dan Karya Ibnu Taimiyah (w. 728H/1328M), *Majmu' al-Fatawā*, 37 jilid, (Ttp: Dār al-Wafā, 1426/ 2005).

Kedua, negara-negara yang telah meninggalkan konsep fikih konvensional dan melakukan pembaruan secara liberal. Hukum keluarga muslim yang diberlakukan di Negara ini adalah hukum keluarga muslim yang baru sama sekali, meskipun tidak mesti isi dan bab dalam Hukum Perkawinannya semuanya baru. Masalah-masalah Hukum Perkawinan yang baru biasanya diambil dari hukum sipil Eropa. Turki adalah contoh negara yang termasuk kelompok ini, walaupun terdapat juga materi-materi hukum yang masih terus dimodifikasi dari konsep fikih konvensional. Kemudian *ketiga*, negara-negara yang mengadakan pembaruan secara moderat untuk disesuaikan dengan tuntutan dan perubahan zaman, sesuai dengan tuntutan dan konteks kontemporer. Dapat pula dikatakan, pembaruan dengan cara kompromi antara konsep konvensional dengan tuntutan dan perubahan zaman. Negara yang masuk pada kelompok ini adalah mayoritas Negara Muslim, misalnya Mesir, Tunisia, Pakistan dan Indonesia.⁸

Sikap negara-negara Islam terhadap pembaruan hukum keluarga Islam tersebut, apabila digambarkan sebagai berikut:

⁸ J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, (New York; New York University Press, 1959), 83.



Usaha pembaruan hukum keluarga Islam ini dimulai oleh Turki pada tahun 1917, yaitu dengan lahirnya *Ottoman Law of Family Right (Qānūn Qarar al-Ḥuqūq al-‘Āilah al-Uthmāniah)*. Kemudian karena kurang puas dengan UU tahun 1917 tersebut, pada tahun 1923 pemerintah membentuk panitia untuk membuat draft UU baru. Namun demikian, para ahli hukum yang diserahi tugas selama lima tahun tidak berhasil membuat draft UU dimaksud. Akhirnya pemerintah Turki memutuskan untuk mengadopsi *the Swiss Civil Code* tahun 1912 yang dijadikan UU Civil Turki tahun 1926 (*The Turkish Civil Code of 1926*), dengan sedikit perubahan sesuai dengan tuntutan kondisi Turki.⁹ Undang-undang hukum keluarga tahun 1917 di Turki ini berimplikasi pada pembaruan hukum keluarga di Negara-negara Muslim lain, khususnya Negara-negara yang berada di bawah kekuasaan pemerintah Turki Usmani. Lebanon, misalnya, pernah memberlakukan *The Ottoman Law of Family Rights* Tahun 1917, yang ditetapkan dengan *The Muslim*

⁹ Tahir Mahmood, *Family Law Reform in the Muslim World*, (New Delhi: n.p., 1972), 17

Family Law Ordinance No. 40 tahun 1919.¹⁰ UU ini kemudian diganti dengan ditetapkannya UU hak-hak keluarga tahun 1962 (*The Law of the Rights of the Family of July 1962*).¹¹ Sementara masyarakat Duruz yang ada di Lebanon mengkodifikasi hukum keluarga (*Personal Status Law*) melalui UU No. 24 Tahun 1948.¹²

Kemudian Mesir yang mayoritas penduduknya bermazhab Shafi'i dan sebagian kecil bermazhab Hanafi, setelah adanya pengaruh kekuasaan pemerintah Turki,¹³ mengadakan pembaruan hukum keluarga pada tahun 1920 dengan lahirnya dua UU Keluarga Mesir, yakni Law No. 25 tahun 1920 dan Law No. 20 tahun 1929. Kedua UU ini kemudian diperbarui tahun 1979 dengan lahirnya UU yang dikenal hukum Jihan Sadat No. 44 Tahun 1979. UU ini kemudian diperbarui lagi dalam bentuk personal Status (Amendment) Law No. 100 Tahun 1985.¹⁴

Yordania juga pernah memberlakukan *the Ottoman Law of Family Rights* 1917, sebelum lahirnya Undang-undang No. 92 tahun 1951.¹⁵ Namun menurut catatan El Alami, sebelum lahirnya Undang-undang No. 92 Tahun 1951, yang mulai berlaku 15 Agustus 1951,¹⁶ Yordania pernah memperlakukan *the Law of Family Right* (*Qānūn al-Ḥuqūq al-‘Āilah al-Urduniyah*) No. 26 Tahun 1947. Kemudian dengan lahirnya Undang-undang No. 92 Tahun 1951,

¹⁰ Kiran Gupta, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States*, *A Study in Comparative Law*, *Islamic and Comparative Law review*, vol. Xii, no. 2, (Summer, 1992), 117.

¹¹ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, (London: the Hague, Boston: Kluwer Law International, 1996), 147

¹² Mahmood, *Family Law Reform*, 35; El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 171

¹³ Mahmood, *Family Law Reform*, 48

¹⁴ Kiran Gupta, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States*, 129-130.

¹⁵ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 294

¹⁶ J.N.D. Anderson, "Modern Trend in Islam: Legal Reform and Modernization in the Middle East", *International and Comparative Law Quarterly*, 20 (Jan, 1971), 6

dengan demikian menghapus UU the Ottoman tahun 1917 dan UU No. 26 Tahun 1947. UU No. 92 Tahun 1951 ini mencakup 132 pasal yang dibagi dalam 16 bab.¹⁷ Konon Undang-undang ini sangat mirip dengan undang-undang Turki tahun 1917, baik dari sisi strukturnya maupun aturan rinciannya.¹⁸ Kemudian UU ini diperbarui dengan UU yang lebih lengkap, yaitu dengan lahirnya *Law of Personal Status (Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah)* No. 61 Tahun 1976.¹⁹

Sama dengan Libanon dan Yordania, Syria juga pernah memberlakukan *the Ottoman Law of Family Rights* 1917 dengan sedikit modifikasi, sebelum memiliki UU sendiri, yakni personal status (*Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah as-Suriya*) No. 59 Tahun 1953 yang penetapannya didasarkan pada Dekrit Presiden dan merupakan negara Muslim kedua setelah Yaman Selatan yang mendasarkan UU keluarganya pada Dekrit Presiden. *The Syrian Code of Personal Status* Tahun 1953 yang disahkan pada tanggal 17 September 1953 dan mulai berlaku sejak tanggal 1 Nopember 1953 ini²⁰ kemudian diperbarui tahun 1975 dengan lahirnya UU No. 34 Tahun 1975. Salah satu pembaruan UU tahun 1975 ini adalah hak pengadilan melarang poligami kalau dilakukan tanpa alasan yang jelas dan atau tidak mampu secara ekonomi untuk menghidupi keluarga.²¹

Sementara itu, Negara-negara Muslim lain juga melakukan pembaruan hukum keluarganya. Di Tunisia yang mayoritas penduduknya pengikut mazhab Maliki, misalnya, UU Keluarga

¹⁷ Bab-bab yang dimaksud adalah (I) peminangan; (II) syarat-syarat mempelai; (III) Akad Nikah; (IV) Kafa'ah, (V) pembatalan perkawinan, (VI) Hakam, (VII) Mahar, (VIII) Nafkah keluarga, (XIII & XIV) Pemeliharaan Anak, (XV) orang hilang (amfqud) (XVI) Aturan Umum.

¹⁸ J.N.D., Anderson, "Recent Development in Sharia Law VIII: The Yordanian Law of Family Rights 1951", *The Muslim World*, 42 (1952), 190

¹⁹ Mahmood, *Family Law Reform*, 74

²⁰ J.N.D. Anderson, "The Syrian Law of Personal Status" *Bulletin in the School Of Oriental and African Studies*, No. 17 (1955), 34.

²¹ Mahmood, *Family Law Reform*, 85

pertama yang berlaku adalah *Code of Personal Status (Majallāt al-Aḥwāl al-Shakṣīyyah)* No. 66 tahun 1957. UU yang oleh Menteri Kehakiman ditegaskan pada sambutannya sebagai UU yang berlaku untuk pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama ini,²² kemudian diperbarui beberapa kali dengan Law No. 70 tahun 1958, No. 77 tahun 1959, No. 61 tahun 1961, No. 1 dan No. 17 tahun 1964, No. 49 tahun 1966, dan No. 7 tahun 1980.²³ UU tahun 1956 tersebut disusun berdasarkan pada perpaduan antara mazhab Hanafi dan Maliki, yang disesuaikan dengan tuntutan modern.²⁴ Meskipun UU Tunisia telah diumumkan keberadaannya oleh Menteri Kehakiman pada tanggal 3 Agustus 1956, melalui sebuah siaran yang dilanjutkan dengan sambutan Perdana menteri sekaligus Presiden Habib Bu Ruqayba, UU ini ditetapkan tanggal 13 Agustus 1956 dan mulai berlaku tanggal 1 Januari 1957.²⁵

Kemudian setelah memproklamirkan kemerdekaan pada tanggal 19 Agustus 1957, Maroko yang mayoritas penduduknya adalah pengikut mazhab Maliki, juga melakukan kodifikasi selama tahun 1957-1958 yang menghasilkan *Mudāwwanah al-Aḥwāl al-Shakṣīyyah*.²⁶ Sejarah lahirnya UU Maroko berawal pada tanggal 6 Desember 1957 (13 Jumadil Awal 1377), yaitu dengan terbitnya dekrit Raja tanggal 22 Nopember 1957 (28 Rabiul Thani 1377) yang mengumumkan lahirnya UU perkawinan dan kewarisan (*Code of Personal Status and Inheritance*).²⁷ UU ini kemudian mulai berlaku di seluruh wilayah kerajaan sejak 1 Januari 1958. UU ini adalah hasil kerja dari komite yang dibentuk tanggal 19 Agustus 1957 (22

²² J.N.D Anderson, "The Tunisian Law of Personal Status", *International and Comparative Law Quarterly* 7 (April, 1958), 262

²³ Kiran Gupta, *Polygamy-law Reform in Modern Muslim States*, 122

²⁴ Anderson, The Tunisian Law of Personal Status, 262

²⁵ Mahmood, *Family Law Reform*, 116

²⁶ J.N.D. Anderson, "Reforms in Family Law in Morocco", *Journal of African Law*, No. 2 (1958), 146

²⁷ Anderson, "Reforms in Family Law in Morocco", 146

Muharram 1377),²⁸ yang isinya terdiri dari 8 bab.²⁹ Setelah itu, Aljazair, yang mayoritas pengikut mazhab Maliki dan sebagian pengikut Shi'ah 'Ibadi, memiliki UU keluarga pertama, yaitu *Marriage Ordinance* No. 274 Tahun 1959, yang banyak mengatur masalah perceraian. Setelah diperbarui tahun 1976, direncanakan untuk melahirkan UU yang lengkap. Akhirnya setelah memakan waktu lama, tersusun *the Algerian Family Code* No. 11 tahun 1984, yang ditetapkan pada 9 Juni 1984.³⁰

Sementara itu, Negara-negara Muslim Afrika lainnya juga melakukan pembaruan hukum keluarga. Hukum keluarga di Libya, yang mayoritas pengikut mazhab Maliki, diatur dalam UU No. 176 tahun 1972, yang mengatur tentang hak-hak wanita dalam perkawinan, perceraian, khulu' dan nafkah. Kemudian keluar UU No. 87 Tahun 1973, yang mengatur tentang struktur pengadilan Sipil. Kemudian akhirnya lahir UU No. 10 Tahun 1984 yang berisi masalah hukum perkawinan yang lebih lengkap.³¹ Sudan yang mayoritas penduduknya pengikut mazhab Maliki dan Shafi'i pada awal pembentukan aturan hukum keluarganya adalah bukan melalui UU hukum keluarga yang terkodifikasi. Peraturan tentang perkawinan dan perceraian diatur dalam bentuk ketetapan-ketetapan hakim (*Manṣūrāt al-Qāḍi al-Quḍā'*) yang terpisah-pisah,³² yaitu (1) aturan tentang nafkah dan perceraian dalam *Manṣūr* 17 tahun 1916, (2) aturan tentang nafkah dan perceraian dalam *Manṣūr* 28 tahun 1927; (3) aturan tentang pemeliharaan Anak dalam *Manṣūr* 34 tahun 1932; (4) aturan tentang *ṭalāq*, *ṣiqāq* dan wasiyat dalam *Manṣūr* 41 tahun 1935; (5) aturan tentang wali nikah dalam *Manṣūr* 54 tahun

²⁸ Yaitu (I) perkawinan dan pinangan (II) dasar-dasar dan syarat akad nikah, (III) wali nikah (IV) mahar (V) pembatalan perkawinan (VI) jenis perkawinan dan akibat-akibatnya (VII dan VIII) tentang perceraian.

²⁹ Mahmood, *Family Law Reform*, 137-138

³⁰ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 39

³¹ Mahmood, *Family Law Reform*, 64

³² Mahmood, *Personal Law*, 130-131

1960.³³ Sementara UU Hukum Keluarga yang pertama diberlakukan di Somalia, satu negara yang memproklamkan kemerdekaannya pada bulan Juli 1960 dan pengikut mazhab Shāfi'ī, adalah UU yang terdiri dari 173 pasal, dan mulai berlaku pada tanggal 11 Januari 1975. Pemikir utama dalam mewujudkan UU ini adalah Abdi Salem Shaikh Hussain, Sekretaris Negara di bidang Kehakiman dan Agama.³⁴

Sama halnya dengan Negara-negara Muslim di Afrika, Negara-negara Muslim lainnya juga melakukan pembaruan hukum keluarga. Yaman Selatan, dengan raja Yaum Shihr dan Mukatta, mengkodifikasi hukum keluarga Islam di bawah Dekrit Raja tahun 1942. Kemudian diperbarui dengan *Family Law (Qānūn al-Ushrah)* No. 1 Tahun 1974. Sementara Yaman Utara, yang Mayoritas penduduknya pengikut Shī'ah Zaidiyah, menetapkan UU keluarganya dengan *Family Law (Qānūn al-Ushrah)* No. 3 Tahun 1978.³⁵ Sementara itu, Kuwait adalah negara yang relatif terakhir memiliki UU keluarga, yakni dengan lahirnya UU no. 51 tahun 1984.³⁶

Di Iran, UU hukum keluarganya adalah *Marriage Law Qanun (Qānūn Izdiwāj)* yang ditetapkan tahun 1931, yang berisi masalah perkawinan dan perceraian. Sebelumnya masalah perkawinan diatur dalam UU sipil Iran (*Iranian Civil Code*), yang diberlakukan tahun 1930.³⁷ Kemudian untuk menggantikan Marriage Law tahun 1931, lahir *Family Protection Act* tahun 1967 (*Qānūn al-Ḥimāyat al-Khaniwād*). UU ini kemudian diganti lagi dengan *Protection of Family (Ḥimāyat al-Khaniwād)* tahun 1975, namun setelah revolusi

³³ Mahmood, *Personal Law*, 167-168

³⁴ Mahmood, *Personal Law*, 254

³⁵ Kiran Gupta, "polygamy-Law Reform in Modern Muslim States, 127.

³⁶ Mahmood *Personal Law*, 254

³⁷ Mahmood, *Family Law Reform*, 154

Iran tahun 1979, UU ini dihapuskan.³⁸ Sementara itu, Irak yang penduduknya didominasi pengikut mazhab Ḥanafī, memiliki *Personal Status (Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah al-Iraqiyah)* No. 188 Tahun 1959, yang diperbarui dengan UU No. 11 tahun 1963, No. 21 tahun 1978, No. 72 Tahun 1979, No. 57 tahun 1980, No. 156 tahun 1980, No. 189 tahun 1980, No. 125 tahun 1981, UU No. 147 tahun 1982, No. 1000 tahun 1983, dan No. 11 tahun 1984. Salah satu poin menarik dari pembruan tahun 1980 adalah diperbolehkannya poligami dengan janda tanpa lebih dahulu mendapatkan izin dari pengadilan. Penetapan ini didasarkan pada tujuan poligami yang dimaksud al-Qur'an, yakni untuk memelihara dan menjamin anak yatim dan janda.³⁹

Pemberlakuan hukum keluarga Islam di anak benua India dimulai sejak tahun 1937, yaitu dengan diberlakukannya *the Muslim Personal Law (Sharī'at) Application Act* di India, yang mengatur masalah-masalah perkawinan dan perceraian.⁴⁰ Sementara itu, dalam sejarahnya, UU keluarga di Bangladesh pada prinsipnya sama dengan Pakistan. Sebab sampai sekarang UU keluarga yang berlaku di Bangladesh adalah masih produk Pakistan, yaitu *The Muslim Family laws Ordinance* tahun 1961. Undang-undang terpenting mengenai keluarga di Pakistan adalah *Child Marriage Restraint Act 1929*, *Dissolution of Muslim Marriages Act 1939* dan *Muslim Family Laws Ordinance 1961*. Ketika masih menjadi bagian Pakistan (Propinsi Pakistan Timur), sebelum menjadi negara merdeka (Republik) yang mulai tahun 1971, Bangladesh yang mayoritas penduduknya adalah pengikut Ḥanafī, sama dengan Pakistan, pernah memberlakukan (1) *Bengal Muhammadan*

³⁸ Ziba Mir-Hosseini, "Strategis of Selection: Differing Nations of Marriage in Iran and Morocco, dalam Camillia Fawzi El-Solh and Judi Mabro (eds), *Muslim Womens Chioeces: Religious Belief and Social Reality*, (Oxford: Berg Publisher, 1994), 57

³⁹ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 39

⁴⁰ Mahmood, *Personal Law*, 188-190

Marriage and Divorces Registration Act 1876 (yang mengatur tentang pencatatan perkawinan dan perceraian); (2) *Divorce Act* 1869; (3) *Child Marriage Restraint Act* 1929; *Muslim Personal law (Shari'a) Applicant Act* 1937, dan *Dissolution of Muslim Marriage Act* 1939.⁴¹ Pada tahun 1980 Bangladesh memang memperlakukan *Child marriage Restraint (Amandement) Ordinance* dan *the Dowry Prohibition (Amandement) Ordinance*. Karena itu, sampai sekarang Bangladesh masih memberlakukan *the Muslim Family laws tahun 1961*, sama dengan Pakistan.⁴²

Pembaruan dalam bidang hukum keluarga di dunia Muslim, sebagaimana diuraikan di atas, ditandai tidak saja oleh penggantian hukum keluarga Islam (fikih) dengan hukum-hukum Barat, tetapi juga oleh perubahan-perubahan dalam hukum Islam itu sendiri yang didasarkan atas reinterpretasi (penafsiran kembali) terhadap hukum Islam sesuai dengan perkembangan penalaran dan pengamalannya. Dengan cara inilah hukum keluarga di dunia Muslim mengalami perubahan, terutama dalam hal meningkatkan status atau kedudukan kaum wanita dan memperkuat hak-hak anggota keluarga lainnya.⁴³ Sementara tujuan dari adanya pembaruan Hukum Keluarga Islam di dunia Muslim tersebut secara umum adalah untuk 1) Unifikasi hukum perkawinan, 2) Peningkatan status wanita, dan 3) Respon untuk menyesuaikan dengan perkembangan dan tuntutan zaman.

Adapun tujuan pertama, yaitu unifikasi hukum, dapat dikelompokkan menjadi lima macam, yaitu *pertama*, unifikasi hukum yang berlaku untuk seluruh warga Negara tanpa memandang agama, misalnya kasus yang berlaku di Tunisia.⁴⁴ *Kedua*, unifikasi yang bertujuan untuk menyatakan adanya dua aliran pokok dalam

⁴¹ Mahmood, *Personal Law*, 191

⁴² Kiran Gupta, *Polygamy-Law Reform in Modern Muslim States*”, 129

⁴³ John J. Donohue dan John L. Esposito, *Islam dan Pembaharuan* Ensiklopedi Masalah-Masalah, 364-365.

⁴⁴ J.N.D. Aderson, “The Tunisian Law Of Personal Status”, 226.

sejarah Muslim, yakni antara paham Sunni dan Shi'i, sebagaimana terjadi di Iran dan Irak, karena di dua negara tersebut terdapat penduduk yang mengikuti dua aliran besar tersebut. *Ketiga*, kelompok yang berusaha memadukan antar mazhab dalam sunni, karena di dalamnya ada pengikut mazhab-mazhab yang berbeda. *Kecempat*, unifikasi dalam satu mazhab tertentu, misalnya di kalangan pengikut Shāfi'i, atau Ḥanafī atau Mālīki. Dengan menyebut unifikasi dari antar mazhab bukan berarti format pembaruan yang ditemukan dengan sendirinya beranjak dari dan bersandar pada mazhab yang ada di Negara yang bersangkutan. Bisa saja formatnya diambil dari pandangan mazhab yang tidak dapat ditemukan sama sekali di negara yang bersangkutan. Sekedar contoh, Indonesia yang penduduk muslimnya mayoritas bermazhab Shāfi'i bukan berarti format hukum keluarga sepenuhnya sesuai dengan pandangan-pandangan Imam al-Shāfi'i dan ulama Shāfi'i, tetapi boleh jadi pada bagian-bagian tertentu mengambil dari pandangan mazhab Mālīki dan seterusnya. *Kelima*, unifikasi dengan berpegang pada pendapat imam di luar Imam mazhab terkenal, seperti pendapat Ibn Shubrumah (w. 144 H), Ibn Qayyīm al-Jauziyah (w. 751 H) dan lain-lain.

Kemudian berkaitan dengan tujuan kedua dan ketiga, beberapa negara melakukan pembaruan Hukum Keluarga Islam Kontemporer dengan tujuan untuk mengangkat status wanita Muslimah. Tujuan pengangkatan status wanita ini sering pula dengan merespon tuntutan dan perkembangan zaman, sehingga tujuan pengangkatan status wanita seiring pula dengan tujuan unifikasi hukum dan merespon tuntutan dan perkembangan zaman. Berdasarkan latar belakang lahirnya tuntutan pembaruan Hukum Keluarga Islam Kontemporer, dapat disimpulkan bahwa ketiga tujuan pembaharuan tersebut di atas sejalan dan seiring dengan mayoritas negara Muslim.

Menurut para pakar hukum Islam, pembaruan hukum Islam, termasuk hukum perkawinan Islam, yang terjadi di dunia Muslim ini disebabkan beberapa faktor, antara lain 1) Untuk mengisi kekosongan hukum karena norma-norma yang terdapat dalam kitab-kitab fikih klasik tidak mengaturnya, sedangkan kebutuhan masyarakat terhadap hukum baru sangat mendesak untuk diterapkan, 2) Pengaruh globalisasi ekonomi dan IPTEK sehingga perlu ada aturan hukum yang mengaturnya, terutama masalah-masalah yang belum ada aturannya, 3) Pengaruh reformasi dalam berbagai bidang yang memberikan peluang kepada hukum Islam untuk menjadi bahan dalam membuat hukum nasional, dan 4) Pengaruh pembaruan pemikiran hukum Islam yang dilaksanakan oleh para mujtahid baik tingkat internasional, maupun tingkat nasional, terutama hal-hal yang menyangkut perkembangan sains dan teknologi.⁴⁵

B. Pembaruan Materi Hukum Perkawinan dalam Aturan Perundang-undangan di Negara-negara Islam

Pembaruan hukum Islam yang ada umumnya memiliki beberapa sifat, yaitu (1) dalam bentuk kodifikasi, yaitu pengelompokan hukum yang sejenis ke dalam kitab undang-undang sebagai perundang-undangan negara, (2) tidak terikatnya umat Islam hanya pada satu mazhab hukum tertentu, yang disebut dengan *takhayyur* (seleksi) pendapat yang paling sesuai dengan kondisi masyarakat, (3) penerapan (*taṭbīqī*) hukum terhadap peristiwa baru, dan (4) perubahan hukum dari yang lama kepada yang baru yang merupakan tajdid-reinterpretasi.⁴⁶

⁴⁵ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2006), 154

⁴⁶ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1994), 149-185

Sementara itu, Anderson mencatat empat metode umum yang digunakan sarjana dalam melakukan pembaruan hukum keluarga Islam kontemporer adalah (1) lewat aturan dan kebijakan yang bersifat prosedural-administratif sesuai dengan tuntutan zaman modern, yang dalam istilah lain disebut *al-Siyāsah al-Shar'iyah* tetapi substansinya tidak berubah; (2) *takhayyur* (memilih salah satu dari sekian pandangan mazhab fikih yang ada, bukan saja dari mazhab-mazhab populer tetapi juga dari mazhab-mazhab kecil lain, di samping juga adanya *talfiq*, yaitu menggabungkan pandangan sejumlah mazhab dalam satu masalah tertentu), (3) *ijtihad* dengan jalan mereinterpretasi teks Syari'ah, dan (4) menggunakan alternatif lain, misalnya dengan memberikan sanksi secara administratif bagi yang melanggar, tetapi tidak berdasarkan alasan Syari'ah.⁴⁷

Coulson, dengan membandingkan teori yang digunakan komite Pakistan dengan Negara-negara di Timur Tengah, menyimpulkan bahwa ada satu perbedaan menonjol antara kedua kelompok tersebut, yaitu apabila di Negara-negara Timur Tengah pembaruannya menekankan pada unsur prosedural dan administrasi, yang berarti banyak menggunakan *al-Siyāsah al-Shar'iyah*, sementara Pakistan berusaha mendasarkan pembaruan pada interpretasi teks syari'ah. Misalnya dalam membatasi kasus perkawinan anak di bawah umur, Mesir melakukan pembaruan dengan cara mewajibkan pencatatan perkawinan. Jadi, aturan administrasi ini digunakan untuk mencapai tujuan umum hukum. Sementara Pakistan mendasarkan keharusan pencatatan perkawinan paada Qur'an yang mengharuskan pencatatan dalam melakukan transaksi.⁴⁸

Sementara itu, David Pearl menyimpulkan, negara-negara muslim menggunakan 4 metode dalam melakukan pembaruan

⁴⁷ J.N.D Anderson,. *Law Reform in the Muslim World*, (London : University of London Press, 1976). 92

⁴⁸ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, 187

Hukum Keluarga, yaitu: (1) *takhayyur*; (2) *talfiq*; (3) *siyāṣah shar'iyah*; dan (4) murni memenuhi kebutuhan sosial dan ekonomi tanpa mendasarkan sama sekali terhadap alasan mazhab, yang oleh pemikir lain disebut reinterpretasi terhadap *naṣṣ* sesuai dengan tuntutan zaman. Adapun Penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia dapat disimpulkan, bahwa metode yang digunakan adalah: (1) metode *taḥṣīṣ al-qaḍā'* atau *siyāṣah shar'iyah*; (2) reinterpretasi *naṣṣ*, termasuk dengan jalan *qiyās*; (3) *takhayyur* dan *talfiq*.⁴⁹

Perubahan hukum yang dilakukan di Negara-negara Muslim mengambil berbagai bentuk sebagai berikut:

1. *Taḥṣīṣ al-Qaḍā'*, yaitu menerapkan hukum Islam melalui pengadilan dengan cara membatasi penerapan syariah pada aspek hukum perdata Islam yang menjadi kompetensi peradilan.
2. *Takhayyur*, yaitu memilih berbagai pendapat di dalam mazhab-mazhab fikih tertentu dan tidak memilih pendapat dominan di dalam mazhab arus utama. Nama lain dari *takhayyur* adalah *talfiq*, yaitu menggabungkan bagian dari doktrin suatu mazhab dengan bagian dari doktrin mazhab lain.
3. Reinterpretasi, yaitu menafsirkan ulang prinsip syariah terhadap suatu isu. Sebagai contoh, *The Tunisian Code of Personal Status* 1965 yang menyatakan bahwa perceraian harus di depan pengadilan, dan pengadilan diizinkan untuk mewajibkan suami membayar sejumlah uang sebagai kompensasi jika menurut pengadilan suami mencari-cari alasan untuk berera.

⁴⁹ David Pearl and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition, (London: Sweet and Maxwell, 1998), 21.

4. *Siyāsah Shar’iyyah*, yaitu menerapkan kebijakan dan aturan-aturan administratif yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan syariah.
5. Keputusan pengadilan, di India dan bekas koloni Inggris lainnya misalnya, reformasi hukum Islam dapat dilakukan melalui keputusan pengadilan. Menurut metode ini pengadilan dapat menggunakan penalaran hakim jika tidak ada hukum yang jelas di dalam *naṣṣ* al-Qur’an dan as-Sunnah. Hal ini juga dikenal di wilayah Maroko di bawah pengaruh mazhab Maliki bahwa otoritas ‘amal atau praktek pengadilan dikenal luas oleh para hakim.⁵⁰

Sifat dan metode reformasi yang digunakan negara-negara muslim dalam melakukan pembaruan hukum keluarga Islam di atas secara umum dapat dikelompokkan menjadi:

1. *Intra-doctrinal reform*, yaitu pembaruan yang tetap merujuk pada konsep fikih konvensional, dengan cara 1) *Takhyīr* (memilih pandangan salah satu ulama fikih, termasuk ulama di luar mazhab), atau dapat pula disebut dengan *tarjīh*, dan 2) *Talfīq* (mengkombinasikan sejumlah pendapat ulama).
2. *Extra-doctrinal reform*, yaitu pembaruan yang tidak lagi merujuk pada konsep fikih konvensional, tetapi dengan melakukan reinterpretasi terhadap *naṣṣ*. Adapun cara dan dasar yang digunakan adalah dengan menggunakan *maṣlaḥah mursalah*, *sadd al-dharī’ah*, regulatori, dan administrasi.⁵¹

Secara umum dapat disimpulkan bahwa metode yang digunakan, baik oleh para sarjana klasik dan pertengahan maupun

⁵⁰ Tahir Mahmoud, *Family Law in The Muslim World*, 64

⁵¹ Khoiruddin Nasution, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia*, (Yogyakarta: Tazzafa, ACAdemia, 2010), 44

sarjana modern, termasuk dalam bentuk aturan perundang-undangan, secara umum masih menggunakan metode parsial-deduktif, yaitu mengambil ketetapan hukum dari *naşş* hanya dengan mencatat satu atau beberapa ayat Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad SAW kemudian diambil kesimpulan, tanpa lebih dahulu mengkaitkan dengan ayat-ayat atau sunnah lain, dan meletakkannya sebagai satu kesatuan yang menyatu. Meskipun demikian, perlu ditambahkan bahwa ditemukan juga beberapa kasus yang menggunakan metode tematik dan holistik dalam bentuk sederhana dan tidak konsisten. Perbedaan praktek yang ditemukan antara para ilmuwan klasik dan pertengahan (tradisionalis) disatu sisi, dengan para pembaru kontemporer yang dipraktekan ketika memformulasikan Perundang-undangan di sisi lain, adalah kelompok pertama langsung merujuk langsung pada Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad SAW, sementara kelompok kedua dengan perantaraan kitab-kitab fiqih yang ada, meskipun akhirnya kembali pada kedua sumber Qur'an sunnah Nabi Muhammad SAW.

Dengan menggunakan metode-metode tersebut dihasilkan beberapa pembaruan materi hukum yang tertuang dalam aturan perundang-undangan hukum keluarga di Negara-negara Islam. Berikut dikemukakan beberapa pembaruan materi hukum perkawinan tersebut, dengan mengacu pada beberapa aturan perundangan yang ada di beberapa Negara Islam, termasuk Turki, Mesir dan Maroko, tiga negara tempat studi banding panitia pembentukan KHI. Sebagaimana dikemukakan dalam Bab Pendahuluan (Bab I) bahwa proses penyusunan KHI di samping merujuk kitab-kitab fikih mazhab klasik juga merupakan hasil studi banding ke tiga Negara tersebut.

1. Pencatatan Perkawinan

Secara umum di negara-negara Islam, berbeda dengan fikih klasik, ditetapkan keharusan adanya pencatatan dalam pernikahan.

Aturan pertama yang memuat pencatatan perkawinan tertuang dalam Undang-Undang Mesir tentang Organisasi dan Prosedur Berperkara di Pengadilan tahun 1897 (*Egyptian Code of Organization and Procedure for Syari'ah Court of 1897*). Dalam peraturan ini disebutkan bahwa pemberitahuan suatu perkawinan atau perceraian harus dibuktikan dengan catatan (akta). Hal inilah yang kemudian diperluas dengan peraturan perundang-undangan tahun 1909-1910, dan diubah tahun 1913 dimana pada pasal 102 disebutkan bahwa perdebatan sekitar perkawinan dan perceraian yang diadakan salah satu pasangan atau orang ketiga tidak akan ditanggapi kecuali ada bukti yang meyakinkan kebenarannya. Hanya saja menurut UU tahun 1897, pembuktian ini boleh atau cukup dengan oral atau lisan yang diketahui secara umum oleh pihak yang berperkara. Sementara menurut peraturan tahun 1911, pembuktian harus dengan catatan resmi pemerintah (*official document*) atau tulisan tangan dan tanda tangan dari seorang yang sudah meninggal. Dalam peraturan tahun 1931 lebih dipertegas lagi dengan kata-kata harus ada bukti resmi (akta) dari pemerintah (*official certificate*).⁵²

Sementara itu, di Iran, dalam undang-undang hukum perkawinan tahun 1931 pasal 1 dinyatakan bahwa setiap perkawinan sebelum dilaksanakan harus dicatatkan pada lembaga yang berwenang, pelanggaran terhadap ketentuan ini akan dihukum penjara selama satu hingga 6 Bulan. Aturan tentang permasalahan ini hanya bersifat administratif saja karena pelanggarnya hanya dikenakan hukuman fisik saja sedangkan perkawinannya tetap sah. Peraturan ini tidak dijumpai dalam pemikiran hukum klasik baik dalam Shi'i maupun Sunni.⁵³ Begitu pula dalam *Muslim Family Laws Ordinance* Tahun 1961 Pakistan diharuskan adanya

⁵² J. N.D. Anderson, "Recent Development in Shari'a Law III: The Contract of Marriage", dalam *The Muslim World*, 41 (1951), 113-114.

⁵³ Muḥammad Jawād Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, Alih Bahasa Masykur, cet IV (Jakarta: Lentera, 1999), 316-318.

pendaftaran atau pencatatan perkawinan. Penetapan ini didasarkan atas pendapat mazhab Hanafi yang melandaskan pendapatnya kepada ayat Al-Quran tentang pentingnya mencatat transaksi-transaksi penting. Ulama tradisional Pakistan juga setuju dengan keharusan pencatatan perkawinan, dengan syarat tidak dijadikan syarat sah perkawinan. Apabila perkawinan dilakukan di luar Pakistan, satu salinan surat nikah harus dikirimkan kepada Pegawai Pencatat Perkawinan untuk dicatatkan. Bagi yang melanggar aturan dapat dihukum dengan hukuman penjara selama 3 bulan dan/atau denda 1000 Rupee.⁵⁴ Pasal 5 Ordonansi Pakistan itu menyatakan bahwa apabila suatu perkawinan tidak dilakukan oleh Pejabat Pencatat Nikah maka orang yang memimpin pelaksanaan ijab qabul itu harus melaporkannya kepada Pejabat Pencatat Nikah dan kelalaian mengenai hal ini merupakan pelanggaran.⁵⁵ Dalam pasal ini pula ditegaskan bahwa yang berwenang mengangkat pejabat-pejabat pencatat nikah dan mengizinkan mereka untuk melakukan pencatatan akad nikah adalah Majelis Keluarga (*Union Council*) dan majelis ini memberi izin untuk melakukan pekerjaan tersebut hanya kepada satu orang pada setiap daerah tertentu.⁵⁶ Sementara di Yordania, melalui undang-undang 1976 pasal 17 dijelaskan bahwa mempelai pria berkewajiban untuk mendatangkan *qāḍī* atau wakilnya dalam upacara perkawinan. Petugas yang berwenang sebagaimana yang ditunjuk oleh qadli mencatat perkawinan tersebut dan mengeluarkan sertifikat perkawinan. Apabila perkawinan

⁵⁴ Dengan demikian, pencatatan sebagai syarat administrasi di Pakistan merupakan kompromi antara kelompok tradisional dan modernis yang menghendaki pencatatan. Ketentuan hukuman ini sama sekali tidaklah bertentangan dengan dengan asas-asas pemikiran hukum pidana Islam, yang justru memberi hak kepada penguasa untuk memberikan hukuman ta'zir bila diperlukan guna mempertahankan kepentingan-kepentingan yang dihendaki oleh syara'. Mahmood, *Family Law Reform*, 259

⁵⁵ Rubya Mehdi, *The Islamization of The Law in Pakistan*, (Surrey: Curzon Press, 1994), 159.

⁵⁶ Rubya Mehdi, *The Islamization of The Law in Pakistan*, 160

dilangsungkan tanpa pencatatan, maka orang yang mengadakan upacara perkawinan, kedua mempelai, dan saksi-saksi dapat dikenakan hukuman berdasarkan Jordanian Penal Code dan denda lebih dari 100 dinar.⁵⁷

2. Pembatasan Usia Nikah

Dalam aturan perundang-undangan di negara-negara Islam secara umum terdapat pembatasan usia untuk melangsungkan perkawinan, hanya saja berbeda-beda tentang batasan umur yang diberikan. Dalam Undang-undang Turki, sejak awal ada pembatasan umur. Umur minimal seseorang yang hendak menikah adalah 18 tahun bagi laki-laki dan 17 tahun bagi perempuan. Namun dalam undang-undang tahun 1972, dalam kasus-kasus tertentu, pengadilan masih boleh mengizinkan pernikahan pada usia 15 tahun bagi laki-laki dan 14 tahun bagi perempuan atas izin orang tua atau wali.⁵⁸ Sementara dalam UU No. 56 tahun 1923 Pasal 1 Mesir dinyatakan bahwa usia minimal perkawinan adalah 16 tahun untuk wanita dan 18 tahun bagi pria pada saat menikah. Ada dua hal untuk mengetahui umur seseorang agar sesuai dengan ketentuan UU, yaitu Akte Kelahiran atau berupa surat resmi yang dapat menaksir tanggal kelahiran seseorang, dan sertifikat kesehatan yang memperlihatkan taksiran tanggal atau data kelahiran yang diputuskan oleh Menteri Kesehatan atau Pusat Kesehatan setempat. Jika keduanya atau salah satu pihak calon suami atau istri tidak memenuhi ketentuan umur perkawinan dalam UU tersebut, maka dilarang untuk melakukan pendaftaran perkawinan.⁵⁹ Sementara itu, dalam *Mudāwwanah al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah* (Undang-undang Hukum Keluarga) yang

⁵⁷ El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 82

⁵⁸ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern: Studi Perbandingan dan Keberlanjutan UU Modern dari Kitab-Kitab Fikih* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 43

⁵⁹ J.N.D. Anderson, *Law Reform in the Muslim World*, 103

berlaku tahun 1958 di Maroko, ditetapkan bahwa batas minimal usia nikah laki-laki adalah 18 tahun dan perempuan 15 tahun. Namun demikian, batas umur kedewasaan adalah 21 tahun, sehingga tetap disyaratkan adanya izin wali bagi mempelai yang masih berumur di bawah 21 tahun.⁶⁰

Di Yordania, syarat usia perkawinan adalah 16 tahun bagi laki-laki dan 15 tahun bagi perempuan. Apabila perempuan telah mencapai usia 15 tahun dan mempunyai keinginan untuk menikah sementara walinya tidak mengizinkan tanpa alasan yang sah, maka perempuan tersebut pada dasarnya tidak melanggar prinsip-prinsip kafaah dan pengadilan dapat memberikan izin pernikahan. Demikian juga apabila laki-laki telah mencapai umur 18 tahun dan walinya keberatan memberikan izin tanpa alasan kuat, maka pengadilan dapat memberi izin pernikahan.⁶¹ Terlepas dari usaha penghargaan terhadap kualifikasi perempuan di depan hukum, dengan berpedoman pada mazhab Ḥanafī, Yordania selangkah lebih maju dalam menempatkan perempuan untuk melakukan pernikahan. Bagi seorang perempuan yang telah berusia 18 tahun atau lebih (tingkat kedewasaan perempuan), ia dapat menikahkannya sendiri dengan seorang laki-laki yang ia pilih. Adanya kewenangan orang tua/wali dalam pernikahan bagi perempuan yang berusia kurang dari 18 tahun, menunjukkan adanya tanggung jawab orang tua bagi anaknya yang belum dewasa.⁶²

⁶⁰ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern: Studi Perbandingan dan Keberanjakan UU Modern dari Kitab-Kitab Fikih*, 109.

⁶¹ The Code personal Status 1977, (Law 61 of 1976 as amended by Law 25 1977).

⁶² Hukum keluarga dalam mazhab Ḥanafī tidak memasukan wali sebagai rukun pernikahan, karena *ijab* dapat dilakukan mempelai istri atau wakilnya, atau oleh wali, lihat Abdul Wahhāb Khallāf, *Aḥkām al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah ‘alā Wafqī Madhhābi Abī Hanīfah wama al-‘Amālī al Muḥakam*, (Kuwait: Dār al-Qalḍm, 1990), 22. Jumhur ulama berpendapat bahwa wali menjadi syarat dalam pernikahan, seorang perempuan tidak dapat menikahkannya kecuali madhhab

Hukum Perdata Iran menyatakan bahwa batas usia untuk menikah adalah 18 tahun untuk pria dan 15 tahun untuk wanita. Bagi seseorang yang mengawinkan di bawah usia tersebut maka akan dipenjara antara 6 bulan hingga 2 tahun. Jika seorang anak perempuan dikawinkan di bawah umur 13 tahun maka yang mengawinkan dikenakan penjara 2 hingga 3 tahun, selain juga masih harus membayar denda 2-20 Riyal. Hal ini telah diatur dalam hukum keluarga Iran tahun 1931-1937 pasal 3. Hal ini dianggap sebagai pembaharuan karena berbeda dengan pendapat mazhab yang diyakini oleh mayoritas masyarakat Iran, yaitu mazhab Ja'fari yang memberikan batasan usia 15 untuk pria dan 9 tahun untuk wanita.⁶³ Sementara itu, hukum keluarga Pakistan menyatakan bahwa perkawinan dapat dilakukan jika laki-laki sudah berumur 18 tahun dan wanita berumur 16 tahun. Hal tersebut tercantum dalam Ordonansi No. 8 Tahun 1961 pasal 4, pasal 5 dan pasal 6 ayat 1. Apabila terjadi pernikahan antara pria yang berusia di atas 18 tahun terhadap perempuan di bawah usia nikah, maka dapat dihukum penjara maksimal 1 bulan atau denda maksimal 1000 rupee ataupun keduanya sekaligus. Sanksi yang sama juga akan dijatuhkan kepada pihak yang menyelenggarakan, memerintahkan atau memimpin pernikahan mempelai di bawah umur.⁶⁴

3. Poligami

Komite ahli hukum Turki mengambil Undang-Undang sipil Swiss untuk memenuhi keperluan hukum menggantikan Undang-Undang Syariah, berdasarkan keputusan Dewan Nasional Agung

Abū Hanīfah (w. 150 H) dan Abī Yūsuf (w. 181 H), bahwa perempuan yang *baligh* dan berakal dapat menikahkan dirinya, lihat Sayyid Sābiq, *Fiqh al-Sunnah*, (Mesir: *al-Fath li al-'Allam al-'Arab*, t.t.), 84

⁶³ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Madzhab*, Alih Bahasa Masykur, cet IV (Jakarta: Lentera, 1999), 316-318.

⁶⁴ Child Marriage Restraint Act 1929 (Act 29/1929) dan amandennya (Ordonansi No. 8/ 1961), Pasal 2, 4, 5, 6 ayat (1), 12 ayat (5).

tanggal 17 februari 1926. Undang-Undang Sipil yang mulai diberlakukan pada tanggal 4 Oktober 1926 ini antara lain menetapkan tentang azas monogamy dan melarang poligami serta memberikan persamaan hak antara pria dan wanita dalam memutuskan perkawinan dan perceraian. Pelarangan poligami sejak saat itu berlangsung. Bahkan, pernikahan dapat dibatalkan apabila salah satu pihak, termasuk suami, telah berumah tangga saat menikah.⁶⁵ Sementara Pakistan dengan *The Muslim Family Laws Ordinance* Tahun 1961 menetapkan bahwa poligami itu hukumnya boleh dengan izin terlebih dahulu dari pengadilan (*Arbitration Council*) dan isteri atau isteri-isterinya. Sementara bagi yang melanggar hal ini dapat dihukum dengan hukuman penjara atau denda. Badan arbitrase ini tidak akan mengeluarkan persetujuan perkawinan poligami sebelum ia yakin dengan seyakinyanya terhadap keadilan dan alasan kuat perlunya suami untuk menikah lagi.⁶⁶ Aturan yang lebih jelas membahas hal ini terdapat dalam *The Muslim Family Laws Ordinance* Tahun 1961 pasal 6 ayat 1, 2 dan 3.⁶⁷ Dalam pasal ini dijelaskan bahwa poligami dapat dilakukan

⁶⁵ David Pearl and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition (London: Sweet and Maxwell, 1998), 21.

⁶⁶ Dawoud El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 149

⁶⁷ Peraturan poligami yang tercantum dalam pasal 6 tersebut menyatakan: 1). Selama masih terikat perkawinan, tidak seorang lelakipun yang boleh melakukan perkawinan dengan orang lain kecuali ia telah mendapat izin tertulis dari Dewan Arbitrase. 2). Permohonan izin akan diserahkan kepada ketua dengan cara yang ditentukan sekaligus dengan biaya yang ditetapkan dan melampirkan alasan-alasan untuk mengajukan perkawinan dengan menerangkan apakah izin tertulis dari isteri atau isteri-isterinya sudah diperoleh. 3). Dalam hal penerimaan permohonan ketua akan meminta kepada pemohon dan isteri atau isteri-isterinya yang sah untuk mengajukan wakil masing-masing dan dewan arbitrase akan memberikan izin poligami apabila dewan memandang perkawinan tersebut perlu dan adil sesuai dengan pertimbangan kesehatan. 4). Dalam memutuskan permohonan tersebut dewan arbitrase mencatat alasan terhadap putusan tersebut dan pihak pemohon boleh melebihi surat permohonan untuk revisi surat keterangan tersebut dan menyerahkannya kepada kolektor dan putusannya akan

dengan syarat adanya izin tertulis dari dewan arbitrase (Hakim) sebelum seseorang dapat menikahi isteri lagi. Izin tersebut hanya dapat diberikan bila dewan arbitrase itu yakin bahwa perkawinan yang diajukan itu memang diperlukan dan benar. Dalam hal ini diperlukan adanya persetujuan dari isteri terdahulu kecuali kalau dia sakit ingatan, cacat jasmani atau mandul. Walau bagaimanapun juga izin dewan hakim harus didapatkan sebelum melangsungkan perkawinan kedua. Selain semua pembatasan ini, jika telah dijalin perkawinan kedua tanpa izin dewan, maka perkawinan tersebut dapat dianggap batal secara hukum. Pada hakekatnya, ketentuan ini merupakan upaya untuk mengurangi atau membatasi praktek poligami beserta implikasi negatif yang ditimbulkannya, terutama ketidakadilan terhadap kaum perempuan. Undang-undang poligami di Pakistan merupakan personifikasi di antara enam model penafsiran yang berkembang, yakni *pertama*, menekankan ketentuan berlaku adil sebagaimana ditetapkan dalam Al Qur'an, *kedua*, memberi hak kepada istri untuk menyertakan pernyataan anti poligami dalam surat perjanjian perkawinan. *Ketiga*, harus memperoleh izin lembaga peradilan. *Keempat*, hak menjelaskan dan mengontrol dari lembaga perkawinan kepada pihak yang akan berpoligami. *Kelima*, benar-benar melarang poligami, dan *keenam*, memberi sanksi pidana bagi yang melanggar aturan poligami.⁶⁸

Di Maroko, melalui Undang-undang Hukum Keluarga tahun 1958, pelaksanaan poligami berusaha dibatasi. Apabila

berlaku serta tidak akan dipertanyakan lagi di pengadilan. 5). Seseorang yang melakukan perkawinan yang lain tanpa izin dari dewan arbitrase akan (a) membayar seluruh mahar dengan segera kepada isteri atau isteri-isterinya, baik tunai maupun secara ditangguhkan dan jika tidak maka ia kan diperoleh sebagai tunggakan atau sewa, (b) dihukum penjara maksimal satu tahun atau denda maksimal 5000 rupee atau kedua-duanya. Dawoud El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 149

⁶⁸ Rahman Syamdudin, "Sejarah Pemberlakuan Hukum Keluarga di Pakistan", *Paper* <http://syariahalauddin.com/2011/10/17/sejarah-pemberlakuan-hukum-keluarga-di-pakistan/>. Diunduh pada tanggal 2 Februari 2014.

dikhawatirkan terjadi ketidakadilan suami terhadap isteri-isteri, maka poligami tidak diperbolehkan. Suami yang hendak berpoligami harus memberitahu juga calon istri bahwa dia sudah mempunyai isteri. Dalam akad nikah, mempelai perempuan dapat mengajukan syarat untuk tidak dipoligami. Apabila syarat ini dilanggar, maka istri berhak untuk mengajukan perceraian ke pengadilan.⁶⁹ Begitu pula dalam undang-undang keluarga Iran, suami yang akan menikah lagi harus memberitahukan kepada calon istri tentang statusnya, pelanggaran terhadap ketentuan ini dapat dikenakan sanksi hukum perlindungan keluarga tahun 1967. Selain itu juga harus mendapat ijin dari istri, jika ketentuan ini dilanggar, istri dapat mengajukan permohonan cerai ke pengadilan. Suami juga harus mendapat ijin dari pengadilan yang sebelumnya akan memeriksa apakah suami dapat menafkahi lebih dari seorang istri dan apakah dia mampu berbuat adil. Pelanggaran ketentuan ini akan dikenakan hukuman kurungan selama 6 bulan hingga 2 tahun. Ketentuan ini merupakan reformasi *regulatory* atau administratif belaka karena hanya mendapatkan sanksi fisik tanpa membatalkan status perkawinannya. Aturan-aturan seperti ini tidak didapatkan dalam mazhab Ja'fari maupun mazhab hukum yang lain.⁷⁰

Dalam UU No. 100 tahun 1985, Mesir pada dasarnya memperbolehkan praktek poligami namun apabila isteri keberatan, isteri dapat mengajukan gugat cerai dengan alasan poligami tersebut. Dalam materi UU tersebut, dinyatakan bahwa poligami dapat menjadi alasan pengajuan perceraian bagi isteri dengan alasan poligami mengakibatkan kesusahan ekonomi, baik dicantumkan dalam taklik talak maupun tidak. Bila suami berencana poligami harus seizin pihak pengadilan dan pengadilan harus memberitahukan kepada isterinya tentang rencana poligami tersebut. Dalam pasal

⁶⁹ M. Atho Muzdhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 110.

⁷⁰ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Madzhab...*, 492-493.

11A UU No. 100 tahun 1985 dinyatakan bahwa ada beberapa ketentuan mengenai poligami, yaitu 1) adanya pemberitahuan kepada isteri oleh pencatat nikah tentang pernikahan suaminya, 2) Isteri dapat mengajukan gugatan cerai dengan alasan poligami suaminya dalam waktu satu tahun, 3) Hak cerai gugat isteri gugur setelah satu tahun, dan 4) Jika sebelumnya isteri tidak mengetahui poligami tersebut maka ia berhak minta cerai setelah mengetahuinya. Dengan demikian, untuk melaksanakan poligami di Mesir lebih longgar daripada di Negara Islam lainnya. Namun demikian, pelanggaran terhadap ketentuan poligami adalah termasuk tindak pidana yang dapat disanksi berupa hukuman penjara atau denda, atau bahkan kedua-duanya sekaligus.⁷¹

4. Perceraian

Aturan-aturan hukum yang mengatur tentang perceraian dalam perundang-undangan Turki telah mengalami perkembangan yang cukup pesat jika dibandingkan dengan fikih konvensional. Pengajuan cerai yang sebelumnya mutlak berada di pihak suami, sejak munculnya hukum tentang hak-hak keluarga tahun 1917 Pasal 129-135 pihak istri diperbolehkan mengajukan perceraian. Perceraian dilakukan di pengadilan yang didahului dengan permohonan cerai dari pihak suami atau isteri. Di samping itu, hukum perdata Turki tahun 1926 mengatur dan membolehkan pisah ranjang. Pihak suami isteri mempunyai hak yang seimbang dalam pengajuan cerai dengan mendasarkan pada ketentuan perundang-undangan (Pasal 129-138 Hukum Perdata Turki 1926 dan Pasal 134-144 Hasil Amandemen Tahun 1990). Suami atau isteri yang nushuz karena alasan adanya perzinaan yang dilakukan oleh pasangannya, maka perlakuan terhadap suami yang zina sama dengan isteri yang zina. Penyakit jiwa dalam perundang-undangan Turki termasuk dalam alasan perceraian. Perundang-undangan Turki

⁷¹ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries*, 39-46

memberlakukan perceraian atas kesepakatan bersama (suami isteri) berdasar hasil Amandemen tahun 1988. Masing-masing pihak yang merasa dirugikan pihak lain sebagai akibat perceraian diperbolehkan mengajukan tuntutan ganti rugi yang layak (Pasal 143 Hasil Amandemen tahun 1990).⁷² Dalam perundang-undangan Turki juga terdapat aturan ta'lik talak yang dicantumkan pada Pasal 38 Hukum tentang Hak-hak keluarga tahun 1917. Pasal tersebut menyatakan bahwa seorang isteri berhak mencantumkan dalam ta'lik talak bahwa poligami suami dapat menjadi alasan perceraian. Di samping itu, dalam UU Turki ditetapkan bahwa pengadilan boleh menetapkan uang ganti rugi yang harus dibayar salah satu pihak suami atau istri untuk pasangan yang disakiti.⁷³

Begitu juga yang terjadi di Mesir, UU Mesir No. 25 tahun 1920 mengenal dua reformasi dalam talak atau cerai, yaitu pertama, hak pengadilan untuk menjatuhkan talak dengan alasan gagal memberikan nafkah, dan kedua, talak jatuh karena alasan adanya penyakit yang membahayakan. Sementara UU No. 25 tahun 1929 mempunyai reformasi hukum lain, yaitu bahwa pengadilan berhak menjatuhkan talak karena: perlakuan yang tidak baik dari suami dan pergi dalam waktu yang lama. Jadi UU tahun 1920 memberdayakan pengadilan dan memperluas definisi penyakit membahayakan dalam perceraian, sementara UU tahun 1929 hanya memberdayakan pengadilan.⁷⁴ Di Pakistan, seorang suami masih dapat menjatuhkan talak secara sepihak di luar pengadilan, tetapi segera setelah itu ia diwajibkan melaporkannya kepada pejabat pencatat perceraian yang kemudian akan membentuk Dewan Hakam (Arbitrasi) untuk menengahi dan mendamaikan kembali pasangan suami istri

⁷² David Pearl and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition (London: Sweet and Maxwell, 1998), 21.

⁷³ Sebagaimana dikutip Khoiruddin Nasution, *Status Wanita di Asia Tenggara*, 279.

⁷⁴ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries*, 36-37

itu. Jika setelah 90 hari (3 bulan) usaha perdamaian itu gagal maka talak itu berlaku. Pakistan, dengan demikian, masih mengakui perceraian di luar pengadilan. Sesuai dengan MFLO (Muslim Family Laws Ordinance) Tahun 1961 pasal 7 ayat 1 dinyatakan bahwa, “Seorang yang menceraikan istrinya, segera setelah ikrar talak harus membuat laporan tertulis kepada ketua Arbitration Council’, dan satu copy dikirim ke istrinya”. Pasal 7 ayat 2, “Bagi seorang yang melanggar ayat 1 pasal ini dapat dihukum dengan hukuman penjara 1 tahun atau denda 5.000 Rupee atau kedua-duanya”.⁷⁵ Kemudian dalam waktu tiga puluh hari sejak diterimanya pemberitahuan talak, Dewan Arbitrase mengambil langkah-langkah untuk membawa rekonsiliasi antara suami dan istri. Apabila negosiasi tersebut gagal dan permasalahan belum terselesaikan, maka berlaku baginya waktu sembilan puluh hari dari setelah berakhirnya hari di mana pemberitahuan penolakan talak pertama kali disampaikan kepada ketua. Namun, jika istri sedang hamil pada saat pembacaan talak, talak tersebut tidak berpengaruh sampai sembilan puluh hari telah berlalu atau akhir kehamilan, mana yang lebih dulu.⁷⁶

Dalam hukum perlindungan keluarga tahun 1967 Iran pasal 10 disebutkan bahwa suami berkewajiban memberikan nafkah pada istrinya. Nafkah ini meliputi sandang, pangan, tempat tinggal dan barang-barang kebutuhan rumah tangga yang layak. Jika suami tidak melaksanakannya, maka istri berhak mengadukan pada pengadilan, dan pengadilan akan member peringatan kepada suaminya. Namun apabila tetap tidak ada perubahan, maka istri boleh menuntut perceraian pada pengadilan. Aturan ini sejalan dengan mazhab Ja’fari.⁷⁷ Dengan demikian, di Iran telah terjadi reformasi secara

⁷⁵ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries*, 244-245

⁷⁶ Tahseen Butt & Associates, *Muslim Marriage Law in Pakistan*, artikel diakses pada tanggal 29 Oktober 2012 dari http://www.tahseenbutt.com/divorce_lawyers_pakistan.html. Diunduh pada tanggal 6 februari 2014.

⁷⁷ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Madzhab...*, 492-493

administratif dan substantif yang menghapus wewenang suami mengikrarkan talak secara sepihak. Menurut pasal 8 UU tersebut setiap perceraian, apapun bentuknya harus didahului dengan permohonan kepada pengadilan agar mengeluarkan sertifikat “tidak dapat rukun kembali”, pengadilan baru mengeluarkan sertifikat tersebut setelah berupaya maksimal tetapi tidak berhasil mendamaikan.⁷⁸ Sementara itu, di Maroko dalam UU Hukum Keluarga tahun 1958 telah ditetapkan bahwa seorang istri dapat mengajukan perceraian ke pengadilan apabila 1) suami tidak mampu menyediakan biaya hidup, 2) suami menderita penyakit kronis yang menyebabkan kerugian istri, 3) suami melakukan kekerasan sehingga perkawinan tidak mungkin untuk dilanjutkan, 4) suami bersumpah *ila'* (bersumpah tidak mau berhubungan badan dengan istri) dan tidak mampu memperbaiki hubungan perkawinan dalam kurun waktu empat bulan, dan 5) suami meninggalkan istri selama satu tahun tanpa kerelaan istrinya.⁷⁹

Sementara di Yordania, berkenaan dengan perceraian diatur dalam pasal 101 dan 134 undang-undang no. 25 tahun 1977. Menurut pasal-pasal ini, suami harus mencatatkan talaknya kepada hakim. Apabila suami telah mentalak isterinya di luar pengadilan,

⁷⁸ Pengadilan dapat mengeluarkan sertifikat tersebut dengan ketentuan sebagai berikut: 1). Salah satu pasangan Gila permanen atau berulang-ulang. 2). Suami menderita impotensi, atau dikebiri atau alat vitalnya diamputasi. 3). Suami atau istri dipenjara 5 tahun. 4). Suami atau istri memiliki kebiasaan yang membahayakan pihak lain yang diduga akan terus berlangsung dalam kehidupan rumah tangga. 5). Seorang pria tanpa persetujuan istri, kawin dengan wanita lain. 6). Salah satu pihak menghianati pihak lain. 7). Kesepakatan suami dan istri untuk bercerai. 8). Adanya perjanjian dalam akad perkawinan yang memberikan kewenangan pada pihak istri untuk menceraikan diri dalam kondisi tertentu. 9). Suami atau istri dihukum, berdasarkan keputusan hukum yang tetap karena melakukan perbuatan yang dapat dipandang mencoreng kehormatan keluarga. Akhavi, “Iran” dalam Jhon L. Esposito (ed), *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic Word*, II: 229

⁷⁹ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 113.

dan ia tidak mencatatkannya dalam masa 15 hari, ia harus datang ke pengadilan syariah untuk mencatatkan talaknya. Pelanggaran terhadap ketentuan ini dapat diancam dengan hukuman pidana di bawah ketentuan Hukum Pidana Yordania. Jika seorang suami telah mentalak isterinya secara sepihak tanpa ada alasan yang layak dibenarkan, maka isteri dapat mengajukan permohonan ganti rugi ke pengadilan. Ganti rugi yang diberikan tidak boleh lebih dari nafkah selama setahun sebagai tambahan bagi nafkah 'iddah. Untuk pembayarannya suami dapat mengajukan permohonan untuk mengangsur. Di samping itu, undang-undang No. 25 tahun 1977 juga mengatur kewenangan isteri untuk meminta cerai. Dalam pasal 114, 116, 123, dan 130 dijelaskan bahwa isteri memiliki kewenangan untuk meminta cerai dalam kondisi antara lain: 1) Apabila suami menderita impotensi dan sakit yang dapat membahayakan isteri apabila mereka hidup bersama. Namun jika penyakit yang diderita suami (selain impotensi) sudah diketahui isteri sebelum perkawinan, maka isteri tidak punya hak meminta perceraian. Dalam hal penyakit kelamin atau lepra, harus ada pendapat ahli kedokteran. Bila dimungkinkan untuk disembuhkan, maka ditunda selama setahun untuk memberi kesempatan penyembuhan, 2) Suami meninggalkan isteri dalam jangka waktu satu tahun atau lebih tanpa alasan yang jelas, meskipun suami meninggalkan nafkah untuknya, dan 3) Suami divonis penjara selama tiga tahun, meski ia mempunyai harta yang cukup untuk menafkahi isterinya selama ia menjalani hukuman. Perkawinan bisa dibubarkan setahun setelah vonis dijatuhkan.⁸⁰

5. Perjanjian Perkawinan

Perjanjian Perkawinan atau Peminangan di Mesir dilakukan dengan tujuan untuk mengadakan perjanjian saling menguntungkan antara kedua pihak untuk mengadakan pernikahan tanpa ada

⁸⁰ El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 102

pembatasan atau pengekangan salah satu pihak untuk membatalkan perjanjian tersebut. Namun demikian, jika perjanjian itu batal dan merugikan pihak lain baik secara moral ataupun material, maka pihak yang dirugikan dapat mengajukan perkara ke pengadilan atas kerugian tersebut. Jadi pertunangan bisa dilakukan dan dibatalkan oleh kedua belah pihak dengan ada kesepakatan keduanya sehingga salah satu atau kedua pihak tidak merasa dirugikan. Perjanjian ini tidak mengharuskan salah satu atau kedua pihak untuk melakukan perkawinan apabila mereka sudah tidak saling mencintai lagi.⁸¹ Sementara itu, di Yordania, janji untuk mengadakan pernikahan diatur pada pasal 2 dan 3 undang-undang tahun 1951. Pasal-pasal tersebut menjelaskan bahwa janji menikah tidak akan membawa akibat pada keharusan adanya pernikahan. Namun setelah adanya perjanjian, kemudian salah satunya meninggal atau perjanjian itu batal, maka beberapa hadiah pemberian sebelumnya dapat diambil kembali oleh pihak laki-laki.⁸²

Dalam hukum perkawinan Iran Tahun 1967 pasal 4 dijelaskan pasangan yang berniat untuk melangsungkan perkawinan boleh membuat perjanjian dalam akad perkawinan, sepanjang tidak bertentangan dengan tujuan perkawinan. Perjanjian tersebut dilaksanakan di bawah perlindungan pengadilan.⁸³ Di samping itu, ta'lik talak pada dasarnya juga merupakan perjanjian perkawinan yang terutama bertujuan untuk melindungi hak-hak istri supaya tidak diabaikan oleh suami, termasuk perjanjian untuk tidak dipoligami. Dalam perundang-undangan Turki tentang Hak-Hak Keluarga tahun 1917 pasal 38, misalnya, dinyatakan bahwa seorang isteri berhak mencantumkan dalam ta'lik talak bahwa poligami

⁸¹ Dawoud Sudqi El-Alami, *The Marriage Contract in Islamic Law in The Syiria and Personal Status Laws of Egypt and Marocco*, (London: Hartnoll Ltd, 1992), cet-1, 16

⁸² Anderson, "Recent Development in Shari'a Law VIII: The Yordanian Law of Family Rights 1951", *The Muslim World*, No. 42, (1952), 213.

⁸³ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab...*, 492-493.

suami dapat menjadi alasan perceraian.⁸⁴ Begitu pula di Maroko, Dalam akad nikah, mempelai perempuan dapat mengajukan syarat untuk tidak dipoligami. Apabila syarat ini dilanggar, maka istri berhak untuk mengajukan perceraian ke pengadilan.⁸⁵ Syarat dan perjanjian untuk tidak poligami semacam ini menurut *Mazhab Ḥanafī*, *Mālīkī* dan *Shāfi’i* tidak diperbolehkan, karena mensyaratkan ketidakbolehan sesuatu hak yang sebenarnya dihalkan oleh agama. Namun demikian, mazhab Hanbali membolehkan persyaratan semacam itu.⁸⁶ Dengan demikian, beberapa Negara Islam tidak selalu mengikuti pandangan *mazhab* fikih yang dominan di wilayahnya, tetapi melakukan *takhayyur* untuk memilih pendapat yang dianggap paling sesuai untuk masyarakatnya.

C. Sejarah dan Proses Pembentukan Kompilasi Hukum Islam

Apabila ditelusuri, pembentukan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada dasarnya dapat dirunut sejak munculnya UU No.14 Tahun 1970 tentang ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Undang-undang tersebut, terutama pasal 10 ayat (1) yang menyatakan tentang perlunya kedudukan Pengadilan Agama yang kuat dalam sistem hukum nasional. Hal ini karena dalam undang-undang tersebut kedudukan Pengadilan Agama pada dasarnya memiliki kedudukan yang setara dengan tiga pengadilan lainnya di Indonesia, yaitu Pengadilan Umum, Pengadilan Tata Usaha Negara dan Pengadilan Militer. Penguatan dan pembinaan Pengadilan Agama ini pada awalnya secara organisasi, administrasi, dan finansial berada di bawah kewenangan Kementerian Agama,

⁸⁴ Sebagaimana dikutip Khoiruddin Nasution, *Status Wanita...*, 279.

⁸⁵ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 110.

⁸⁶ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 110-111.

sementara aspek yudikatif berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung. Atas dasar itu, dua lembaga inilah yang paling berperan dalam upaya penguatan lembaga peradilan agama, termasuk dalam upaya pembentukan hukum materilnya.⁸⁷

Hukum Materil bagi sebuah lembaga peradilan, tidak terkecuali Pengadilan Agama, merupakan hal yang sangat penting. Upaya adanya hukum material bagi peradilan agama ini sebenarnya sudah dilakukan jauh sebelumnya, yaitu dengan adanya surat edaran Biro Peradilan Agama Nomor 45 Tahun 1957 yang menyatakan bahwa hakim pengadilan agama dalam memutuskan perkara harus merujuk dan menggunakan tiga belas kitab, yang apabila dicermati semuanya berasal dari mazhab Shāfi'ī. Kitab-kitab tersebut adalah *Al-Bajūri, Faṭḥ al-Mu'in, Sharqāwi 'ala al-Taḥrīr, Qalyubi 'ala al-Maḥalli, Faṭḥ al-Wahhab dengan syarahnya, Tuḥfah al-Muhtaj, Targhīb al-Mushtaghfirīn, al-Qawānīn al-Shar'īyyah li Sayyid Yaḥya, al-Qawānīn al-Shar'īyyah li Sayyid Sadaqah Dahlan, Al-fiqh 'alā al-Mazāhib al-Arba'ah, Shamsuri fī al-Farā'id, Bughyah al-Mustarshidīn, dan Mugnī al-Muhtaj.*⁸⁸

Dengan tiga belas kitab rujukan tersebut, hakim pengadilan agama memiliki pedoman dalam memutuskan perkara yang ada. Namun demikian, perbedaan dan ketidakseragaman putusan tidak bisa dihindari mengingat banyaknya pendapat dalam kitab-kitab tersebut. Dengan demikian, walaupun kasus yang ditangani sama, keputusan hakim pengadilan agama sering kali berbeda-beda, tidak saja pada antar pengadilan yang berbeda tetapi juga pada pengadilan yang sama tetapi hakim yang berbeda. Oleh karena itu, adanya

⁸⁷ Pagar, *Pembaharuan Hukum Islam Indonesia, Kajian Terhadap Sisi Keadilan Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam* (Bandung: Cita Pustaka, 2007), 44.

⁸⁸ Departemen Agama RI, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Dirjen Binbaga Islam Departemen Agama RI, 1998), 129-130. Muhammad Atho Mudzhar, *Fatwas of The Council of Indonesian 'Ulama': A Study of Islamic Legal Thought in Indonesia 1975-1988*, disertasi PhD (Los Angeles: UCLA, 1990), 80.

kodifikasi hukum materil bagi pengadilan agama merupakan hal yang sangat penting, sehingga kepastian hukum dalam bidang hukum keluarga bagi masyarakat muslim dapat terealisasi.⁸⁹ Walaupun niat adanya hukum materil bagi pengadilan agama tersebut cukup besar, namun hal ini bukan pekerjaan yang dapat segera direalisasikan. Di samping karena memang proses yang dilalui panjang mulai dari rencana pembuatan draft hukum materil tersebut sampai dengan sosialisasi dan proses legislasi yang harus dilalui, juga secara politik hukum akan menghadapi banyak kendala karena bersifat khusus hanya diberlakukan bagi umat Islam. Upaya ini dapat dianggap sebagai bentuk dominasi umat Islam dibandingkan dengan umat beragama lainnya di Indonesia, padahal Indonesia bukanlah negara agama sehingga tidak sepatutnya mengunggulkan dan memberikan hak yang lebih bagi satu umat dibanding umat lainnya. Namun sebenarnya, implementasi hukum ini, terlepas dari sisi teologisnya, didasarkan pada kebutuhan masyarakat yang memang memerlukan adanya kepastian hukum. Di samping itu, walaupun bukan negara agama, Indonesia juga bukan negara sekuler yang tetap melindungi kehidupan keagamaan semua warga negaranya.

Gagasan Dasar Kompilasi Hukum Islam, sebagaimana dikemukakan oleh Prof. H. Busthanul Arifin, SH. selaku pencetus gagasan ini, bahwa:

- a. Untuk dapat berlakunya Hukum (Islam) di Indonesia, harus ada antara lain hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan baik oleh aparat penegak hukum maupun oleh masyarakat.
- b. Persepsi yang tidak seragam tentang syar'iyah akan dan sudah menyebabkan hal-hal.
 - 1) Ketidak seragaman dalam menentukan apa-apa yang disebut Hukum Islam itu (*Mā anzallāhu*).

⁸⁹ Departemen Agama RI, *Kompilasi Hukum Islam*, 128.

- 2) Tidak mendapat kejelasan bagaimana menjalankan Syariat itu (*Tanfīziyah*).
 - 3) Akibat kepanjangannya adalah tidak mampu menggunakan jalan-jalan dan alat-alat yang telah tersedia dalam Undang-Undang Dasar 1945, dan Perundang-undangan lainnya.
- c. Didalam Sejarah Islam pernah dua kali di tiga negara, hukum Islam diberlakukan sebagai perundang-undangan negara yaitu:
- 1) Di India masa Raja An Rijebe yang membuat dan yang memberlakukan Perundang-undangan Islam yang terkenal dengan Fatwa Alamfiri.
 - 2) Di Kerajaan Turki Uthmāni yang terkenal dengan nama *Majallah Al-Aḥkām Al-Aḍiyah*.
 - 3) Hukum Islam pada tahun 1983 dikodifikasikan di Sudan.

Apa yang telah dilakukan oleh Departemen Agama pada tahun 1958 dengan membatasi hanya 13 buah kitab kuning dan kitab kuning yang selama ini dipergunakan di peradilan agama, adalah merupakan upaya ke arah kesatuan dan kepastian hukum yang sejalan dengan apa yang dilakukan di negara-negara tersebut. Dan dari itulah kemudian timbul gagasan untuk membuat Kompilasi Hukum Islam sebagai buku Hukum bagi pengadilan agama.

d. Landasan Yuridis

Landasan Yuridis tentang perlunya hakim memperhatikan kesadaran hukum masyarakat ialah UU No. 14/1970 Pasal 20 ayat (1) yang berbunyi “Hakim sebagai penegak hukum dan

keadilan wajib menggali, mengikuti dan niemahaini nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat'. Dan di dalam fiqh ada Qa'idah yang mengatakan bahwa : "Hukum Islam dapat berubah karena perubahan waktu, tenipal dan keadaan". Keadaan masyarakat itu selalu berubah, dan ilmu fiqh itu sendiri selalu berkembang karena menggunakan metode-metode yang sangat 'memperhatikan rasa keadilan masyarakat. Diantara metode-metode itu ialah Mursalah, istihsan, istishab dan 'urf.

c. Landasan Fungsional

Kompilasi Hukum Islam adalah Fiqh Indonesia karena ia disusun dengan memperhatikan kondisi kebutuhan hukum umat Islam Indonesia. Fiqh Indonesia sebagaimana telah pernah dicetuskan oleh Prof. Hazairin, SH. dan Prof. T.M. Hasby Ash Shiddiqy sebelumnya mempunyai type Fiqh lokal semacain Fiqh Hijazy, Fiqh Mishry, Fiqh Hindy, Fiqh lain-lain yang sangat memperhatikan kebutuhan dan kesadaran hukum masyarakat setempat, yang bukan berupa mazhab baru tapi ia mempersatukan berbagai Fiqh dalam menjawab satu persoalan Fiqh. Ia mengarah kepada unifikasi mazhab dalam hukum Islam. Di dalam sistem hukum Indonesia ini merupakan bentuk terdekat dengan kodifikasi hukum yang menjadi arah pembangunan hukum Nasional Indonesia.⁹⁰

Pada tahun 1976 upaya pembentukan hukum materil bagi peradilan agama tersebut semakin nyata dilakukan. Pada tanggal 16 September 1976, Mahkamah Agung melalui Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung No. 04/KMA/1976 membentuk Panitia

⁹⁰ Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Departemen Agama R.I, *Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia*, Tahun 1998/1999, 132-134

Kerjasama yang disebut dengan PANKER MAHAGAM (panitia kerja sama Mahkamah Agung/Departemen Agama). Panitia tersebut dibentuk dalam rangka mencapai kesepakatan dan keseragaman tindakan antara Mahkamah Agung dan Kementerian Agama dalam pembinaan Badan Peradilan Agama secara umum dan dalam rangka upaya pembentukan hukum materilnya secara khusus. Kerjasama antara MA dan Kemenag tersebut memang perlu dilakukan, di samping sebagai salah satu langkah menuju terlaksananya amanat UU No 14 1970 tentang ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman mengenai bidang peradilan agama, juga supaya hukum materil PA yang akan dibentuk tersebut tidak bertentangan dengan Undang Undang perkawinan No. 1/ 1974, baik muatan isinya maupun implementasinya dalam masyarakat. Panitia ini tercatat melakukan beberapa kegiatan dalam bentuk seminar, simposium, dan lokakarya, serta penyusunan buku. Panitia ini, misalnya, pada tahun 1976 menerbitkan buku "Himpunan dan Putusan peradilan Agama".⁹¹ Pertemuan yang dilakukan pada tanggal 15 Mei tahun 1979 antara ketua Mahkamah Agung RI dengan Menteri Agama RI tanggal 15 Mei 1979 menghasilkan kesepakatan penunjukan enam orang Hakim Agung dari Hakim Agung yang ada untuk bertugas secara khusus menyidangkan dan menyelesaikan permohonan kasasi yang berasal dari lingkungan Peradilan Agama. Kesepakatan inilah tampaknya sebagai tonggak awal adanya kamar peradilan agama bahkan Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama di Mahkamah Agung saat ini.

Upaya dan proses perumusan KHI mulai lebih konkret pada tahun 1985, yaitu dengan adanya Surat Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama RI. Tentang penunjukan Pelaksana Proyek Pembangunan Hukum Islam melalui Yurisprudensi No. 07/KMA/1985 dan Nomor 25 Tahun 1985

⁹¹ Busthanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia, Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya* (Jakarta : Gema Insani Press, 1996), 159.

tertanggal 25 Maret 1985. Tim, yang diketuai oleh Busthanul Arifin ini, kemudian melakukan penelitian dan pengkajian terhadap kitab-kitab fikih dan yurisprudensi pengadilan agama, melakukan wawancara dan juga studi banding ke beberapa negara muslim. Pengumpulan data dari kitab-kitab fikih dilakukan oleh tujuh Institut Agama Islam Negeri (IAIN), yaitu dari kitab-kitab yang sering dipakai dan banyak beredar di Indonesia, tidak hanya yang bermazhab Syafi'i tetapi juga bermazhab lainnya. IAIN yang mendapat tugas adalah IAIN Banda Aceh, Padang, Jakarta, Yogyakarta, Surabaya, Ujung Pandang, dan Banjarmasin. Terdapat tiga puluh delapan kitab fikih yang diteliti dan dikaji dengan cara dibagi-bagi ke IAIN-IAIN di atas. Di samping tiga belas kitab yang biasa menjadi rujukan hakim peradilan agama, sebagaimana telah dikemukakan, dua puluh lima kitab fikih lainnya adalah *Nihāyat al-Muhtāj* karya al-Ramli (w. 1004 H), *I'ānat al-Ṭālibīn* karya Sayyid Bakri al-Dimyati (w. 1310 H), *Bulghāt al-Sālik* karya Ahmad Ibn Muhammad al-Sawi (w. 1241 H), *Al-Mudawwanah al-Kubrā* karya Syaḥnun Ibn Sa'id al-Tanukhi (w. 240 H), *Al-'Umm* karya Muhammad Ibn Idris al-Shāfi'ī (w. 204 H), *Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid* karya Ibn Rushd (w. 595 H), *al-Islām Aqīdah wa Sharī'ah* karya Maḥmūd Shalṭūṭ (w. 1383 H), *Al-Muḥalla* karya Ali Ibn Muhammad bin Hazm (w. 456 H), *Al-Wajīz* karya Abu Hamid al-Ghazali (w. 505 H), *Faṭḥ al-Qadīr 'alā al-Hidāyah* karya Muhammad Ibn Abd al-Wahid al-Siwaṣī (w. 861 H), *Fiqh al-Sunnah* karya Sayyid al-Sabiq (w. 1420 H), *Kashf al-Qinā'i 'an al-Tadmīn al-Sinā'i* karya Ibnu Rahhul al-Madani (w. 1139 H), *Majmū' Fatāwā Ibn al-Taimiyyah* karya Ahmad bin Taimiyyah (w. 728 H), *Al-Mughnī* karya Abdullah Ibn Ahmad al-Qudamah (w. 629 H), *Hidāyah Sharḥ Bidāyah al-Mubtadi* karya Ali Ibn Abi Bakr al-Marginani (w. 593 H), *Mawāhib al-Jalīl* karya Muhammad Ibn Muhammad Khaṭṭab (w. 954 H), *Ḥāshiyat al-Radd al-Mukhtār* karya Muhammad Amin Ibn Umar bin Abidin (w. 1252 H), *Al-*

Muwaṭṭa karya Malik Ibn Anas (w. 179 H), *Hāshiyah Irfat Dasūkī ‘alā Sharḥ al-Kabīr* karya Ibnu ‘Arafa al-Dasukī (w. 1230 H), *Badā’i al-Ṣanā’i fī Tartīb al-Sharā’i* karya Abu Bakr Ibnu Mas’ud al-Kasanī (w. 587 H), *Tabyīn al-Ḥaqā’iq* karya Mu’inuiddin Ibn Ibrahim al-Farabi (w. 811 H), *Al-Fatāwā al-Hindiyyah* karya al-Syaikh Niẓām, *Fath al-Qadīr* karya Muhammad Ibn Ahmad al-Safati al-Zainabi (w. 1244 H), *Kanz al-Rāghibīn* karya Jalaluddin M. al-Mahalli (864 H), dan *Nihāyat al-Zain* karya Ibnu Umar al-Nawawi al-Jāwī (w. 1298 H).⁹²

Sementara itu, penelitian terhadap yurisprudensi Pengadilan Agama dilakukan terhadap enam belas buku yang merupakan yurisprudensi dari tahun 1976 sampai tahun 1984. Direktorat Pengembangan Peradilan Agama di Kementerian Agama saat itu bertugas untuk mengkaji buku-buku kumpulan putusan pengadilan agama tersebut.⁹³ Kemudian wawancara dilakukan terhadap 181 ulama, baik ulama independen maupun yang berafiliasi pada ormas Islam tertentu, dari sepuluh wilayah di Indonesia, yaitu Aceh, Medan, Palembang, Padang, Jawa Tengah, Jawa Barat, Jawa Timur, Ujung Pandang, Mataram, dan Banjarmasin. Wawancara dilakukan secara kolektif di satu tempat dan di satu waktu. Dengan wawancara ini, berarti para ulama juga dilibatkan dalam proses penyusunan KHI bidang hukum keluarga ini.⁹⁴ Kemudian selain wawancara kepada para ulama di berbagai daerah, tim juga melakukan studi banding ke tiga negara, yaitu Maroko, Turki dan Mesir. Studi banding di tiga Negara tersebut hanya berlangsung dua hari untuk setiap negara, sehingga tim hanya dapat melihat undang-undang hukum keluarga dan juga wawancara dengan pejabat terkait dari

⁹² Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Cet. I (Jakarta: Akademika Pressindo, 1992), 39-41.

⁹³ Untuk keterangan rinci tentang hal ini, lihat *Kompilasi Hukum Islam*, 143.

⁹⁴ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam*, 42.

masing-masing negara tersebut.⁹⁵ Selain itu, tim juga memperhatikan masukan-masukan secara resmi dari ormas-ormas Islam, terutama dari NU dan Muhammadiyah yang telah juga mengadakan beberapa kali Baḥthul Masā'il dan seminar terkait Kompilasi Hukum Islam ini.

Data yang diperoleh dari berbagai sumber tersebut kemudian diolah oleh Tim Proyek Pembinaan Hukum Islam. Hasil rumusan tim ini dikaji lagi oleh sebuah tim inti yang terdiri dari 9 orang. Setelah 20 kali pertemuan, tim inti berhasil merumuskan 3 naskah buku Rancangan Kompilasi Hukum Islam (RKHI) tentang Perkawinan, Kewarisan dan Pewakafan. Rancangan tersebut seluruhnya terdiri dari 229 pasal. Naskah buku Rancangan Kompilasi Hukum Islam (RKHI) ini antara lain dibahas kembali dalam sebuah lokakarya di Jakarta tanggal 2-6 Pebruari 1988 yang dihadiri oleh 124 alim ulama dan cedekiawan muslim se-Indonesia. Setiap buku dibahas dalam sebuah komisi khusus. Hasil rumusan dari tiga komisi tersebut kemudian dirapatkan kembali oleh Tim untuk penghalusan bahasa. Hasil akhir kerja Tim ini disampaikan oleh Menteri Agama dalam surat No. MA/123/1988 tertanggal 14 Maret 1988 kepada Presiden R.I., sehingga akhirnya keluar Instruksi Presiden No.1 Tahun 1991 tertanggal 10 Juni 1991 yang berisi supaya menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan melaksanakan Instruksi itu dengan sebaik-baiknya. Untuk itu, Menteri Agama mengeluarkan surat keputusan No. 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991. Isi surat keputusan tersebut adalah (1) agar Kementerian Agama serta lembaga-lembaga pemerintah lainnya menyebarluaskan KHI, (2) agar Kementerian Agama dan lembaga-lembaga terkait sedapat mungkin menggunakan KHI dalam menyelesaikan masalah perkawinan, kewarisan dan perwakafan, di samping peraturan-peraturan perundang-undangan lainnya, dan (3)

⁹⁵ Imam Mawardi, "A Socio-Political Backdrop of the Enactment of the *Kompilasi Hukum Islam*", Tesis MA (Montreal: McGill University, 1998), 76.

agar setiap Direktorat Jenderal terkait mengkoordinasikan pelaksanaan Keputusan Menteri Agama ini di bidang masing-masing.⁹⁶

Apabila dicermati, perumusan dan pembentukan Kompilasi Hukum Indonesia sampai dengan menjadi Instruksi Presiden pada tahun 1991 tersebut dipercepat juga dengan disahkannya Undang-Undang Peradilan Agama (UUPA) Nomor 7 Tahun 1989. Namun demikian, KHI ini hanya berbentuk Instruksi Presiden, bukan dalam bentuk undang-undang, antara lain karena untuk pembentukan undang-undang diperlukan waktu yang lama, tidak saja harus melalui proses legislasi tetapi juga proses politik di DPR. Padahal, dengan UUPA ini, pengadilan agama membutuhkan dengan segera adanya hukum materil sebagai dasar bagi para hakim untuk memutuskan perkara. Oleh karena itu, bentuk Instruksi Presiden menjadi jalan yang dipandang paling tepat untuk dilakukan saat itu.

Tanpa mengesampingkan peran dari tokoh lain,⁹⁷ tokoh utama di balik pembentukan KHI adalah Munawir Sjadzali, selaku Menteri Agama saat itu, dan Busthanul Arifin, Hakim Agung bidang Peradilan Agama yang menjadi ketua Tim pembentukan KHI. Dua tokoh ini secara lebih umum pada dasarnya berusaha untuk memperkuat kedudukan Peradilan Agama di Indonesia, sehingga lahir UUPA Nomor 7 Tahun 1989 dan KHI dengan Inpres Nomor 1 Tahun 1991. Pandangan Munawir Sjadzali mengenai hal ini, sebagaimana pernah di sampaikan dalam sidang DPR saat proses pengundangan RUUPA, antara lain bahwa (1) Peradilan Agama telah menjadi peradilan mandiri, kedudukannya benar-benar telah sejajar dan sederajat dengan peradilan umum, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara, (2) Nama, susunan, wewenang, kekuasaan dan hukum acaranya telah sama dan seragam di seluruh

⁹⁶ Pagar, *Pembaharuan Hukum Islam*, 50.

⁹⁷ Nama-nama tokoh lain yang terlibat dalam sejarah perumusan dan realisasi KHI untuk lebih lengkap lihat lampiran II pada disertasi ini

Indonesia. Terciptanya unifikasi hukum acara peradilan agama akan memudahkan terwujudnya ketertiban dan kepastian hukum yang berintikan keadilan dalam lingkungan peradilan agama. (3) Perlindungan kepada wanita telah ditingkatkan dengan jalan antara lain memberikan hak yang sama kepada istri dalam proses dan membela kepentingannya di depan peradilan agama, (4) Lebih memantapkan upaya penggalian berbagai asas dan kaidah hukum Islam sebagai salah satu bahan baku dalam penyusunan dan pembinaan hukum nasional melalui yurispondensi, (5) Terlaksananya ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang Pokok Kekuasaan Kehakiman Nomor 14 Tahun 1970, dan (6) Terselenggaranya pembangunan hukum nasional berwawasan nusantara yang sekaligus berwawasan Bhineka Tunggal Ika dalam bentuk Undang-undang Peradilan Agama.⁹⁸

Sementara itu, Bustanul Arifin sebagai arsitek KHI memang sejak awal memiliki gagasan perlu adanya kodifikasi hukum Islam di Indonesia, atau dalam bahas dia adalah “fikih dalam bahasa undang-undang”. Menurutnyanya supaya hukum Islam dapat berlaku di Indonesia, maka hukum Islam harus berupa hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan oleh aparat penegak hukum maupun oleh masyarakat, sebagaimana telah dilakukan oleh kesultanan Turki Uthmani yang terkenal dengan nama *Majallah al-Ahkām Al-‘Adiyah*.⁹⁹ Karena hanya berbentuk Inpres, KHI ini dapat dikatakan sebagai pedoman bagi penegak hukum dan masyarakat di Indonesia, sebagai bentuk fikih dalam bahasa undang-undang, dalam arti fikih yang sebenarnya. Hanya saja dalam realitasnya saat ini KHI menjadi pedoman resmi bahkan menjadi hukum materil bagi para hakim di

⁹⁸ Muhammad Daud Ali, “Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya” dalam, *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktik*, Tjun Suryaman (ed), (Bandung: Rosadakarya, 1991), 84.

⁹⁹ Amrullah Ahmad dkk., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional: Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Bushtanul Arifin, SH* (Jakarta: Gema Insani Pers, 1996), 11-12.

lingkungan peradilan agama. Atas dasar itu, saat ini Mahkamah Agung, melalui Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, berupaya menyusun dan mensosialisasikan draft Rancangan Undang-Undang Hukum Materil Pengadilan Agama (RUU HMPA), sebagaimana akan dikemukakan pada pembahasan mengenai respon dan tawaran pembaruan bagi KHI.

D. Pembaruan Materi Hukum Perkawinan Islam di Indonesia

Walaupun secara formal bukan negara Islam, Indonesia adalah negara yang berpenduduk Muslim terbesar di dunia. Oleh karena itu, hukum Islam, terutama hukum keluarga, menjadi sangat penting dikodifikasi untuk mengatur penduduk yang beragama Islam. Upaya konkret pembaruan hukum keluarga di Indonesia dimulai sekitar tahun 1960-an yang berujung dengan lahirnya Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan. Akan tetapi, jauh sebelum itu sebenarnya telah ada upaya-upaya pembaruan hukum keluarga yang dilakukan. Pada tanggal 1 Oktober 1950, misalnya, Menteri Agama membentuk suatu panitia penyelidikan yang bertugas meneliti kembali semua peraturan mengenai perkawinan serta menyusun RUU perkawinan yang sesuai dengan perkembangan zaman. RUU itu selanjutnya diajukan ke DPR oleh pemerintah pada tahun 1958. Tetapi DPR ketika itu dibekukan melalui dekrit presiden 5 Juli 1959, sehingga proses pembahasan RUU tersebut juga terhenti.¹⁰⁰ Undang-undang Perkawinan (UUP) No. 1 tahun 1974 merupakan Undang-undang pertama di Indonesia yang mengatur soal perkawinan secara nasional. Sebelum itu, urusan perkawinan diatur melalui beragam hukum, yaitu hukum adat bagi warga negara Indonesia asli, hukum Islam bagi warga negara yang beragama Islam, Ordinansi Perkawinan Indonesia Kristen bagi warga Indonesia yang beragama kristen di Jawa, Minahasa dan Ambon, Kitab

¹⁰⁰ Asro Sosroatmojo, Wasit Aulia, Hukum Perkawinan di Indonesia, cet-3, (Jakarta: Bulan Bintang, 1981), 25.

Undang-undang Hukum Perdata bagi warga negara Indonesia keturunan Eropa dan Cina, dan peraturan Perkawinan Campuran bagi perkawinan campuran.¹⁰¹

Setelah UUP No. 1 Tahun 1974, upaya pembaruan berikutnya terjadi pada masa Menteri Agama Munawir Syadzali (w. 2004 M), yaitu dengan lahirnya KHI (Kompilasi Hukum Islam) pada 10 Juni 1991 yang materinya mencakup aturan perkawinan, kewarisan dan perwakafan. KHI ini berbentuk Instruksi Presiden, yaitu Inpres No. 1 Tahun 1991. Apabila ditelusuri secara menyeluruh, maka terdapat beberapa bidang pembaruan dalam bidang perkawinan baik dalam UUP maupun dalam KHI. Pembaruan materi hukum perkawinan Islam tersebut adalah sebagaimana diuraikan berikut ini.

1. Pencatatan Perkawinan

Ukuran sah atau tidaknya perkawinan di Indonesia adalah hukum agama, namun secara administratif harus dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah. Pasal 2 UUP menyatakan: “(1) Perkawinan adalah sah apabila dilakukan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁰²” Ketentuan itu lebih dipertegas Pasal 4, 5, 6, 7 KHI. Pasal 4 KHI menyatakan bahwa Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut Hukum Islam sesuai dengan pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Sementara itu, Pasal 5 menyatakan: "(1) Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat, (2) Pencatatan perkawinan tersebut pada ayat (1) dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 22

¹⁰¹ Wila Chandrawila Supriadi, *Hukum Perkawinan Indonesia dan Belanda*, (Bandung: Mandar Maju, 2002), 64

¹⁰² *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*, (Surabaya: Gita MediaPrss,tt), 1

Tahun 1946 jo. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954." Pasal 6 berbunyi: "(1) Untuk memenuhi ketentuan dalam pasal 5, setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah, (2) Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan hukum." Kemudian pasal 7 menegaskan: "(1) Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah, (2) Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan *ithbāt* nikahnya ke Pengadilan Agama."¹⁰³

2. Pembatasan Usia Nikah dan Persetujuan Mempelai

Pasal 15 KHI menyatakan bahwa perkawinan dibatasi oleh usia minimal. Dinyatakan bahwa, "(1) Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang ditetapkan dalam pasal 7 UU Perkawinan Nomor 1 tahun 1974, yakni calon suami sekurang-kurangnya berumur 19 tahun dan calon isteri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun. Namun, sebagaimana ditegaskan pasal 15 KHI ayat (2), calon mempelai yang belum mencapai umur 21 tahun tetap harus mendapat izin kedua orang tua, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 6 UUP.¹⁰⁴ Sementara itu, pasal 16 KHI¹⁰⁵ ayat (1) menyatakan bahwa perkawinan didasarkan atas persetujuan calon mempelai, dan pasal 17¹⁰⁶ menegaskan (1) sebelum berlangsungnya akad pernikahan Pegawai Pencatat Nikah menanyakan persetujuan terlebih dahulu kepada kedua calon mempelai di hadapan dua orang saksi, dan (2) apabila salah satu calon mempelai tidak menyetujui perkawinan tersebut, maka perkawinan tidak dapat dilangsungkan.

¹⁰³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Depag RI, 1998/1999), 7

¹⁰⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

¹⁰⁵ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

¹⁰⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19-20

3. Poligami

Asas perkawinan adalah monogami. Poligami hanya dibenarkan jika dilakukan atas izin istri dan Pengadilan. Pasal 3, 4, 5 UUP menyatakan: Pasal 3¹⁰⁷: "(1) Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami, (2) Pengadilan dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan." Pasal 4¹⁰⁸ : "(1) Dalam hal seorang suami akan beristeri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam pasal 3 ayat (2) UU ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya, (2) Pengadilan dimaksud dalam ayat (1) pasal ini hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila (a) isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri, (b) isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan, (c) isteri tidak dapat melahirkan keturunan (lihat pasal 57 KHI)." Sementara pasal 55 KHI¹⁰⁹ menyatakan: "(1) Beristeri lebih dari satu orang pada waktu yang bersamaan terbatas hanya sampai empat orang isteri, (2) Syarat utama beristeri lebih dari seorang, suami harus mampu berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anaknya, (3) Apabila syarat utama yang disebut pada ayat (2) tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristeri lebih dari seorang." Memperhatikan pasal 55 KHI ini seakan-akan diterapkan prinsip yang terbalik dari UU Perkawinan, meskipun hakikatnya sama, yaitu bahwa prinsip perkawinan adalah monogami. Dalam pasal 55-59 KHI pada dasarnya poligami hanya dapat dilakukan apabila mendapat izin pengadilan, dan izin pengadilan itu dapat diperoleh apabila ada persetujuan istri, suami diyakini mampu berbuat adil kepada isteri-isteri dan anak-anaknya, serta mempunyai alasan untuk berpoligami yang disyaratkan oleh aturan perundang-undangan.

¹⁰⁷ *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*, 14

¹⁰⁸ *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*, 15

¹⁰⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 35

4. Perceraian

Terjadinya perceraian pada prinsipnya dipersulit dan hanya bisa dilakukan melalui sidang pengadilan, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 38, 39, 40 UUP dan pasal 113, 114, 115, 116 KHI. Pasal 38 menyatakan: "Perkawinan dapat putus karena (a) kematian, (b) perceraian, dan (c) atas keputusan Pengadilan." Sementara Pasal 39 UUP¹¹⁰, sebagaimana pasal 115 dan 116 KHI, menegaskan bahwa: (1) Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak, (2) Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan, bahwa antara suami isteri itu tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami isteri. Sementara Pasal 116 KHI¹¹¹ menyatakan: "Perceraian dapat terjadi karena alasan atau alasan-alasan: (a) salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pemadat, penjudi, dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan, (b) salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya, (c) salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung, (d) salah satu pihak melakukan ke-kejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain, (e) salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami atau isteri, (f) antara suami isteri terus-menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga, (g) suami melanggar taklik talak, dan (h) peralihan agama atau murtad yang menyebabkan terjadinya ketidakrukunan dalam rumah tangga."

5. Relasi Suami dan Isteri

Relasi antara suami dan istri didasarkan pada prinsip musyawarah, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 30, 31, 32, 33, 34

¹¹⁰ *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*,12

¹¹¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 56

UUP dan pasal 77, 78, 79 KHI. Pasal 30 UUP¹¹² menyatakan: Suami isteri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat. kemudian Pasal 31 menegaskan: (1) Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup dalam masyarakat, (2) Masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum, (3) Suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga. Pasal 33 menekankan bahwa: Suami isteri wajib saling cinta menyintai, hormat menghormati, setia dan memberi bantuan lahir batin yang satu kepada yang lain.

6. Perjanjian Perkawinan

Kedua calon mempelai dapat melakukan perjanjian perkawinan dalam bentuk taklik talak atau perjanjian lain yang tidak bertentangan dengan hukum Islam (Pasal 45 KHI).¹¹³ Dalam pasal 46 KHI¹¹⁴ dinyatakan bahwa apabila apa yang ada dalam taklik talak benar-benar terjadi, maka tidak dengan sendirinya jatuh talak, tetapi isteri dapat mengajukan gugat cerainya ke pengadilan agama. Pada pasal 47-52¹¹⁵ dijelaskan perjanjian kedua calon mempelai mengenai harta, apakah adanya percampuran atau pemisahan harta, namun perjanjian ini tidak menghilangkan kewajiban suami untuk memenuhi kebutuhan rumah tangga (Pasal 48). Pembatalan terhadap perjanjian perkawinan ini dapat dijadikan alasan bagi isteri untuk mengajukan gugat cerai ke pengadilan agama (pasal 51).¹¹⁶

¹¹² *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*,11

¹¹³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 29

¹¹⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*,29-30

¹¹⁵ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*,30-32

¹¹⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*,47

Pada pasal 85-97 KHI¹¹⁷ diatur masalah harta bersama. Harta bersama ini, dengan tetap tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing, merupakan harta yang didapat secara bersama selama perkawinan, termasuk bagi istri yang bekerja di wilayah domestik saja, karena pada dasarnya isteri juga membantu suami yang memungkinkan untuk bekerja di wilayah publik. Apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama ini menjadi milik pasangan yang lebih lama (*gono gini*) (pasal 96 KHI)¹¹⁸. Begitu pula apabila terjadi cerai hidup, maka masing-masing pasangan mendapatkan seperdua dari harta bersama selama tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan (pasal 97 KHI).¹¹⁹

Dari uraian pembaruan hukum perkawinan Islam di atas, baik di Indonesia maupun di Negara-negara Islam lain, dapat dilihat ada pengembangan dari pendapat-pendapat fikih *Mazhab* klasik untuk disesuaikan dengan konteks zaman dan masyarakat saat ini. Pembaruan hukum perkawinan Islam yang dilakukan pada beberapa materi hukum yang hampir sama, yaitu di seputar pencatatan perkawinan, pembatasan usia nikah, pembatasan poligami, perceraian dilakukan melalui sidang pengadilan, perjanjian perkawinan dan lain-lain tergantung kecenderungan dan kebutuhan Negara masing-masing. Metode yang dilakukan, sebagaimana kajian dan penelitian yang sudah ada, adalah terutama melalui *takhayyur* (seleksi pendapat *Mazhab* yang paling sesuai), *talfiq* (modifikasi dua pendapat *Mazhab* atau lebih menjadi pendapat baru yang dianggap sesuai) ataupun melalui reinterpretasi nash secara parsial tentang suatu permasalahan untuk disesuaikan dengan konteks masyarakat yang ada.

Metode yang dikemukakan di atas pada dasarnya hanya merupakan cara pengambilan pendapat para perumus aturan per-

¹¹⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 47-50

¹¹⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

¹¹⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

undangan-undangan dari sumbernya, baik melalui pendapat ulama mazhab, modifikasi pendapat mazhab yang ada, ataupun reinterpretasi suatu nash tertentu. Dalam perspektif metodologis, metode-metode tersebut belum menyentuh kajian Ushul Fikih. Ushul Fikih lebih berkaitan dengan metode penyimpulan hukum (*istinbâṭ*) dari Al-Qur'an dan As-Sunnah, sehingga kajiannya adalah bagaimana metode *istinbâṭ* ulama-ulama mazhab yang dikutip pendapatnya tersebut atau menggunakan metode *istinbat* seperti apa reinterpretasi nash parsial yang dilakukan oleh perumus aturan per-undang-undangan hukum keluarga tersebut. Kajian Ushul Fikih terhadap aturan per-undang-undangan hukum keluarga ini penting, di samping untuk memperkuat landasan metodologisnya sehingga lebih bisa dipertanggungjawabkan, juga sebagai landasan dan titik tolak bagi pengembangan hukum keluarga Islam selanjutnya.

Atas dasar itu, pada bab selanjutnya, penelitian ini mengkaji landasan dan kerangka Ushul Fikih yang mendasari pembaruan hukum perkawinan yang ada dalam KHI, sehingga diharapkan landasan metodologis ini dapat dikembangkan dan dijadikan acuan bagi pembaruan hukum perkawinan di Indonesia selanjutnya. Kemudian, karena pembaruan materi hukum perkawinan Islam di Indonesia ini tidak berbeda jauh dengan pembaruan yang ada di dunia Islam lainnya, maka kajian penelitian ini dapat berguna juga untuk mengkaji pembaruan hukum perkawinan Islam di negara-negara Islam lain.

Bab IV

Pembaruan Materi Hukum Perkawinan KHI Dalam Perspektif Ushul Fikih

Dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam) Bidang Perkawinan, sebagaimana telah diuraikan dalam bab sebelumnya, terdapat pembaruan-pembaruan materi hukum yang berbeda dengan pendapat-pendapat dalam fikih mazhab klasik.¹ Namun, sebagaimana dikatakan oleh Hallaq, pembaruan materi hukum yang dilakukan oleh negara-negara muslim modern, tidak terkecuali bidang hukum keluarga, pada umumnya bersifat parsial dan hanya merupakan penyelesaian sementara terhadap permasalahan hukum yang berkembang, sehingga masih mengandung kelemahan secara metodologis-Ushul Fikih.² Pembaruan materi hukum Islam yang dilakukan umumnya merupakan hasil seleksi (*takhayyur*) terhadap pendapat-pendapat fikih mazhab yang ada kemudian dipilih yang paling sesuai. Penggunaan *takhayyur* semacam ini secara metodologis mengandung kelemahan karena konsistensi metodologis dari masing-masing mazhab dalam melakukan penyimpulan hukum dari sumber-sumbernya terabaikan, demi untuk mendapatkan materi hukum yang sesuai. Padahal, secara metodologis seharusnya materi-materi hukum tersebut lahir sebagai hasil dari proses penyimpulan

¹ Di samping itu, adanya KHI ini juga untuk menyatukan rujukan hakim pengadilan agama dalam memutuskan perkara, sehingga ada keseragaman. Upaya keseragaman atau unifikasi dalam hukum perkawinan ini telah dimulai oleh pemerintah sejak munculnya Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974. Mark Cammack, "Islamic Law in Indonesia's New Order", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1 (Jan., 1989), 53.

²Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories, an Introduction to Sunni Uṣūl al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 211.

hukum dari sumber-sumbernya dengan penalaran yang konsisten. Dengan kata lain, pembaruan yang dilakukan umumnya tidak menggunakan Ushul Fikih sebagai metode penalaran yang konsisten, tetapi hanya melihat dan memilih produk hukum (fikih) yang sesuai.

Namun demikian, walaupun suatu produk hukum dibuat dengan tidak menggunakan metodologi yang jelas, metode penalaran dalam memformulasi produk hukum tersebut dapat dilihat dengan menelusurinya secara induktif, sebagaimana para ulama Hanafiyah ketika menyusun Ushul Fikih mazhab Hanafi yang disimpulkan dari produk-produk fikih yang dikemukakan oleh Abū Hanīfah.³ Dengan cara yang sama, KHI Bidang Perkawinan juga dapat dilihat konstruksi metodologisnya melalui materi-materi hukum yang ada, khususnya pembaruan materi-materi hukum yang berbeda dengan fikih mazhab klasik. Pembaruan materi hukum perkawinan dalam KHI ini dikaji secara tematik, kemudian pasal-pasal yang berkaitan dengan tema tersebut dianalisis secara metodologis-Ushul Fikih. Dalam kajian ini diklasifikasikan menjadi tiga tema besar, yaitu kesetaraan laki-laki dan perempuan, perlindungan hak-hak anak dan keterlibatan atau peran lembaga pemerintah dalam masalah perkawinan.

A. Kesetaraan Laki-Laki dan Perempuan

Ajaran dasar Islam pada prinsipnya menyatakan bahwa laki-laki dan perempuan memiliki kesetaraan di hadapan Allah. Derajat dan martabat seseorang di sisi Allah tidak dipandang dari perbedaan

³Muhammad Abū Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh* (Ttp.:Dār al-Fikr al-‘Arabi, t.t.), 21. Ahmad al-Ḥasanat, *Tatawwur al-Fikr al-Uṣūl ‘inda al-Mutakallimīn* (Yordania: Dār an-Nūr, 2012), 55. Mengenai pemikiran fikih Abū Ḥanīfah, misalnya Charles C. Adams, “Abu Hanifah, Champion of Liberalism and Tolerance in Islam”, *The Muslim World*, July 1946, 217-227. Sahiron Syamsuddin, “Abu Ḥanifah's Use of the Solitary Ḥadīth as a Source of Islamic Law”, *Islamic Studies*, Vol. 40, No. 2 (Summer 2001), 257-272.

jenis kelamin, tetapi melalui amal shaleh⁴ dan tingkat ketakwaannya.⁵ Ajaran dasar Islam yang bertujuan untuk meningkatkan harkat, martabat dan hak perempuan, sehingga seimbang dan setara dengan laki-laki inilah yang seharusnya secara ideal menjadi landasan bagi setiap aturan yang berkaitan dengan relasi antara laki-laki dan perempuan. Walaupun tentu saja tujuan ideal tersebut diterapkan secara gradual sesuai dengan konteks zaman dan masyarakatnya masing-masing. Ketika Islam datang, misalnya, tradisi dan budaya Arab saat itu secara umum menempatkan perempuan dalam posisi sangat rendah. Masyarakat Arab saat itu memiliki kebiasaan yang merendahkan kaum perempuan seperti mengubur hidup-hidup bayi perempuan, poligami dengan belasan istri serta tidak memberi hak waris dan hak-hak lain, baik hak domestik maupun hak publik, kepada perempuan. Kedudukan perempuan yang seperti itu kemudian berusaha diubah oleh Islam. Ajaran Islam, sebagaimana tertuang dalam Al-Qur'an, datang untuk mengancam penguburan bayi-bayi perempuan,⁶ membatasi poligami⁷ dan berupaya memberikan hak-hak lain baik domestik seperti hak memiliki mahar⁸ dan harta warisan⁹ maupun hak publik seperti menjadi saksi,¹⁰ walaupun hak-hak tersebut masih disesuaikan dengan peran sosial perempuan saat itu. Upaya Islam

⁴ Q.S. An-Nisā (4): 124.

⁵ Q.S. Al-Ḥujūrāt (49): 13.

⁶ Q.S. An-Nāḥl (16): 58-59. Arti ayat-ayat tersebut adalah: “*Apabila seseorang di antara mereka diberi khabar dengan (kelahiran) anak perempuan, maka wajahnya menjadi merah padam dan dia sangat marah. Dia bersembunyi dari orang banyak, disebabkan khabar buruk yang disampaikan kepadanya. Apakah dia akan memeliharanya dengan (menanggung) kehinaan atau akan membenamkannya ke dalam tanah hidup-hidup. Ingatlah alangkah buruknya apa yang mereka tetapkan itu.*”

⁷ Q.S. An-Nisā (4): 3.

⁸ Q.S. An-Nisā (4): 4.

⁹ Q.S. An-Nisā (4): 7.

¹⁰ Q.S. Al-Baqarah (2): 282.

awal yang memberikan hak kepada perempuan walaupun belum setara dengan laki-laki tersebut dapat dipandang sebagai implementasi ajaran dasar Islam dalam rangka mengangkat harkat perempuan dalam konteks dan situasi masyarakat ketika itu.

Ajaran Islam yang mengangkat harkat dan martabat perempuan tersebut memang sulit dilakukan oleh masyarakat yang memiliki budaya patriarki kental seperti masyarakat Arab saat itu. Ajaran dasar ini, sesuai dengan konteksnya, sebenarnya telah dilaksanakan ketika wahyu turun dan Nabi Muhammad SAW masih hidup.¹¹ Namun demikian, setelah Nabi wafat, ajaran tentang kesetaraan laki-laki dan perempuan tersebut lebih sulit untuk dijalankan, minimal terasa berat bagi sebagian masyarakat muslim saat itu yang telah lama berada dalam budaya patriarki.¹² Nuansa patriarkhis ini terlihat dengan jelas dalam hasil-hasil ijtihad yang dikemukakan oleh para ulama, tidak saja pada masa klasik tetapi juga masih ada pada masa kontemporer. Budaya patriarki ini dalam sejarahnya memang selalu menutupi dan menyembunyikan tujuan dasar Islam yang memiliki semangat untuk mengangkat harkat dan martabat perempuan dalam masyarakat.¹³ Oleh karena itu, semangat kesetaraan tersebut harus selalu diupayakan dan dimunculkan

¹¹ Perlu memahami secara kontekstual posisi wanita dalam *naṣṣ-naṣṣ* mengenai hukum keluarga Islam. Konsep mahar, misalnya, pada prinsipnya untuk mengangkat harkat wanita dalam hak kepemilikan harta, namun konsep mahar ini kemudian bisa ditafsirkan sebagai penguasaan laki-laki terhadap wanita melalui harta benda, sebagaimana pemahaman sebelum Islam. Pemahaman kontekstual mutlak diperlukan dengan didasarkan pada substansi pesan yang dimaksudkan Nabi. Marwan Qadumi, “Jihaz al-Mar’ah fi Ḍay ash-Sharī’ah wa Qānūn al-Aḥwāl ash-Shakhsīyyah”, *Al-Najāh li al-Abḥās*, Vol 19 (1), 2005, 121-156.

¹² Ibnu Hajar Al-‘Ashqalānī, *Fath̃ al-Bāri bi Sharḥ al-Bukhāri* (Mesir: Muṣṭafā al-Bābi al-Halabi wa Aulādūh, 1961), XI: 163.

¹³ Pada masa awal Islam, tidak seperti pada masa-masa setelahnya yang menguatnya kembali tradisi patriarki, terlihat bahwa kesetaraan gender masih dipertahankan sebagaimana pesan Nabi SAW. Hal ini terlihat pada pengakuan terhadap periwayatan hadis oleh perempuan. Asma Sayeed, “Gender and Legal Authority: An Examination of Early Juristic Opposition to Women’s Ḥadith Transmission”, *Islamic Law and Society* Vol. 16 (2009), 115.

kembali dalam setiap perkembangan masyarakat, termasuk melalui aturan-aturan hukum materiil secara konkrit seperti dalam bentuk aturan perundang-undangan.

Upaya adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan ini sesuai dengan CEDAW (*Convention On The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) atau Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita yang ditetapkan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tahun 1979. Konvensi ini bermaksud untuk melindungi hak asasi perempuan di seluruh dunia. Indonesia sendiri telah ikut meratifikasi CEDAW ini pada tahun 1984 melalui Undang-Undang nomor 7 tahun 1984, yaitu Undang-Undang tentang Pengesahan Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita.¹⁴ Walaupun sudah berlaku lebih dari 30 tahun di Indonesia, namun ratifikasi CEDAW ini dipandang belum diberlakukan secara maksimal dalam meningkatkan hak-hak perempuan, termasuk dalam produk aturan perundang-undangan. Dalam realitasnya, masih didapati banyak produk dan muatan aturan perundangan, baik berupa Undang-Undang ataupun Peraturan Daerah, yang bertentangan dengan konvensi CEDAW. Padahal, adanya kesetaraan jender ini bukan hanya menjadi masalah hak asasi manusia, tetapi juga merupakan poin penting dari pembangunan berkelanjutan, keadilan sosial, perdamaian dan keamanan. Ketika perempuan mampu berkembang sesuai dengan potensi yang dimilikinya, dalam realitasnya akan terjadi pencapaian ekonomi dan sosial bagi semua orang. Dengan demikian, ide dari konvensi CEDAW ini seharusnya terimplementasi dengan baik dalam produk dan muatan materi dalam aturan perundangan di Indonesia.¹⁵

¹⁴<https://cwgi.wordpress.com/2010/07/19/cedaw-dan-komitmen-indonesia/>

¹⁵<http://unic-jakarta.org/2016/05/12/32-tahun-ratifikasi-cedaw-capaian-tantangan-dan-upaya-pemajuan-hak-asasi-perempuan-di-indonesia/>

Materi hukum yang terdapat dalam KHI bidang perkawinan sendiri, khususnya yang berkaitan dengan relasi antara laki-laki dan perempuan, secara umum berupaya menyesuaikan dengan konteks masyarakat Indonesia saat ini. Walaupun masih banyak mengikuti ketentuan hukum yang dikemukakan oleh fikih mazhab klasik, tetapi dalam waktu yang bersamaan juga mengakomodir perkembangan kebutuhan masyarakat kontemporer. Misalnya, mengenai kesetaraan antara suami dan isteri dikemukakan dalam pasal 79 KHI¹⁶ dengan cara sebagai berikut: (1) Suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga. (2) Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat. (3) masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum. Di samping kedudukan suami yang masih dominan, tetapi juga hak isteri berupaya ditingkatkan dan diseimbangkan dengan hak suami. Pembaruan beberapa pasal dalam KHI Bidang Perkawinan yang berbeda dengan hasil ijtihad para ulama klasik ini misalnya tentang keharusan adanya izin dari kedua mempelai sebelum akad dilakukan, mempersulit terjadinya poligami, hak untuk bercerai dan rujuk, keseimbangan hak milik terhadap harta bersama, dan masa berkabung bagi suami atau isteri yang ditinggalkan pasangannya, sebagaimana akan diuraikan satu per satu di bawah ini.

1. Persetujuan Kedua Calon Mempelai

Dalam pasal 16 dan 17 KHI dinyatakan bahwa harus ada persetujuan dari kedua calon mempelai sebelum akad perkawinan dilakukan. Pasal 16-17 KHI¹⁷ tersebut secara lengkap menyatakan:

¹⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 43

¹⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

Pasal 16

- (1) Perkawinan didasarkan atas persetujuan calon mempelai.
- (2) Bentuk persetujuan calon mempelai wanita, dapat berupa pernyataan tegas dan nyata dengan tulisan, lisan atau isyarat tapi dapat juga berupa diam dalam arti selama tidak ada penolakan yang tegas. Kemudian,

Pasal 17

- (1) Sebelum berlangsungnya perkawinan Pegawai Pencatat Nikah menanyakan lebih dahulu persetujuan calon mempelai di hadapan dua saksi nikah.
- (2) Bila ternyata perkawinan tidak disetujui oleh salah seorang calon mempelai maka perkawinan itu tidak dapat dilangsungkan.
- (3) Bagi calon mempelai yang menderita tuna wicara atau tuna rungu persetujuan dapat dinyatakan dengan tulisan atau isyarat yang dapat dimengerti.

Ketentuan KHI tersebut merupakan pendapat yang progresif dalam mendukung adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan.¹⁸ Dalam hal ini adalah berupaya menghilangkan praktek kawin paksa yang masih ada di tengah masyarakat, terutama yang banyak terjadi pada calon mempelai perempuan.¹⁹ Dalam masyarakat Indonesia, bahkan sampai dengan sekarang, memang masih terdapat perkawinan yang dipaksakan oleh orang tua,

¹⁸ Upaya mempromosikan adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan dalam hukum keluarga Islam di era modern ini terjadi mulai era pasca kolonial, dan dapat dipandang berhasil di negara-negara Asia Tenggara dan Afrika Utara. Mohammad Hashim Kamali, "Islamic Family Reform: Problems and Prospects", *Pluto Journals*, ICR No. 3.1, 42. ICR.plutojournals.org.

¹⁹ Ramlan Yusuf Rangkuti, "Pembatasan Usia Kawin dan Persetujuan Calon Mempelai dalam Perspektif Hukum Islam", *Jurnal Equality*, Vol. 13 No. 1, Februari 2008, 72.

sementara anaknya, kebanyakan perempuan, sebenarnya tidak menghendaki perkawinan tersebut. Adanya kawin paksa ini tidak lepas dari masih kuatnya pengaruh konsep wali mujbir yang menyatakan bahwa orang tua, dalam hal ini ayah, dapat menikahkan anak perempuannya yang masih gadis dengan siapapun tanpa harus meminta izin atau adanya persetujuan dari anak perempuan tersebut. Pandangan ini berkembang dalam masyarakat Indonesia adalah melalui pengaruh dari mazhab Shāfi'i, yang merupakan mazhab dominan yang diikuti oleh mayoritas penduduk Indonesia. Di samping itu, adat masyarakat Indonesia yang masih memandang perlunya ikatan keluarga besar juga memperkuat perjodohan yang dilakukan oleh orang tua untuk anaknya, dan umumnya perjodohan tersebut didasarkan pada kedekatan hubungan kekerabatan.

Imam Ash-Shāfi'i (w. 204 H), bersama-sama dengan Imam Mālik (w. 179 H) dan Imam Ibnu Abī Laila (w. 148 H), berpendapat bahwa perempuan yang masih gadis walaupun sudah dewasa tidak harus dimintai persetujuan ketika dinikahkan oleh bapaknya. Sementara itu, berbeda dengan pendapat di atas, Abū Ḥanīfah (w. 150 H), Ath-Thaurī (w. 161 H), Al-Auza'ī (w. 157 H), dan Abū Thaur (w. 230 H) berpendapat bahwa akad nikah hanya dapat dilakukan atas sepersetujuan calon mempelai perempuan.²⁰ Perbedaan pendapat ini antara lain disebabkan adanya perbedaan dalam menginterpretasi hadis Nabi yang menyatakan bahwa janda lebih berhak dari pada walinya, sementara gadis dimintai persetujuannya.²¹ Dalam hadis tersebut sebenarnya dinyatakan secara jelas bahwa gadis perlu dimintai persetujuannya. Namun Imam Ash-Shāfi'i memberi arti bahwa izin tersebut tidak harus ada

²⁰ Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtāhid wa Nihāyah al-Muqtaṣid*, (Ttp.: Shirkah An-Nūr Asia, t.t.), II: 4.

²¹ Hadis sebagai sumber hukum Islam memang di samping diperdebatkan dalam masalah orisinalitasnya, juga dalam masalah interpretasinya. Aisha Y. Musa, "Al-Shafi'i, the Hadith, and the Concept of the Duality of Revelation", *Islamic Studies*, Vol. 46, No. 2 (Summer 2007), 169.

dan hanya bersifat anjuran, karena ada pernyataan sebelumnya dalam hadis tersebut bahwa “janda lebih berhak dari pada walinya”. Pernyataan tersebut apabila dipahami dengan *mafhum al-mukhālafah* (pemahaman terbalik) maka dapat disimpulkan bahwa apabila janda lebih berhak dari pada walinya, maka dalam kaitannya dengan gadis, wali yang lebih berhak untuk menikahkan dari pada anak gadisnya.²²

Di samping itu, pendapat yang mengharuskan adanya persetujuan dari calon mempelai perempuan tersebut antara lain didasarkan pada hadis riwayat An-Nasa'i dari Siti Aishah. Hadis tersebut menyatakan bahwa Al-Khansa Binti Khidam al-Ansari mengadukan keberatan kepada Nabi karena ayahnya telah menikahnya dengan sepupunya. Setelah Nabi memanggil ayahnya, kemudian Nabi menyerahkan kembali masalah pernikahan tersebut kepada Al-Khansa, apakah mau meneruskan atau membatalkannya. Namun Al-Khansa kemudian menyatakan bahwa sebenarnya dia menyetujuinya, hanya saja dia melaporkannya kepada Nabi untuk menunjukkan bahwa seorang ayah sebenarnya tidak mempunyai hak untuk menikahkan putrinya dengan semena-mena.²³ Secara eksplisit hadis tersebut memang menunjukkan bahwa perlu adanya izin dari calon mempelai perempuan ketika hendak dinikahkan. Namun sebaliknya, secara implisit hadis di atas juga memberi pengertian bahwa pernikahan yang telah dilakukan oleh seorang ayah dengan tanpa sepersetujuan putrinya tetap dianggap sah.

Apabila dirujuk pada hadis-hadis yang ada, maka multi-tafsir mengenai perlu tidaknya izin dari calon mempelai perempuan tersebut terus terjadi, sementara KHI telah menetapkan bahwa izin

²² Ibnu Rusyd, *Bidāyah al-Mujtāhid wa Nihāyah al-Muqtaṣid*, II: 4

²³ Wahbah al-Zuhairi, *Al-Fiqh al-Islām wa Adillatuh* (Damaskus: Dār al-Fikr, 2006), IX: 6567. Ucapan al-Khansa setelah Rasulullah menyerahkan keputusannya pada dia adalah: “*ya rasulallah, qad ajaztu ma šana'a abī, wa lakin aradtu an u'lima an-nišaa anna laisa fī al-abā min al-amri šajūn*.”

dan persetujuan dari kedua calon mempelai merupakan hal yang niscaya. Oleh karena itu, secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI tersebut di samping melakukan interpretasi hadis sesuai dengan pendapat yang menyatakan bahwa izin dari kedua calon mempelai adalah syarat sahnya suatu akad nikah, juga didukung dengan argumen lain, yaitu dengan cara analogi terhadap QS. An-Nisā (4) ayat 29 tentang perlunya kerelaan dan persetujuan dua orang yang melakukan akad perniagaan. Ayat tersebut menyatakan: “Wahai orang-orang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan cara suka sama-suka (*‘an tarādīn*, saling rela dan setuju) di antara kamu”.

Metode analogi (*al-qiyās*) dalam Ushul Fikih memerlukan empat rukun, yaitu *al-maqīs ‘alaih* (*al-aṣl*, nash atau masalah yang sudah ada hukumnya), *al-maqīs (al-far’*, cabang atau masalah baru), *al-ḥukm* (hukum dari masalah), dan *al-‘illah* (kausa hukum).²⁴ Dalam kaitan dengan masalah keharusan adanya persetujuan dari kedua calon mempelai ini berarti *al-aṣl*-nya adalah keharusan adanya persetujuan dari dua belah pihak dalam akad perniagaan atau perdagangan, *al-far’*-nya adalah persetujuan dari dua calon mempelai dalam akad pernikahan, *al-‘illah*-nya adalah suatu akad memerlukan persetujuan dua pihak yang berakad, dan *al-ḥukm*-nya adalah kewajiban adanya persetujuan dari dua pihak yang berakad. Dengan demikian, dalam akad nikah, sama dengan akad jual beli, memerlukan adanya persetujuan dan kerelaan dua orang yang berakad, yaitu dua calon mempelai, atau dalam jual beli adalah

²⁴ Afī Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī’ al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Ma’ārif, 1971), 124. Mengenai kaitan antara ‘illat dan qiyas, misalnya Nabil Shehaby, “‘Illa and Qiyas in Early Islamic Legal Theory”, *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 102, No. 1 (Jan. - Mar., 1982), pp. 27-46. Muhammad Muṣṭafā Shalabī, *Ta’līl al-Aḥkām* (Beirut: Dār al-Nahḍah al-‘Arabīyyah, 1981), 13. Abd al-Ḥākim al-Sa’dī, *Mabāhith al-‘Illah fī al-Qiyās ‘Inda al-Uṣūliyyīn*, (Beirut: Dār al-Basha’ir al-Islāmiyyah, 1421/2000), 34-40

penjual dan pembeli. Dua orang yang berakad (*al-‘Aqidāni*) dalam akad nikah adalah calon mempelai laki-laki dan calon mempelai perempuan, bukan calon mempelai laki-laki dan wali nikah dari pihak perempuan. Hal ini dapat dilihat dari rukun-rukun pernikahan yang terdiri dari: dua orang yang berakad (calon mempelai laki-laki dan calon mempelai perempuan), wali, dua orang saksi dan ijab Kabul.²⁵ Jadi wali, sebenarnya adalah bukan pihak yang melakukan akad, tetapi hanya yang mewakili dan melakukan akad atas nama pihak calon mempelai perempuan. Persetujuan adanya akad, dengan demikian, bukan dari wali tetapi dari calon mempelai.

Aturan tentang adanya persetujuan yang jelas dari calon mempelai, termasuk dari calon mempelai perempuan tanpa membedakan antara perawan dan janda, merupakan ketentuan yang ada hampir di seluruh negara-negara muslim. Bahkan di Irak dan Malaysia, perkawinan yang dilakukan tanpa seizin salah satu mempelai dapat menimbulkan sanksi hukum bagi para pelakunya. Di Irak, apabila para pelaku kawin pakusnya termasuk keluarga dekat, diancam penjara maksimal 3 tahun dan atau denda, dan apabila para pelakunya bukan keluarga dekat maka diancam penjara antara 5 sampai 10 tahun.²⁶ Sementara di Malaysia, para pelaku pemaksaan dalam pernikahan diancam hukuman denda 1000 Ringgit atau penjara maksimal 6 bulan atau keduanya. Hal ini karena dalam konteks hukum modern, termasuk di negara-negara muslim, akad perkawinan dipandang sebagai kontrak yang didasarkan pada kehendak para pihak yang terlibat, dalam hal ini adalah calon mempelai laki-laki dan perempuan. Oleh karena itu, persetujuan dari dua calon mempelai tersebut mutlak diperlukan. Tanpa adanya persetujuan dari salah satu mempelai dapat mengakibatkan tidak

²⁵Misalnya Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6521.

²⁶ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries* (New Delhi: Academy of Law and Religion, 1987), 58-59.

sahnya akad perkawinan.²⁷ Umumnya undang-undang di Negara-negara muslim mensyaratkan bahwa persetujuan dari dua calon mempelai tersebut harus secara tertulis sehingga secara hukum ada bukti yang kuat dan meyakinkan.²⁸ Kejelasan bukti hukum tersebut, apabila dicermati, adalah untuk menghindarkan terjadinya kawin paksa atas inisiatif wali sementara calon mempelai sendiri sebenarnya tidak menyetujuinya.

Secara metodologis-Ushul Fikih, aturan tentang adanya persetujuan para calon mempelai ini didasarkan pada ketentuan Al-Qur'an bahwa dalam transaksi yang penting, seperti hutang piutang dan perdagangan, perlu dicatatkan, disaksikan dan juga adanya persetujuan atau kerelaan para pihak.²⁹ Perkawinan tidak diragukan lagi adalah akad atau transaksi yang sangat penting, bahkan lebih penting dari hutang piutang dan perdagangan, sehingga persetujuan para pihak, dalam hal ini adalah dua calon mempelai baik laki-laki maupun perempuan, mutlak diperlukan sebelum terjadinya akad nikah.³⁰

Di samping itu, terdapat beberapa ayat yang menyatakan bahwa perempuan berhak terhadap pernikahannya sendiri,³¹ yang berarti bahwa pernikahan yang dilakukan harus atas dasar sepersetujuannya. Hal ini sama dalam hal penggunaan terhadap harta, yaitu perempuan memiliki hak yang murni dalam menentukan untuk membelanjakan hartanya tersebut ataukah tidak. Kemudian

²⁷ Muhammad Qadri Basha, *Al-Ahkam al-Shar'iyyah fi al-Ahwal al-Shahsiyyah* (Kairo: Dar al-Salam, 2006), I: 35.

²⁸ Nikki R. Keddi dan Beth Baron (Ed.), *Women in Middle Eastern History* (London: Yale University Press, 1991), 17-19.

²⁹ Q.S. Al-Baqarah (2): 282 dan Q.S. Al-Nisa (4): 29.

³⁰ Ahmad al-Khumashī, *Al-Ta'liq 'alā Qanūn al-Aḥwāl al-Shakhsīyyah* (Ttp.: Tnp., 1994), I: 61. Lihat juga M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern, Studi Perbandingan dan Keberlanjutan UU Modern dari Kitab-Kitab Fikih* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 212.

³¹ Q.S. Al-Baqarah (2): 230, 232 dan 234.

adanya sanksi hukum bagi para pelanggarnya secara metodologis didasarkan pada metode *sadd al-dhari'ah*, yaitu suatu upaya preventif supaya aturan tersebut dilanggar, dan dalam hal ini adalah dengan adanya sanksi ta'zir yang ditetapkan sesuai kebijakan pemerintah masing-masing negara.³²

2. Mempersulit Poligami

Masalah poligami merupakan masalah kontroversial dan selalu hangat untuk diperbincangkan.³³ Setiap gagasan atau rancangan undang-undang yang berusaha membendung, atau bahkan melarang, praktek poligami biasanya dianggap sesuatu yang tidak Islami, karena diyakini bahwa poligami merupakan ajaran pokok dan penting dalam Islam, dan masalah poligami ini tertuang secara eksplisit dalam Al-Qur'an, yaitu QS. An-Nisā (4) ayat 3. Namun sebaliknya, masyarakat muslim umumnya juga setuju, atau setidaknya tidak mempermasalahkan, bahwa perkawinan seorang muslim dengan perempuan ahli kitab (Yahudi dan Nasrani) adalah dilarang. Padahal hal ini bertentangan dengan Al-Qur'an, karena QS. Al-Mā'idah (5) ayat 5 secara eksplisit membolehkan perkawinan beda agama tersebut. Ketetapan hukum Islam memang dapat berubah sesuai dengan konteksnya, namun ini juga memberi arti bahwa hukum mengenai poligami juga dapat berubah sesuai dengan konteks masyarakatnya.

³² Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhsīyyah* (Ttp.: Dār al-Fikr, t.t.), 76.

³³ Bahkan di kalangan sebagian orientalis, poligami yang dilakukan oleh Nabi SAW menjadi pembahasan kritis. Ikram al-Haq mengkaji bahwa poligami yang dilakukan oleh Nabi SAW tidaklah didasarkan pada alasan nafsu seksual. Namun sampai umur 50 tahun hanya beristri satu orang, yaitu dengan Siti Khadijah, bahkan Siti Khadijah ini berumur lebih tua 15 tahun dari Nabi. Nabi menikah lagi setelah mencapai umur 55 tahun dengan berbagai alasan, baik alasan sosial, politik, kemanusiaan, hukum maupun tujuan pendidikan kepada ummatnya saat itu. Ikram al-Haq, "*Ta'addud Azwāj al-Nabiy Ṣallallahu 'alaihi wa Sallām wa al-Mustashriqūn*", Al-Qalām, Desember 2010, 272-281.

Di negara-negara muslim, secara umum memiliki kecenderungan yang sama dalam hal pembatasan praktek poligami, hanya saja masing-masing negara berbeda-beda dalam tingkat ketegasannya. Di Libanon, misalnya, poligami tidak dilarang tetapi perlu dipenuhi beberapa persyaratan termasuk perlakuan adil terhadap isteri-isterinya. Sementara itu, di Yordania dan Maroko terdapat aturan pembatasan poligami melalui pembuatan perjanjian pra-nikah yang antara lain berisi bahwa apabila terjadi poligami, maka isteri yang tidak setuju dapat langsung mengajukan gugat cerai ke pengadilan. Adanya izin isteri pertama dan Dewan Hakam (arbitrasi) juga menjadi syarat poligami di Pakistan, dan apabila suami pelanggarnya diadukan, maka diancam hukuman maksimal 1 tahun penjara atau denda 500 Rupis atau keduanya. Negara muslim yang melarang poligami sama sekali adalah Turki dan Tunisia, bahkan di Tunisia, pelaku poligami diancam hukuman 1 tahun penjara dan denda sebesar 240.000 frank.³⁴

Secara metodologis-Ushul Fikih, perbedaan aturan mengenai poligami di negara-negara muslim tersebut didasarkan pada interpretasi terhadap ayat-ayat poligami yang dipahami secara tekstual atau substansial. Secara substansial dipahami bahwa sebenarnya poligami dibatasi bahkan tidak dikehendaki oleh Al-

³⁴ Gagasan para Tokoh Pembaruan pemikiran Islam juga turut andil dalam pelarangan poligami di Tunisia saat itu. Seperti yang disampaikan oleh pejuang emansipasi wanita di Tunisia yaitu Tahir al-Haddad (1899-1935) dalam bukunya *Imroatunā fi as-Sharī'ah wa al-Mujtama'*, Tahir Hadad mengatakan bahwa poligami merupakan salah satu bentuk kejelekan yang terdapat pada bangsa Arab Jahiliyah terdahulu (*sayyi'ah min sayyi'at al-jahiliyah al-ūlā*). Haddad menggambarkan fenomena para lelaki Arab kala itu yang biasa memperisteri beberapa orang wanita, bahkan tanpa batas. Para isteri itu diperlakukan secara tidak adil dan sewenang-wenang. Kemudian Islam datang untuk memberantas perilaku ini dengan menurunkan aturan secara bertahap (*tadarruj fi tasyri*), yaitu mula-mula membatasi jumlah maksimal wanita yang dijadikan isteri hingga 4 orang. Kemudian Islam mensyaratkan sikap adil diantara para isteri, sesuatu yang mustahil dapat diwujudkan oleh seorang suami. Dengan demikian dalam pandangan Haddad, poligami tidak memiliki dasar dalam Islam, bahkan sebenarnya Islam bermaksud memberantas perilaku poligami ini.

Qur'an yang justru bertujuan untuk melindungi hak-hak perempuan.³⁵ Ayat 3 Q.S. Al-Nisā cenderung untuk memerintahkan monogami, sehingga kemudian praktek poligami perlu dibatasi, bahkan syarat adil dalam ayat tersebut disebut sebagai sesuatu yang tidak mungkin dilakukan dalam ayat 129 surat yang sama. Atas dasar itu, sebagian negara-negara muslim seperti Turki dan Tunisia melarang sama sekali praktek poligami.³⁶

Mengenai poligami ini, KHI mengambil posisi tengah antara pandangan yang pro dan kontra, yaitu dengan cara membatasinya secara ketat dengan syarat-syarat tertentu yang harus dipenuhi. Dalam KHI, pembahasan mengenai poligami ini dibahas pada pasal 55-59. Pasal-pasal tersebut secara lengkap berbunyi:

Pasal 55

- (1) Beristeri lebih satu orang pada waktu bersamaan, terbatas hanya sampai empat isteri.
- (2) Syarat utama beristeri lebih dari seorang, suami harus mampu berlaku adil terhadap ister-isteri dan anak-anaknya.
- (3) Apabila syarat utama yang disebut pada ayat (2) tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristeri dari seorang.³⁷

³⁵ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 214-215.

³⁶ Mengenai syarat adil dalam pernikahan, termasuk poligami ini, misalnya dibahas dalam Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, 247-249. Menurut Al-Ṭāhir al-Ḥadād—pemikir modern asal Tunisia—berpendapat bahwa, surat al Nisa (4):3 berhubungan dengan (4):129. Dengan turunnya al Nisa (4): 129 tersebut sudah seharusnya poligami dicegah, sebab menurutnya tujuan pernikahan adalah untuk membina keluarga sakinah, mawadah dan rahmah, sementara pada kenyataannya poligami mengakibatkan sulitnya membina kehidupan keluarga yang harmonis dan tentram antara suami, istri dan anak-anak, apalagi harta yang ditinggalkan si suami ketika ia meninggal sangat terbatas. Al-Ṭāhir Al-Ḥadād, *Wanita dalam Syari'ah dan Masyarakat* terj, (Serabaya: Pustaka Firdaus, 1993),77

³⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 33

Pasal 56

- (1) Suami yang hendak beristeri lebih dari satu orang harus mendapat izin dari Pengadilan Agama.
- (2) Pengajuan permohonan Izin dimaksud pada ayat (1) dilakukan menurut pada tata cara sebagaimana diatur dalam Bab.VIII Peraturan Pemerintah No.9 Tahun 1975.
- (3) Perkawinan yang dilakukan dengan isteri kedua, ketiga atau keempat tanpa izin dari Pengadilan Agama, tidak mempunyai kekuatan hukum.³⁸

Pasal 57

Pengadilan Agama hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila: a. isteri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai isteri; b. isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan; c. isteri tidak dapat melahirkan keturunan.³⁹

Pasal 58

- (1) Selain syarat utama yang disebut pada pasal 55 ayat (2) maka untuk memperoleh izin pengadilan Agama, harus pula dipenuhi syarat-syarat yang ditentukan pada pasal 5 Undang-Undang No.1 Tahun 1974 yaitu : a. adanya persetujuan isteri; b. adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup ister-isteri dan anak-anak mereka.
- (2) Dengan tidak mengurangi ketentuan pasal 41 huruf b Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, persetujuan isteri atau isteri-isteri dapat diberikan secara tertulis atau dengan lisan, tetapi sekalipun telah ada persetujuan tertulis,

³⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34

³⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34

persetujuan ini dipertegas dengan persetujuan lisan isteri pada sidang Pengadilan Agama.

- (3) Persetujuan dimaksud pada ayat (1) huruf a tidak diperlukan bagi seorang suami apabila isteri atau isteri-isterinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian atau apabila tidak ada kabar dari isteri atau isteri-isterinya sekurang-kurangnya 2 tahun atau karena sebab lain yang perlu mendapat penilaian Hakim.⁴⁰

Pasal 59

Dalam hal istri tidak mau memberikan persetujuan, dan permohonan izin untuk beristeri lebih dari satu orang berdasarkan atas salah satu alasan yang diatur dalam pasal 55 ayat (2) dan 57, Pengadilan Agama dapat menetapkan tentang pemberian izin setelah memeriksa dan mendengar isteri yang bersangkutan di persidangan Pengadilan Agama, dan terhadap penetapan ini isteri atau suami dapat mengajukan banding atau kasasi.⁴¹

Ketentuan dalam KHI di atas memberi pengertian bahwa poligami dapat dilakukan dengan beberapa persyaratan, dan apabila syarat-syarat tersebut tidak dapat dipenuhi maka poligami sebenarnya tidak boleh dilakukan.⁴² Ketetapan KHI ini berbeda dengan pendapat yang berkembang dalam masyarakat Indonesia pada umumnya, yaitu bahwa poligami merupakan hal yang boleh (mubah) dilakukan dan merupakan hak laki-laki untuk berpoligami atau tidak. Pendapat ini sebenarnya merupakan makna *al-zāhir* dari

⁴⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34-35

⁴¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 35

⁴² Poligami yang dibolehkan dalam Al-Qur'an pada dasarnya memang sangat terbatas dengan syarat-syarat yang ketat. Abdur Rahman I. Doi, *Women in Shari'ah (Islamic Law)* (Kuala Lumpur: A.S. Noordeen, 1992), 53-54.

ayat poligami yang dinyatakan dalam QS.An-Nisā (4) ayat 3. Dengan makna *al-zāhir*, dapat dipahami bahwa ayat tersebut memberikan kebolehan praktek poligami bagi laki-laki untuk menikahi perempuan sampai dengan empat orang. Makna *al-zāhir* merupakan makna yang dapat dipahami dan disimpulkan dengan segera dari pengertian secara bahasa, namun sebenarnya makna ini tidak sesuai dengan maksud asli dari konteks ketika ayat itu diturunkan (*siyāq al-kalam*).⁴³ Makna *al-zāhir* inilah yang banyak diikuti oleh fikih mazhab klasik, sesuai dengan konteksnya saat itu. Pembahasan mengenai poligami umumnya hanya menyangkut perlunya bersikap adil, terutama dalam pembagian waktu bersama antara istri yang satu dan yang lainnya. Sementara hukum poligami sendiri sudah dimaklumi, yaitu sesuatu yang boleh (mubah), dalam arti siapa yang merasa mampu akan berbuat adil secara materi dan waktu, maka dibolehkan.⁴⁴ Para ulama mazhab dalam hal poligami ini memang cenderung untuk memberlakukan kaidah *al-‘ibrah bi ‘umūm al-lafz la bi khusūṣ al-sabab*, jadi yang diperhatikan adalah keumuman bunyi lafazh, dengan tanpa mengkaitkannya dengan konteks ketika ayat tersebut turun.

Oleh karena itu, dalam Ushul Fikih, di samping makna *al-zāhir*, terdapat makna *al-naṣṣ*, yaitu makna yang dimaksud oleh suatu ayat karena makna tersebut sesuai dengan konteks ketika ayat itu diturunkan.⁴⁵ Dengan makna *al-naṣṣ* ini, ayat poligami di atas dapat dipahami sebagai perintah untuk membatasi pelaksanaan poligami hanya sampai empat orang perempuan, bahkan mendorong untuk tidak melakukannya, karena praktek poligami ini dipandang

⁴³Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī*, 265.

⁴⁴ Misalnya Taqīyuddīn al-Ḥusainī, *Kifāyah al-Akhyār fī Ḥallī Ghayar al-Ikhtisār* (Pekalongan: Maṭba‘ah Raja Murah, t.t.), II: 38-39.

⁴⁵ Sa’d Ibn Naṣīr al-Shaṭarī, *Al-Qaṭ’ wa al-Zann ‘Inda al-Uṣūliyyīn* (Riyāḍ: Dār al-Habīb, 1997), II: 364. ‘Alī Jum‘ah, *Aliyyat al-Ijtihād*, (Kairo: Dār ar-Risālah, 2004), 55.

dapat memberi kemandaratan bagi istri-istri.⁴⁶ Apabila di lihat dalam konteks masyarakat Arab saat itu, praktek poligami merupakan hal yang lazim, bahkan seorang laki-laki dapat memiliki belasan atau puluhan istri. Dengan ayat 3 QS. An-Nisā di atas, Islam datang untuk membatasi praktek poligami yang berlaku saat itu. Oleh karena itu, maksud utama ayat poligami di atas sebenarnya adalah untuk membatasi praktek poligami, bukan membolehkan apalagi menganjurkan praktek poligami.⁴⁷

Dengan ketentuan yang membatasi poligami ini, secara metodologis-Ushul Fikih, KHI mengartikan ayat poligami dengan menggunakan makna *al-naṣṣ*, yang merupakan makna yang lebih kuat karena makna itulah maksud asli dari ayat tersebut. Di samping itu, ketentuan poligami dalam KHI ini sesuai dengan kaidah yang memandang bahwa konteks masyarakat saat ayat tersebut turun merupakan hal yang penting sebagai acuan untuk memahami ayat. Kaidah tersebut adalah *al-‘ibrah bi khusūṣ al-sabab lā bi ‘umūm al-lafz*, pertimbangan yang dipegangi dalam menafsirkan ayat adalah kekhususan sebab, bukan keumuman makna lafazh. Sementara itu, syarat-syarat yang dikemukakan dalam pasal-pasal KHI di atas merupakan upaya kontekstualisasi maksud ayat dengan konteks masyarakat Indonesia sekarang. Dengan demikian, ketentuan mengenai poligami dalam KHI ini tidak saja berusaha menyesuaikan dengan keadaan dan kondisi masyarakat Indonesia saat ini, tetapi juga memiliki dasar metodologis yang kuat.

⁴⁶Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī*, 265-267.

⁴⁷Dalam berbagai riwayat dinyatakan bahwa para sahabat yang masuk Islam dan memiliki istri lebih dari empat, maka harus membatasi hanya pada empat istri serta menceraikan yang lainnya. Misalnya Ghailan yang memiliki sepuluh orang isteri dan Naufal Ibn Mu’awiyah yang memiliki lima orang isteri. Taqiyyuddin, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 38.

3. Hak Bercerai dan Rujuk

Dalam fikih mazhab, hak bercerai adalah hak prerogatif suami. Kapan pun seorang suami hendak menjatuhkan talak, maka tinggal mengatakannya kepada isteri. Seorang isteri memang mempunyai hak khulu', yaitu meminta cerai dengan cara memberikan suatu pemberian imbalan kepada suami. Hanya saja, permintaan khulu' seorang isteri ini tetap tergantung pada kehendak suami, apakah suami akan mengabulkan atau tidak permintaan khulu' dari isteri tersebut.⁴⁸ Konsep khulu' ini kemudian menjadi pijakan bagi negara-negara muslim untuk menetapkan bahwa seorang isteri dapat melakukan gugat cerai ke pengadilan. Di Maroko, misalnya, dengan mendasarkan pada konsep khulu' mazhab Maliki, menetapkan bahwa isteri dengan alasan tertentu memiliki hak untuk mengajukan perceraian dengan cara mengembalikan sejumlah mahar yang telah diberikan suami kepadanya. Begitu juga di Aljazair dan Somalia ditetapkan bahwa perceraian dapat diajukan atas inisiatif isteri, baik berupa cerai gugat karena alasan yang dibolehkan oleh aturan perundang-undangan atau berupa khulu' dengan disertai pengembalian maksimal sebesar maharnya.⁴⁹

Landasan hukum aturan di atas didasarkan pada konsep khulu' yang merupakan pengajuan cerai atas inisiatif isteri. Konsep khulu' ini didasarkan pada Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 229 dan juga Hadis Nabi dari Ibnu Abbas yang menyatakan bahwa isteri Qais Ibn

⁴⁸ Taqiyyud-dīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 79-80. Dengan konsep khulu' ini menurut Masdar dalam Islam pada dasarnya isteri memiliki hak untuk mengajukan perceraian. Terlepas suaminya setuju atau tidak, yang memutuskan adalah pengadilan, karena ketidaksetujuan suami untuk tidak menerima khulu' tersebut perlu ditelusuri apakah untuk kepentingan kedua belah pihak atau hanya untuk menyakiti isteri. Masdar F. Mas'udi, *Islam & Women's Reproductive Rights* (Jakarta: P3M, 2001), 106-107.

⁴⁹ Ahmad al-Khumashi, *Al-Ta'liq 'ala Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhsīyah*, I: 355-373. Maḥmūd 'Alī al-Sarṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl ash-Shakhsīyah* (Ttp: Dār al-Fikr, tt), 445-451. M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 113-114, 130-131, dan 159-160.

Tsabit datang kepada Nabi SAW untuk meminta cerai dari Qais. Kemudian Nabi SAW memerintahkan bahwa untuk bercerai perempuan tersebut perlu mengembalikan mahar yang berupa kebun kepada Qais.⁵⁰

Di Indonesia hak menceraikan oleh suami sebenarnya masih banyak berlaku dan berkembang dalam masyarakat. Hal ini tentu saja karena pengaruh dari fikih mazhab yang masih banyak dipegangi oleh masyarakat. Berbeda dengan hal itu, KHI memberikan posisi yang sejajar antara suami dan istri mengenai hak untuk mengajukan perceraian, yaitu suami dapat mengajukan talak ke pengadilan agama, sementara isteri dapat mengajukan gugatan cerai. Begitu pula, mengenai rujuk, suami dan isteri memiliki hak yang sejajar. Dengan kata lain, menurut KHI rujuk hanya dapat dilakukan apabila suami dan isteri sama-sama berkehendak. Mengenai hak cerai dan rujuk ini dikemukakan dalam pasal-pasal KHI sebagai berikut.

Pasal 114

Putusnya perkawinan yang disebabkan karena perceraian dapat terjadi karena talak atau berdasarkan gugatan perceraian.⁵¹

Pasal 163

- (1) Seorang suami dapat merujuk isterinya yang dalam masa iddah.
- (2) Rujuk dapat dilakukan dalam hal-hal: a. putusnya perkawinan karena talak, kecuali talak yang telah jatuh tiga kali dan talak yang dijatuhkan qobla al dukhul; b. putusnya perkawinan

⁵⁰Hadis ini diriwayatkan oleh Al-Bukhari. Mahmud 'Ali al-Sharhawi, *Syarh Qanun al-Ahwal al-Shahsiyyah*, 446-447.

⁵¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 56

berdasarkan putusan pengadilan dengan alasan atau alasan-alasan selain zina dan khuluk.⁵²

Pasal 164

Seorang wanita dalam iddah talak raji berhak mengajukan keberatan atas kehendak rujuk dari bekas suaminya dihadapan Pegawai Pencatat Nikah disaksikan dua orang saksi.⁵³

Pasal 165

Rujuk yang dilakukan tanpa sepengetahuan bekas isteri, dapat dinyatakan tidak sah dengan putusan Pengadilan Agama.⁵⁴

Dalam KHI pasal 144 di atas dinyatakan bahwa apabila suami memiliki hak talak, maka isteri memiliki hak untuk melakukan gugatan perceraian, sehingga keduanya memiliki hak yang sama untuk mengajukan perceraian ke pengadilan agama. Demikian juga dalam masalah hak rujuk, seorang suami tidak dapat melakukan rujuk secara sepihak, tetapi juga harus melibatkan persetujuan dari isteri. Pandangan KHI yang berupaya mensejajarkan hak antara suami dan isteri dalam masalah cerai dan rujuk ini merupakan pandangan kontemporer yang berbeda dengan fikih mazhab klasik. Talak, dalam fikih mazhab klasik, merupakan hak prerogatif suami. Ucapan talak suami yang diucapkan secara jelas (*ṣarīḥ*) kepada isterinya, walaupun karena bergurau dan tidak disertai niat, merupakan bentuk talak yang valid, sehingga dapat memisahkan perkawinan mereka.⁵⁵ Begitu pula dengan rujuk, apabila suami menyatakan rujuk kepada isterinya yang ditalak raj'i dan dalam masa iddah, maka rujuk tersebut sah tanpa harus meminta

⁵² *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 74

⁵³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 75

⁵⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 75

⁵⁵ Taqiyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 84.

persetujuan istri. Hal ini didasarkan pada ayat yang menyatakan bahwa suami lebih berhak untuk merujuk kembali isterinya (QS.Al-Baqarah (2): 228).⁵⁶

Logika yang digunakan dalam fikih mazhab klasik mengenai cerai dan rujuk ini adalah bahwa talak merupakan hak suami dan atas dasar keinginan suami, sehingga rujuk pun merupakan hak suami. Dalam kasus talak ini diandaikan bahwa isteri sebenarnya tidak menghendaki perceraian. Sementara itu, apabila isteri berinisiatif untuk bercerai, maka dengan melalui jalur khuluk, yaitu permintaan cerai isteri kepada suami dengan cara isteri memberikan ganti rugi atau imbalan (*'iwād*) kepada suami. Imbalan tersebut sebagai simbol dari pengembalian mahar. Dalam kasus khuluk ini tidak ada rujuk, karena dalam khuluk ini “ikatan mahar” sudah tidak ada lagi, berbeda dengan talak, kecuali talak tiga, yang masih memiliki “ikatan mahar” tersebut.⁵⁷ Dengan adanya konsep khuluk ini sebenarnya dalam hukum perkawinan Islam juga memberi ruang kepada isteri untuk memiliki hak cerai, walaupun dalam fikih mazhab klasik, khuluk tersebut menjadi valid atau tidak adalah masih bergantung pada kerelaan suami.

Ketentuan KHI yang memberi hak cerai gugat kepada isteri ini secara metodologis-Ushul Fikih didasarkan pada analogi (*al-qiyās*) terhadap hak khuluk, hanya saja pemberian imbalan dari isteri kepada suami sebagai bentuk “pengembalian mahar” tersebut ditiadakan karena dalam ayat tentang mahar menyatakan bahwa mahar dipandang sebagai pemberian yang tanpa pamrih (*nihlah*).⁵⁸ Hal ini terlihat dalam KHI pasal 148, khususnya ayat 6, bahwa apabila dalam masalah khuluk ini tidak terjadi kesepakatan antara

⁵⁶Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 107.

⁵⁷Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 79-83. Ayat khuluk adalah QS.Al-Baqarah (2) ayat 231: *fā la junāha 'alaihima fī mā iftadatah bih* (maka tidak ada dosa bagi keduanya tentang bayaran yang diberikan isteri untuk menebus dirinya).

⁵⁸QS. Al-Nisā (4): 4.

suami dan isteri mengenai besarnya imbalan atau tebusan (*'iwād*), maka Pengadilan Agama akan memeriksa dan memutus sebagai perkara biasa, yaitu sebagai perkara gugatan cerai dari isteri. Dengan demikian, KHI pada dasarnya secara substansial menyamakan antara gugatan cerai yang diajukan isteri dengan khuluk.

Di samping itu, secara metodologis, KHI juga memberlakukan metode *fatḥ al-dharī'ah*, yaitu membuka jalan yang tadinya tidak boleh atau tidak ada demi untuk mewujudkan kemaslahatan.⁵⁹ Dalam hal ini, KHI membuka kesempatan dan memberi hak kepada isteri untuk mengajukan gugatan cerai kepada suaminya, melalui Pengadilan Agama, dengan alasan-alasan yang dibenarkan menurut aturan perundang-undangan. Pembukaan jalan adanya gugatan cerai isteri ini ditujukan sebagai sarana untuk memperoleh kemaslahatan serta menghindari kemadaratan dan kesulitan yang lebih besar. Sebagai contoh, apabila seorang isteri ditelantarkan suaminya atau bahkan mendapat kekerasan dalam rumah tangga, dan untuk mengajukan khuluk juga tidak memiliki cukup harta, maka jalan keluarnya adalah dengan adanya hak gugatan cerai dari seorang isteri kepada suaminya. Mengenai tingkat kemaslahatan dan kemadaratan bagi masing-masing pasangan suami isteri tersebut, ini akan dinilai oleh hakim melalui proses sidang pengadilan.

Kemudian masalah persetujuan isteri dalam hal rujuk, interpretasi KHI terhadap QS.Al-Baqarah (2) ayat 228 yang berbunyi: “*wa bu'ulatumunna aḥaqqu bi raḍḍihinnā*” (para suami lebih berhak untuk merujuk isteri-isteri mereka) tidak hanya didasarkan pada makna tersurat dari *naṣṣ (dalālah al-'ibārah)*, tetapi juga makna yang tersirat (*dalālah al-ishārah*), yaitu apabila suami lebih berhak (*aḥaqq*) dalam masalah rujuk, berarti isteri juga

⁵⁹ Abd al-Karīm Zaidan, *Al-Wafīz fi Uṣūl al-Fiqh* (Baghdād: Dar al-Tauzī wa al-Nashr al-Islāmī, 1993), 244-245.

memiliki hak walaupun sedikit dan bersifat pasif. Atas dasar itu, pasal 163 KHI menyatakan bahwa suami lah yang memiliki hak rujuk, namun isteri, sebagaimana dikemukakan dalam pasal 164 dan 165 KHI di atas, juga berhak untuk keberatan apabila tidak dimintai persetujuan terlebih dahulu. Keberatan isteri tersebut dilakukan ke Kantor Urusan Agama, atau bahkan sampai ke Pengadilan Agama.

4. Hak terhadap Harta Bersama

Ketentuan tentang harta bersama ini belum banyak diberlakukan di negara-negara muslim. Di negara-negara muslim umumnya hanya diatur tentang kewajiban suami untuk memberi nafkah kepada isteri dan anaknya, kecuali di Yaman yang menetapkan bahwa nafkah merupakan kewajiban bersama antara suami dan isteri.⁶⁰ Dengan konsep nafkah ini memberi arti bahwa harta yang diperoleh selama perkawinan di luar kewajiban nafkah tersebut merupakan harta masing-masing suami dan isteri secara terpisah. Ketentuan harta bersama ini telah diterapkan misalnya di Indonesia dan Malaysia, hanya bentuknya masih merupakan kompromi antara harta bersama dan kewajiban suami untuk memberi nafkah. Di satu sisi, harta yang diperoleh merupakan harta bersama, baik yang diperoleh suami maupun isteri, namun di sisi lain, kewajiban nafkah masih menjadi kewajiban suami kepada isterinya.⁶¹

Kewajiban nafkah dari suami dan bekerjanya istri dalam mengurus rumah tangga sebenarnya merupakan salah satu perwujudan dari pergaulan yang baik (*mu'asharah bi al-ma'ruf*) antara suami dan isteri,⁶² yang merupakan sarana untuk mewujudkan perkawinan, yaitu keluarga sakinah yang dipenuhi

⁶⁰ M. Ato Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 76-77.

⁶¹ <http://joint-ownership-property.pdf>, akses tanggal 04 Mei 2015.

⁶² Q.S. Al-Nisa (4): 19.

dengan kasih sayang.⁶³ Suami dan isteri seharusnya dapat bekerja sama dan dapat melakukan pembagian tugas, sehingga harta yang diperoleh oleh keduanya dapat dipandang sebagai harta bersama. Hal ini sesuai dengan firman Allah SWT yang menyatakan bahwa isteri merupakan pakaian suami dan begitu pula sebaliknya,⁶⁴ sehingga dipandang sebagai satu kesatuan yang utuh dalam keluarga yang disatukan melalui ikatan perkawinan.⁶⁵ Penafsiran beberapa ayat seperti inilah yang menjadi dasar bagi adanya harta bersama antara suami dan isteri, yaitu harta yang diperoleh selama perkawinan.

Suami dan isteri merupakan mitra untuk mencapai tujuan perkawinan, yaitu terbentuknya rumah tangga yang sakinah (harmonis dan sejahtera). Untuk mencapai keharmonisan dalam rumah tangga tersebut, perlu ada pembagian tugas masing-masing, yang dalam bahasa fikih disebut dengan hak dan kewajiban suami isteri.⁶⁶ Salah satu kewajiban suami adalah memberi nafkah kepada isteri sesuai dengan kemampuan suami dan kepatutan yang ada dalam masyarakatnya.⁶⁷ Dalam fikih mazhab, adanya kewajiban nafkah ini umumnya memberi konsekuensi adanya dominasi suami terhadap isteri dalam urusan rumah tangga. Hak suami menjadi lebih besar dalam mengatur rumah tangga, dan isteri harus taat terhadap suami dalam masalah apapun.⁶⁸ Apabila dicermati, sebenarnya kewajiban nafkah kepada suami ini merupakan

⁶³ Al-Rūm (30): 21.

⁶⁴ Q.S. Al-Baqarah (2): 187.

⁶⁵ Muhammad Qadri Basha, *Al-Ahkam al-Shar'iyah fi al-Ahwal al-Shahsiyyah*, 363-364.

⁶⁶ Mengenai hak dan kewajiban suami isteri ini misalnya dapat dilihat pada Wahbah, *Al-Fiqh al-Islamī*, IX: 6850-6859.

⁶⁷ QS. Al-Baqarah (2): 233 yang berbunyi: *wa 'ala al-maulūdi lahu rizquhunna wa kiswatuhunna bi al-ma'rūf* (kewajiban ayah memberi nafkah dan pakaian kepada para ibu dengan cara ma'ruf).

⁶⁸ Hal ini biasanya didasarkan pada QS. Al-Nisā (34) ayat 34 yang menyatakan bahwa suami merupakan pemimpin dan pelindung perempuan.

perimbangan dari fungsi reproduksi yang diemban oleh perempuan. Oleh karena itu, dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 233 tersebut suami disebut sebagai *al-maulūd lahu*, yaitu bapaknya anak yang dilahirkan. Ini berarti bahwa isteri yang telah melahirkan anak tersebut berhak untuk mendapat nafkah dari suaminya.

Dengan demikian, adanya pemberian nafkah oleh suami terhadap isteri tersebut tidak bisa menjadi alasan adanya dominasi suami terhadap isteri. Relasi antara suami isteri dalam rumah tangga tetap didasarkan pada pergaulan yang baik (*mu'asharah bi al-ma'rūf*).⁶⁹ Relasi yang baik antara suami dan isteri sebagai mitra ini dalam KHI dipahami tidak saja menyangkut sikap dan perilaku, tetapi juga dalam masalah harta bersama yang didapat selama perkawinan, termasuk setelah terjadi perceraian, baik cerai mati maupun cerai hidup. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam pasal-pasal di bawah ini.

Pasal 96

- (1) Apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.
- (2) Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau isteri yang isteri atau suaminya hutang harus ditanggihkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama.⁷⁰

Pasal 97

Janda atau duda cerai masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.⁷¹

⁶⁹ QS. Al-Nisā (4): 19.

⁷⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

⁷¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

Dari pasal-pasal di atas dapat dipahami bahwa harta bersama, yaitu harta yang didapatkan selama perkawinan, merupakan milik berdua suami dan isteri, tanpa memandang apakah isteri juga ikut bekerja di luar rumah atau hanya sebagai ibu rumah tangga. Kewajiban suami untuk memberi nafkah, tempat tinggal dan pakaian kepada isteri, menurut Wahbah al-Zuhāfi, ini memberi pengertian bahwa sebenarnya pelayanan untuk memasak, mencuci pakaian serta membersihkan dan merawat rumah adalah juga kewajiban suami, dan bukan kewajiban isteri. Bahkan isteri, apabila melakukan pekerjaan rumah tangga tersebut, lanjut Wahbah, dapat meminta bayaran dan upah (*al-ujrah*) kepada suami.⁷²

Dengan demikian, isteri, walaupun sebagai ibu rumah tangga, dianggap bekerja sehingga berhak mendapat upah dari suaminya. Atau dengan kata lain, harta yang diperoleh oleh suaminya merupakan hasil jerih payah berdua antara suami dan isteri, hanya saja ada pembagian tugas, suami bekerja di luar rumah dan isteri bekerja di dalam rumah.⁷³ Ketetapan KHI yang menganggap bahwa isteri yang bekerja di rumah perlu mendapatkan upah tersebut secara metodologis-Ushul Fikih merupakan hasil dari *al-qiyās* atau analogi terhadap upah menyusui anak yang terdapat pada QS. At-Ṭalāq 65 ayat 6: *fa in arḍa'na lakum fa atūhunna ujūrahunna* (apabila mereka (isteri-isteri yang sudah ditalak) menyusui (anak-anakmu) untukmu, maka berikanlah kepada mereka upahnya). Dalam hal ini, berarti *al-aṣl*-nya adalah adanya upah bagi isteri yang telah ditalak ketika menyusui anaknya, *al-far'*-nya adalah adanya upah bagi isteri yang bekerja di rumah, *al-'illah*-nya adalah suatu pekerjaan untuk membantu suami, dan *al-ḥukm*-nya adalah kewajiban adanya upah bagi isteri yang bekerja untuk suaminya. Dengan demikian, harta

⁷² Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6850.

⁷³ Isteri dipandang sedang bekerja ketika menyelesaikan pekerjaan rumah tangganya, karena menurut ketentuan syariah, pada dasarnya isteri memiliki hak ekonomi juga dalam rumah tangga. Abdur Rahman, *Women in Shari'ah*, 146-147.

yang didapat oleh suami isteri selama perkawinan merupakan harta bersama, sehingga apabila salah satunya meninggal atau bercerai, salah satu pihak berhak memiliki separuhnya. Dalam kaitannya dengan cerai mati, maka separuh harta bersama tersebut menjadi milik pasangan yang ditinggal mati, sebelum kemudian dibagi waris. Hal ini dalam tradisi Jawa disebut sebagai *gono gini*. Dengan demikian, ketetapan KHI dalam hal ini juga mempertimbangkan adat kebiasaan masyarakat, yang dalam Ushul Fikih disebut sebagai *al-'urf*. Istilah *gono gini* saat ini kemudian digunakan juga bagi bagian harta yang menjadi hak isteri yang dicerai hidup oleh suaminya.

5. Masa Berkabung

Dalam fikih klasik, berkabung (*al-iḥdād*) biasanya hanya ditujukan bagi isteri yang ditinggal mati oleh suaminya, sementara masalah suami yang ditinggal oleh isterinya tidak dibahas. Masa berkabung isteri ini adalah sama dengan masa iddahnya, yaitu empat bulan sepuluh hari. Selama masa berkabung ini, isteri tidak boleh memakai perhiasan, wewangian dan hal-hal lain yang menarik perhatian laki-laki lain. Isteri juga tidak boleh keluar rumah, kecuali kalau benar-benar ada keperluan yang mendesak dan tidak bisa dihindari.⁷⁴ Sementara itu, suami yang ditinggal mati oleh istrinya, karena tidak dibahas oleh Al-Qur'an dan As-Sunnah, maka fikih klasik juga tidak membahasnya dan dianggap bahwa suami sama sekali tidak memiliki masa berkabung, sebagaimana tidak memiliki masa iddah. Oleh karena itu, dalam praktek masyarakat, kadang-kadang terjadi, seorang laki-laki langsung menikah lagi sehari setelah isterinya meninggal dunia.

Di negara-negara muslim secara umum juga menetapkan masa iddah bagi isteri sebagai masa berkabungnya ketika suaminya

⁷⁴ Misalnya Taqiyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 133-137. Abdur Rahman, *Women in Shari'ah*, 102-103.

meninggal dunia, yaitu empat bulan sepuluh hari, namun demikian tidak sebaliknya. Undang-undang hukum keluarga dari negara-negara muslim tidak menetapkan masa berkabung bagi suami ketika ditinggal mati oleh isterinya.⁷⁵ Masa berkabung bagi isteri ini didasarkan pada ayat ‘iddah meninggal⁷⁶ dan Hadis Nabi SAW yang diriwayatkan oleh Al-Tirmizi bahwa seorang perempuan tidak layak berkabung lebih dari tiga hari, kecuali terhadap suaminya yang meninggal dunia, yaitu empat bulan sepuluh hari.⁷⁷ Berbeda dengan fikih klasik dan umumnya ketentuan di negara-negara muslim, KHI menetapkan masa berkabung bagi suami yang ditinggal mati oleh isterinya, sebagaimana dikemukakan dalam pasal di bawah ini.

Pasal 170

- (1) Isteri yang ditinggalkan mati oleh suami, wajib melaksanakan masa berkabung selama masa iddah sebagai tanda turut berduka cita dan sekaligus menjaga timbulnya fitnah.
- (2) Suami yang ditinggal mati oleh isterinya, melakukan masa berkabung menurut kepatutan.⁷⁸

Dari pasal di atas terlihat bahwa KHI membedakan antara iddah dan *iḥdād* (berkabung), hanya saja masa berkabung dari isteri yang ditinggal mati suaminya sama dengan masa iddahnyanya. Berkabung di sini dipahami sebagai tanda turut berduka cita dan menghindari adanya fitnah dalam masyarakat. Turut berduka terhadap kepergian pasangan hidupnya ini terimplementasi baik dalam perasaan hati maupun tutur kata, bersikap dan berbuat yang sepatutnya, terutama menurut pandangan masyarakat setempat. Hal yang paling jelas dari sikap berkabung tersebut adalah tidak terburu-

⁷⁵ Tahir Mahmood, *Family Law Reform*, 47-48.

⁷⁶ Q.S. Al-Baqarah (2): 234.

⁷⁷ Mahmud ‘Ali al-Sharṭāwi, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah*, 535.

⁷⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 78

buru melakukan pernikahan lagi, baik bagi isteri maupun bagi suami. Namun karena suami tidak memiliki masa iddah sebagaimana isteri, maka masa berkabung suami, termasuk tidak menikah terlebih dahulu, menurut KHI adalah menurut kepatutan. Dengan semangat kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, sebagaimana dicita-citakan Islam, ini berarti bahwa masa berkabung suami bisa saja sama dengan masa berkabung isteri.

Dalam hadis yang diriwayatkan oleh Al-Bukhārī dan Muslim dinyatakan bahwa seorang perempuan tidak boleh berkabung terhadap jenazah kerabatnya yang meninggal dunia lebih dari tiga hari, kecuali terhadap suaminya maka masa berkabungnya adalah empat bulan sepuluh hari.⁷⁹ Dalam hadis tersebut hanya disebutkan seorang perempuan, bukan laki-laki, karena umumnya yang sedih berlebihan adalah perempuan. Jadi hadis ini hanya menggambarkan keumuman yang terjadi dalam masyarakat. Secara metodologis-Ushul Fikih, hadis ini menjadi dasar bagi berkabungnya seorang isteri yang ditinggal mati suaminya, yaitu dengan pemahaman terhadap makna tersurat (*dalālah 'ibarah*) dalam hadis tersebut. Kata “isteri” dalam hadis tersebut merupakan kata yang tertera dalam nash (*al-manṭūq bih*), sementara kata yang tidak tertera (*al-maskūt 'anhu*)-nya adalah “suami”. Kemudian apakah suami hukumnya sama dengan isteri dalam hal perlunya berkabung ketika ditinggal mati oleh isterinya? Kemudian apabila sama, apakah masa berkabungnya juga sama, yaitu empat bulan sepuluh hari?

Dalam Ushul Fikih, metode yang menyamakan hukum *al-maskūt 'anhu* terhadap *al-manṭūq bih* karena adanya kesamaan ‘illat yang dapat dipahami secara bahasa, disebut dengan *dalālah al-dalālah* (makna tersembunyi dari nash).⁸⁰ ‘Illat dari adanya masa berkabung adalah perasaan sedih karena ditinggal oleh pasangan hidupnya. Perasaan sedih tersebut kemudian terimplementasi oleh

⁷⁹Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 134.

⁸⁰Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 275-278.

adanya masa berkabung. Ketika isteri ditinggal oleh suami, maka perasaan sedih itu muncul, dan begitu pula dengan suami ketika ditinggal mati oleh isterinya. Oleh karena itu, karena adanya kesamaan 'illat maka suami juga hukumnya sama dengan isteri, yaitu memiliki masa berkabung ketika ditinggal mati oleh isterinya. Kemudian lamanya masa berkabung ini bisa juga disamakan dengan masa berkabungnya isteri. Dalam hal ini, KHI mengikuti ketetapan dengan menggunakan metode *dalālah al-dalālah* tersebut, yaitu suami juga memiliki masa berkabung, hanya saja lamanya masa berkabung tidak ditentukan dan diserahkan pada kepatutan dalam masyarakat.

B. Perlindungan Hak-Hak Anak

Dalam hukum keluarga Islam, anak menempati posisi yang penting. Ayat-ayat Al-Qur'an dan As-Sunnah banyak berpesan kepada orang tua untuk mendidik anak dengan baik dan memenuhi kebutuhan-kebutuhannya. Bahkan apabila ayah dan ibunya bercerai pun, hukum keluarga Islam berupaya supaya hak-hak anak tetap terjaga. Dalam buku-buku fikih masalah pengasuhan anak ini dibahas dalam bab *al-Ḥaḍānah* (pemeliharaan anak).⁸¹ Dalam KHI Bidang Perkawinan, masalah pengasuhan anak ini juga dibahas secara khusus, yaitu pada bab XIV (pasal 98-106) mengenai pemeliharaan anak dan bab XV (Pasal 107-112) masalah perwalian. Namun demikian, apabila dicermati, pembaruan KHI Bidang Perkawinan ini tidak hanya pada dua bab di atas, tetapi juga tersebar di beberapa pasal lainnya.

⁸¹Perlindungan anak ini secara lebih luas dibahas dalam konsep wilayah (perwalian, perlindungan), yaitu perlindungan orang tua terhadap anaknya. Perlindungan tersebut mencakup (1) perlindungan dalam masalah pendidikan, ini masuk pembahasan *ḥaḍānah*, (2) perlindungan terhadap jiwa dan raganya, mulai dari lewat umur *ḥaḍānah* sampai baligh (dewasa), dan (3) perlindungan terhadap hartanya. Muhammad Abū Zahrah, *Al-Aḥwāl al-Syakhshiyah* (Tnp.: Dār al-Fikr al-'Arabi, t.t.), 526.

1. Batas Minimal Usia Nikah

Dalam fikih klasik, pernikahan tidak mengenal batas usia minimal, sehingga kemudian ada konsep wali mujbir yang dapat menikahkan anaknya yang masih kecil.⁸² Wali, sesuai makna bahasanya (*al-wilāyah*, berarti *al-maḥabbah*, *al-nuṣrah*) yang berarti orang yang menyayangi dan menolong, ketika menikahkan anaknya adalah demi untuk kemaslahatan anak tersebut, bukan kemaslahatan dirinya.⁸³ Namun demikian, dalam perkembangannya, banyak wali nikah yang memaksakan kehendak kepada anak perempuan untuk menikah demi kepentingannya sendiri, tanpa mempertimbangkan kepentingan anaknya.

Fikih kontemporer, berbeda dengan fikih klasik, umumnya membatasi usia minimal pernikahan dengan maksud untuk melindungi hak anak, termasuk dari pernikahan yang dilakukan oleh wali dengan tanpa sepersetujuan anak karena masih kecil. Batas usia minimal pernikahan dalam KHI ini adalah 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan, sebagaimana dinyatakan dalam pasal di bawah ini.

Pasal 15

- (1) Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang ditetapkan dalam pasal 7 Undang-undang No.1 tahun 1974 yakni calon suami sekurang-kurangnya berumur 19 tahun dan calon isteri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun.
- (2) Bagi calon mempelai yang belum mencapai umur 21 tahun harus mendapat izin sebagaimana yang diatur dalam pasal 6 ayat (2), (3), (4) dan (5) UU No. 1 Tahun 1974.⁸⁴

⁸²Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6691-6692.

⁸³ Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6690.

⁸⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

Pembatasan usia minimal untuk nikah ini umum dilakukan di beberapa negara, namun batas usia yang ditentukan tersebut berbeda-beda. Misalnya untuk menyebutkan beberapa contohnya adalah Malaysia yang membatasi 18 tahun bagi laki-laki dan 15 tahun bagi perempuan, Saudi Arabia membatasi minimal 15 tahun baik untuk laki-laki maupun perempuan, Bangladesh membatasi minimal 21 tahun bagi laki-laki dan 18 tahun bagi perempuan, dan Aljazair yang membatasi 21 tahun bagi laki-laki dan 19 tahun bagi perempuan.⁸⁵ Di samping itu, di Syria dan Yordania diatur juga jarak umur antara mempelai laki-laki dan perempuan yang tidak boleh terlalu jauh. Apabila jarak umurnya terlalu jauh, maka di Syria perkawinan tersebut hanya bisa dilakukan setelah mendapatkan izin secara khusus dari pengadilan. Sementara di Yordania ditetapkan bahwa perkawinan tidak dapat dilangsungkan apabila perbedaan umur antara mempelai laki-laki dan perempuan tersebut lebih dari 20 tahun dan mempelai perempuan belum mencapai umur 18 tahun. Perkawinan tersebut dapat dilakukan hanya dengan izin khusus dari pengadilan dan dipastikan bahwa perkawinan itu adalah demi kepentingan mempelai perempuan.⁸⁶ Landasan hukum dari batas minimal usia nikah ini adalah Q.S. Al-Nisā (4) ayat 6 yang menyatakan adanya umur untuk menikah. Hanya saja batasan minimal umur menikah ini dipahami berbeda-beda oleh Negara-negara muslim sesuai dengan konteksnya masing-masing, sebagaimana para ulama mazhab juga berbeda pendapat mengenai umur dewasa (*sinn al-bulug*) tersebut.⁸⁷

Apabila dicermati, pembatasan usia minimal pernikahan di Saudi Arabia adalah seorang anak umumnya mencapai umur baligh,

⁸⁵Muhammad Jābir Ṣalāh, *Tahfīd Sinn al-Zawāj, Ḥatmiyyah Ijtimā'iyah wa Iqtisādīyah* (Yaman: Mu'assasah Nadwah az-Zawāj, 2008), 3-4.

⁸⁶M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 211.

⁸⁷Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhṣīyah*, 90.

yaitu 15 tahun. Sementara di negara-negara lainnya tidak hanya baligh tetapi juga mendekati dewasa. Usia dewasa sendiri menurut KHI adalah umur 21 tahun, sehingga walaupun calon mempelai sudah berusia 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan, tetapi masih memerlukan izin dari orang tua. Secara metodologis, pandangan mengenai batas usia minimal untuk nikah ini didasarkan pada QS. Al-Nisā (4) ayat 6 yang menyatakan: “*wa ibtalu al-yatāma ḥatta idhā balaghū an-nikāh*” (Dan ujilah (didiklah) anak yatim itu sampai mencapai cukup umur untuk menikah). Kalimat “*ḥatta idhā balaghū an-nikāh*” dipahami oleh negara-negara di atas sebagai anak yang telah mencapai umur baligh atau sudah mendekati dewasa. Pemahaman dari makna tersurat (*dalālah ‘ibārah*) tersebut kemudian dikaitkan dengan *al-‘urf* atau kondisi masing-masing negara sehingga kemudian menimbulkan batasan umur yang berbeda-beda.

Kalimat “*ḥatta idhā balaghū an-nikāh*” dalam ayat di atas, yang secara literal berarti “sampai ketika mencapai cukup usia untuk menikah”, memberi makna bahwa ada “usia nikah” dan batasan minimalnya tentu saja tergantung pada tempat dan waktu serta keadaan masing-masing masyarakat. Penentuan batas minimal untuk menikah, dengan demikian, ditentukan oleh *al-‘urf* masing-masing masyarakat. Dengan demikian, secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai batas minimal usia menikah ini didasarkan pada makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari ayat di atas dan juga *al-‘urf* Indonesia, yang tujuannya adalah untuk melindungi hak-hak anak supaya tidak dikawinkan dalam usia dini oleh walinya.⁸⁸ Walaupun menikah, maka anak yang telah mencapai batas usia minimal tersebut menikah karena memang keinginannya, dengan tetap di bawah izin dan bimbingan orang tuanya.

⁸⁸Mengenai pentingnya *al-‘urf* dalam penetapan hukum Islam, misalnya As’ad ‘Abd al-Ghānī al-Kafrawī, *Al-Istidlāl ‘Inda al-Uṣūliyyīn*, (Kairo: Dār as-Salām, 2005), 510-514.

2. Perkawinan Wanita Hamil

Apabila ditelusuri dalam fikih mazhab terjadi perbedaan pendapat mengenai boleh tidaknya menikahi wanita yang hamil akibat zina, namun perdebatan tersebut mengenai dua hal, pertama tentang boleh tidaknya menikah dengan pezina (sebagai profesi), dan kedua tentang boleh tidaknya menikahi wanita hamil akibat zina. Mengenai masalah pertama, mayoritas ulama berpendapat bahwa hukum menikahi pezina pada dasarnya adalah boleh bagi siapapun, sementara sebagian ulama mengharamkannya bagi orang muslim. Pernikahan dengan wanita yang profesinya sebagai pezina hanya boleh dilakukan oleh pezina laki-laki. Pendapat sebagian ulama ini didasarkan pada makna tersurat dari QS. Al-Nūr (24) ayat 3 yang menyatakan: *wa al-zāniyatu la yankihuha illā zānin au mushrikun wa ḥurrima dhālika ‘ala al-muḥminīn* (pezina perempuan tidak boleh menikah kecuali dengan pezina laki-laki atau orang musyrik, dan hal itu diharamkan bagi orang-orang beriman). Sementara menurut mayoritas ulama, ayat di atas tidak menunjukkan makna haram, tetapi hanya celaan (makruh). Sementara yang diharamkan dalam ayat itu (*wa ḥurrima dhalika ‘alā al-muḥminīn*) adalah perbuatan zinanya, bukan pernikahannya.⁸⁹ Sementara itu, mengenai masalah kedua, sebagian ulama membolehkan perkawinan wanita hamil akibat zina bagi siapapun, karena tidak ada iddah dalam zina, dan sebagian ulama melarangnya, karena khawatir tercampurnya nasab dan jelas-jelas rahimnya tidak kosong, sebagai syarat adanya nikah yang sah.⁹⁰

Pandangan KHI mengenai hal ini tampaknya merupakan hasil eklektik dari pendapat-pendapat yang ada, yaitu wanita hamil akibat zina adalah boleh menikah hanya dengan laki-laki yang menghamilinya, atau dengan kata lain wanita hamil akibat zina tersebut tidak boleh menikah kecuali hanya dengan laki-laki yang

⁸⁹ Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtahid*, II: 30.

⁹⁰ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīʿ*, 341.

menghamilinya. Apabila dikaitkan dengan pandangan ulama dalam masalah kedua, yaitu tentang boleh tidaknya wanita hamil akibat zina dinikahi, pandangan KHI ini berada di antara keduanya, yaitu mengikuti pendapat pertama yang menyatakan bahwa wanita hamil akibat zina tersebut boleh nikah, namun bedanya tidak dengan siapapun, tetapi khusus dengan laki-laki yang menghamili. Pengkhususan ini tampaknya untuk menepis keberatan pendapat kedua yang mengkhawatirkan tercampurnya nasab. Dengan menikah hanya dengan laki-laki yang menghamili, percampuran nasab tersebut tidak terjadi. Pasal KHI yang menyatakan hal ini adalah sebagai berikut.

Pasal 53

- (1) Seorang wanita hamil di luar nikah, dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya.
- (2) Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dilangsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya.
- (3) Dengan dilangsungkannya perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandung lahir.⁹¹

Dari pasal 53 di atas terlihat bahwa alasan mengapa wanita yang telah hamil akibat zina tersebut dapat dinikahkan secara sah dengan pria yang menghamilinya adalah untuk menjaga hak-hak anak supaya ketika lahir anak tersebut sebagai anak sah yang memiliki hubungan darah dengan ayahnya.⁹² Dengan demikian, hak-

⁹¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 33

⁹² Ketentuan KHI ini telah selaras dengan *maqāshid syarīah*, khususnya dalam melindungi hak-hak status dan kebendaan anak, hanya saja perlu adanya sanksi bagi pelaku zina, sehingga ketentuan ini tidak membuka pintu yang permisif

hak yang lain seperti nasab dan nafkah akan terjamin sampai dia dewasa. Secara metodologis-Ushul Fikih, pendapat KHI ini didasarkan pada makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari QS.An-Nūr (24) ayat 3 di atas. Hanya saja dalam hal ini diimplementasikan khusus pada wanita hamil akibat zina, bukan wanita yang berprofesi sebagai pezina atau wanita penghibur. Karena bisa saja dalam masalah wanita penghibur ini, KHI berpendapat sama dengan mayoritas ulama, yaitu boleh menikah dengan siapa saja asalkan syarat rukunnya terpenuhi. Hal ini dapat disimpulkan secara implisit dari pasal-pasal yang ada. Dengan demikian, KHI telah melakukan pengkhususan makna terhadap pezina yang masih umum tersebut menjadi wanita hamil akibat zina. Pengkhususan seperti ini secara metodologis dapat dibenarkan, dan dalam hal ini makna umum tersebut dikhususkan oleh *al-‘urf* atau realitas yang banyak terjadi di Indonesia, yaitu wanita hamil akibat zina yang umumnya secara adat harus dinikahkan.⁹³

Ketentuan tentang menikahi wanita hamil oleh laki-laki yang menghamili ini juga umum berlaku di negara-negara muslim lain.⁹⁴ Wahbah al-Zuhaili (w. 2015) menyatakan bahwa para ulama bersepakat mengenai kebolehan menikah wanita pezina bagi orang yang menzinahinya. Oleh karena itu, pernikahan antara laki-laki dan wanita yang dihamilinya adalah sah sebagaimana pernikahan pada umumnya. Pandangan ini tidak bertentangan dengan isi surah al-Nur (24) ayat 3 karena status mereka sama-sama pezina.⁹⁵ Kebolehan ini di samping alasan normatif tersebut juga dimaksudkan untuk

bagi perbuatan zina. Nurul Huda, “Kawin Hamil dalam Kompilasi Hukum Islam (Tinjauan Maqashid Syariah)”, *Ishraqi*, Vol. 5, No. 1, Januari-Juni 2009, 35-51.

⁹³Mengenai pengkhususan makna umum oleh *al-‘urf* ini, misalnya Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī‘*, 242.

⁹⁴ Muhammad Qadri Basha, *Al-Aḥkām al-Shar‘iyyah fī al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, 112-113.

⁹⁵ Wahab al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islāmi wa Adillatuh*, (Damaskus: Dār al-Fikr, 1985), VI: 148.

melindungi hak-hak hukum anak dalam masyarakat, khususnya masalah status dan nasab dari anak yang dilahirkan. Demikian juga dalam KHI, ketentuan ini merupakan sesuatu yang tidak dapat dilepaskan dari upaya meredefinisi dan melakukan pembaruan tentang pengertian anak sah.

3. Status Anak Sah

Anak sah dalam fikih klasik adalah anak yang lahir sebagai hasil pembuahan dari suami dan isteri yang didahului terlebih dahulu oleh akad nikah secara sah. Dengan demikian, apabila terjadi hamil terlebih dahulu kemudian baru diadakan akad nikah, maka anak yang lahir tidak dianggap sebagai anak yang sah, tetapi anak zina.⁹⁶ Ketentuan ini dapat dipandang sebagai tindakan preventif untuk menutup perbuatan zina, dengan tidak mengakui konsekuensinya secara hukum. Namun demikian, dalam waktu yang sama, yang menjadi korban adalah anak yang dilahirkannya, padahal dia tidak bersalah, dan yang bersalah sebenarnya adalah perbuatan orang tuanya. Dengan maksud untuk melindungi hak-hak anak dan sebagai konsekuensi dari dibolehkannya wanita hamil akibat zina menikah dengan laki-laki yang menghamilinya, maka KHI menetapkan definisi anak sah sebagaimana pasal di bawah ini.

Pasal 99

Anak yang sah adalah:

- a. Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah;
- b. Hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.⁹⁷

⁹⁶Salah satu argumen para ulama adalah bahwa adanya nasab merupakan nikmat, dan nikmat tidak lahir dan muncul dari perbuatan pidana. Abū Zahrah, *Al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah*, 454-455.

⁹⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 51

Anak sah, dengan demikian, menurut KHI pasal 99 ini adalah *pertama*, anak yang lahir setelah adanya akad perkawinan yang sah dari kedua orang tuanya, kemudian hamil dan lahir, *kedua*, anak yang lahir setelah adanya kehamilan terlebih dahulu, kemudian kedua orang tuanya melakukan akad nikah lalu lahir, *ketiga*, anak yang lahir setelah adanya akad nikah yang sah, namun sebelum lahir kedua orang tuanya berpisah, baik karena cerai atau ayahnya meninggal, dan *keempat* adalah anak yang lahir setelah adanya proses bayi tabung dari kedua orang tuanya yang telah sah menikah. Anak sah tipe kedua inilah yang berbeda dengan pandangan fikih mazhab klasik.⁹⁸

Bahkan keputusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang dikeluarkan pada tanggal 27 Pebruari 2012 menyatakan bahwa *Anak yang dilahirkan di luar perkawinan tidak saja mempunyai hubungan perdata dengan ibunya tetapi juga dengan bapak biologisnya sepanjang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi atau alat bukti lain menurut hukum bahwa anak tersebut mempunyai hubungan darah dengan bapak biologisnya.*⁹⁹ Dengan putusan MK tersebut, berarti adanya legalitas hukum berupa hubungan darah antara anak yang lahir di luar perkawinan dengan ayah biologisnya. Hubungan yang semula hanya merupakan sebuah realitas berubah menjadi hubungan hukum, sehingga hal ini memiliki konsekuensi dan akibat hukum. Dengan demikian, antara anak dengan bapak biologisnya dan juga keluarga bapaknya secara hukum memiliki hubungan perdata sebagaimana hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.¹⁰⁰

⁹⁸Tahir Mahmood, *Family Reform in the Muslim World* (Bombay:Tripathi, 1972), 115. مدونة الأسرة المغربية. <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

⁹⁹ Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, hlm. 29-44.

¹⁰⁰Mukti Arto, “Diskusi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 27 Pebruari 2012 Tentang Perubahan Pasal 43 UUP”, Makalah, hlm. 5-6.

Konsekuensinya, apabila antara anak dan ibu memiliki hubungan nasab, maka dipahami bahwa dengan bapak biologisnya juga memiliki hubungan nasab, yang berarti anak yang lahir di luar perkawinan tersebut berhak atas nafkah, perwalian dan waris kepada bapak biologis dan keluarga bapaknya tersebut.

Putusan MK tersebut menuai pro dan kontra. Kelompok yang pro antara lain adalah Komnas HAM dan Komnas Perempuan serta para aktivis gerakan perempuan dan anak. Mereka memandang bahwa keputusan MK tersebut sudah tepat karena bertujuan melindungi hak-hak anak dan juga perempuan. Anak di luar perkawinan umumnya selama ini menjadi tanggung jawab ibunya semata, namun dengan putusan MK tersebut tanggung jawab utama terhadap anak berada di tangan bapak biologisnya. Sementara itu, pihak-pihak yang menolak putusan MK kebanyakan dari kalangan ahli hukum Islam, baik ulama maupun hakim.¹⁰¹ MUI, misalnya, menyatakan bahwa anak hasil zina tidak memiliki hubungan nasab sama sekali dengan bapak biologisnya. Namun demikian, laki-laki pezina sebagai bapak biologisnya, oleh pemerintah dapat dikenakan hukuman *ta'zir* (jenis dan hukuman yang diberikan oleh pihak yang berwenang) berupa 1) mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut dan 2) memberikan harta setelah ia meninggal melalui *wasiat wajibah*. Hukuman tersebut semata-mata bertujuan melindungi hak anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.¹⁰²

Secara metodologis, ketetapan KHI mengenai definisi anak sah tersebut adalah didasarkan pada metode *al-istihsān*, yaitu mengecualikan anak yang telah dikandung terlebih dahulu sebelum akad nikah kedua orang tuanya sebagai anak sah demi

¹⁰¹ Syamsul Anwar dan Isak Munawar, "Nasab Anak di Luar Perkawinan Paska Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 27 Februari 2012 Menurut Teori Fikih dan Perundang-undangan", Makalah, hlm. 33.

¹⁰² <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4f6322acd4b12/fatwa-mui-juga-melindungi-anak-hasil-perzinaan>.

mempertimbangkan kemaslahatan dan perlindungan hak-hak anak (*ḥifdh an-nafs*), khususnya hak nafkah, hak waris dan hak pengasuhan. Ketetapan ini diperkuat oleh QS.Al-An'ām (6) ayat 164: *Lā taziru wāziratun wizra ukhrā* (seorang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain), seorang anak yang tidak berdosa sebaiknya tidak menanggung beban perbuatan zina yang telah dilakukan orang tuanya.

Seiring dengan kebolehan menikahi wanita hamil oleh laki-laki yang menghamilinya, maka anak yang dikandungnya dan lahir setelah terjadinya perkawinan tersebut dipandang sebagai anak yang sah dalam aturan perundang-undangan di negara-negara muslim, berbeda dengan ketetapan fikih mazhab klasik yang tidak mengakuinya sebagai anak sah. Kebanyakan Negara-negara muslim menetapkan bahwa anak dianggap sebagai anak sah apabila masa kehamilan selama pernikahannya adalah minimal enam bulan. Hal ini disimpulkan dari dua ayat, yaitu Q.S. Luqman (31) ayat 14 yang menyatakan bahwa umur selesainya menyapih adalah dua tahun dan Q.S. Al-Ahqaf (46) ayat 15 yang menyatakan bahwa masa hamil dan menyusui adalah tiga puluh bulan. Dengan demikian dari dua ayat tersebut dapat dipahami bahwa umur minimal kehamilan adalah tiga puluh bulan dikurangi dua tahun, yaitu enam bulan.¹⁰³ Lebih dari itu, dalam undang-undang hukum keluarga Maroko dinyatakan bahwa anak yang lahir dalam masa khitbah (peminangan) dapat dianggap sebagai anak sah, apabila memang kedua orang tuanya melangsungkan pernikahan setelahnya. Hal ini didasarkan terutama pada perlindungan terhadap hal-hak anak (*li ḥimāyah ḥuqūq al-ṭifl*).¹⁰⁴ Secara metodologis-Ushul Fikih,

¹⁰³Maḥmūd 'Alī al-Shartāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah*, 541-542.

¹⁰⁴ <http://ar.wikipedia/mudawwadah al-usrah al-maghribi>. Diakses pada 4 Mei 2015.

ketetapan ini sebagaimana ketentuan KHI di atas menggunakan metode *al-istihsān* hanya saja dalam tingkat yang lebih liberal.¹⁰⁵

4. Pengasuhan Anak

Anak merupakan amanah Allah kepada orang tua, sehingga orang tua wajib mendidik, menjaga dan mengasuhnya dengan baik. Pengasuhan anak ini berlangsung sampai anak tumbuh dewasa, sehingga bisa dilepas untuk hidup mandiri.¹⁰⁶ Hal ini karena pada dasarnya anak merupakan buah hati dan kesenangan dalam keluarga serta menjadi salah satu tujuan dari adanya perkawinan.¹⁰⁷ Dalam KHI, anak dianggap telah dewasa adalah setelah mencapai umur 21 tahun. Pengasuhan orang tua ini terus berlanjut sekalipun kedua orang tuanya bercerai, hal ini sebagaimana dinyatakan antara lain dalam pasal-pasal di bawah ini.

Pasal 98

- (1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- (2) Orang tuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan.
- (3) Pengadilan Agama dapat menunjuk salah seorang kerabat terdekat yang mampu menunaikan kewajiban tersebut apabila kedua orang tuanya tidak mampu.¹⁰⁸

¹⁰⁵ <http://ar.wikipedia/mudawwadah al-usrah al-maghribi>. Diakses pada 4 Mei 2015.

¹⁰⁶ Wacl B. Hallaq, *Shari'ah: Theory, Practice, Transformations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 287-288.

¹⁰⁷ Abdur Rahman, *Women in Shari'ah*, 129.

¹⁰⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

Pasal 156

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah antara lain:

- a. Apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaann kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula;
- b. Semua biaya hadanah dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun).¹⁰⁹

Pada pasal-pasal di atas dijelaskan bahwa apabila orang tuanya tidak mampu atau tidak memungkinkan, termasuk karena meninggal dunia sehingga menjadi anak yatim, maka melalui Pengadilan Agama, pengaturan pengasuhan anak tersebut akan dialihkan pada kerabatnya yang mampu. Dengan kata lain, negara, melalui lembaga yang terkait, bertanggung jawab terhadap pengasuhan anak ini sampai dia menjadi dewasa.¹¹⁰ Di sini terlihat betapa KHI memperhatikan dan melindungi hak-hak anak, sampai mengantarkannya ke masa dewasa. Secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai hak anak ini didasarkan pada makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari ayat-ayat Al-Qur’an dan Sunnah Nabi yang berkaitan dengan *al-ḥadānah*, yang kemudian diimplementasikan sesuai dengan konteks *al-‘urf* yang ada di Indonesia.

¹⁰⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 72

¹¹⁰ Abdur Rahman, *Women in Shari’ah*, 113-116.

Konteks *al-‘urf* inilah yang membedakan aturan dalam masalah *al-ḥaḍānah* ini di negara-negara muslim lainnya, khususnya sampai kapan atau umur berapa seorang anak mendapat hak pemeliharaan dari orang tuanya tersebut. Namun demikian, secara umum negara-negara muslim tersebut memiliki semangat yang sama dalam melindungi hak-hak anak, terutama ketika dua orang tuanya bercerai. Perceraian orang tua diupayakan tidak mengakibatkan penelantaran terhadap anak mereka. Semua ketentuan negara-negara muslim menyatakan bahwa anak yang masih kecil berada di bawah pemeliharaan ibunya ketika terjadi perceraian. Ketika anak tersebut mencapai usia baligh, baru dapat memilih untuk hidup bersama ibu atau ayahnya. Di Yordania, misalnya, ditetapkan bahwa seorang anak berada dalam pemeliharaan ibunya sampai umur 7 tahun bagi laki-laki dan 9 tahun bagi perempuan, dan apabila masih diperlukan ditambah 2 tahun lagi untuk kemudian dapat memilih antara tetap ikut dengan ibunya atau pindah ikut dengan ayahnya.¹¹¹ Sementara di Tunisia, pada dasarnya seorang anak dapat dipelihara oleh salah satu pihak dari kedua orang tuanya atau pihak ketiga berdasarkan putusan pengadilan. Pengadilan juga dapat menetapkan batas waktu pemeliharaan anak dengan memperhatikan kondisi anak yang bersangkutan.¹¹²

Pemeliharaan anak tersebut tidak berhenti sampai di situ. Anak tetap harus diasuh dengan baik oleh bapaknya, ibunya atau pihak ketiga yang ditunjuk. Nafkah anak tersebut pada dasarnya dibebankan kepada bapaknya. Di Maroko, misalnya, anak masih dalam pemeliharaan orang tuanya sampai umur 20 tahun atau sudah bekerja bagi laki-laki dan sampai menikah bagi perempuan.¹¹³ Ayat-ayat Al-Qurān yang menjadi landasan pemeliharaan anak ini tidak

¹¹¹ Tahir Mahmood, *Family Law Reform*, 78.

¹¹² Tahir Mahmood, *Family Law Reform*, 105.

¹¹³ Aḥmād al-Khumaṣī, *Al-Ta’līq ‘ala Qānūn al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah* (Ttp.: Tnp., t.t.), II: 259-264.

menentukan batas umur anak. Namun demikian, pemeliharaan anak ini tidak saja berkaitan dengan nafkah,¹¹⁴ tetapi juga dengan pembentukan akhlak dan agamanya secara umum, sehingga menjadi anak yang shaleh dan terhindar dari api neraka.¹¹⁵ Pemeliharaan anak ini merupakan fardu kifayah, sehingga apabila orang tuanya tidak mampu maka menjadi kewajiban masyarakat yang mampu, dan apabila ada anak yang terlantar maka menjadi dosa bagi seluruh masyarakat.¹¹⁶

C. Peran Lembaga Pemerintah dalam Perkawinan

Dalam QS.An-Nisā (4) ayat 35 dinyatakan bahwa ketika suami dan isteri berselisih pendapat dan bertengkar, maka dianjurkan untuk tidak langsung terjadi talak, tetapi masing-masing mengangkat hakam sebagai mediator untuk menyelesaikan permasalahan yang ada dalam perkawinan. Dengan kata lain, dalam masalah perkawinan ini diperlukan pihak ketiga, selain suami dan isteri, yang dapat membantu sebagai penengah dalam rangka menjaga hak-hak masing-masing suami isteri. Dalam perkawinan, sebagaimana dikemukakan, pada dasarnya terdapat hak dan kewajiban suami dan isteri sebagai aturan formalitas untuk tercapainya keharmonisan rumah tangga, sehingga masing-masing pihak berjalan pada tempat yang semestinya. Namun demikian, pada dasarnya hak dan kewajiban tersebut bersifat fleksibel dan dapat dikompromikan antara suami dan isteri, karena prinsip dasar relasi antara suami dan isteri adalah pergaulan yang baik (*mu'āsharah bi al-ma'rūf*).

Di Indonesia, dan juga di negara-negara lain, saat ini konsep hakam atau mediator ini termanifestasi dalam lembaga-lembaga

¹¹⁴ Q.S. Al-Baqarah (2) 233 dan Q.S. Al-Isrā (17): 31.

¹¹⁵ Q.S. Al-Isrā (17): 23-24 dan Q.S. Al-Tahrim (66): 6.

¹¹⁶ Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah*, 560-562.

pemerintah yang terkait dengan masalah perkawinan, baik ketika akan menikah maupun apabila ada perselisihan antara suami dan isteri. Lembaga-lembaga terkait perkawinan tersebut adalah Kantor Urusan Agama (KUA) dan Pengadilan Agama (PA).¹¹⁷ Dengan demikian, lembaga-lembaga pemerintah terkait perkawinan tersebut tidak hanya sebagai tempat penyelesaian ketika terjadi perselisihan, tetapi juga sebagai lembaga yang mengatur dan mengelola perkawinan secara umum, termasuk sebagai sarana untuk menjaga supaya tujuan perkawinan tersebut tercapai. Lembaga pemerintah ini sebenarnya tidak hanya berkaitan dengan perkawinan tetapi mengatur masalah hukum keluarga (*al-Aḥwāl al-shakhṣiyyah*) secara umum.

Peran lembaga-lembaga pemerintah ini tergambar dalam pasal-pasal KHI Bidang Perkawinan, antara lain dalam masalah-masalah sebagai berikut.

1. Pencatatan Perkawinan, Cerai dan Rujuk

Sebagaimana dikemukakan, peran lembaga pemerintah, dalam hal ini adalah KUA, berfungsi juga sebagai sarana untuk menjaga dan mewujudkan tujuan perkawinan. Salah satu cara untuk menjaga dan mewujudkan tujuan perkawinan tersebut adalah dengan menertibkan dan mengatur administrasi perkawinan, yang salah satunya adalah pencatatan nikah. Pencatatan ini merupakan bukti yang paling kuat bagi adanya ikatan suami isteri, sehingga di samping masing-masing akan lebih bertanggung jawab juga di kemudian hari tidak bisa ada yang mengingkarinya, baik dari pihak

¹¹⁷ Pemerintah memang berperan besar dalam menentukan perubahan masyarakat melalui aturan-aturan hukumnya, termasuk dalam bidang perkawinan di Indonesia. Mark Cammack, Lawrence A. Young, Tim Heaton, "Legislating Social Change in an Islamic Society: Indonesia's Marriage Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996, 73. Peran tersebut, khususnya Pengadilan Agama, menjadi semakin kuat setelah pindah dari Kementerian Agama ke Mahkamah Agung pada bulan Juni tahun 2004. Mark E. Cammack and R. Michael Feener, "The Islamic Legal System in Indonesia", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 21 NO. 1, Januari 2012, 26.

suami isteri ataupun pihak lain. Oleh karena itu, KHI mengatur masalah pencatatan perkawinan tersebut sebagaimana dalam beberapa pasal di bawah ini.

Pasal 5

- (1) Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat.
- (2) Pencatatan perkawinan tersebut apada ayat (1), dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No.22 Tahun 1946 jo Undang-undang No. 32 Tahun 1954.¹¹⁸

Pasal 6

- (1) Untuk memenuhi ketentuan dalam pasal 5, setiap perkawinan harus dilangsungkan dihadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah.
- (2) Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan Hukum.¹¹⁹

Pasal 7

- (1) Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.
- (2) Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan itsbat nikahnya ke Pengadilan Agama.¹²⁰

Dengan demikian, supaya berkekuatan hukum, perkawinan di Indonesia harus dicatat di hadapan pegawai pencatat nikah yang

¹¹⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 15

¹¹⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 15

¹²⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 15

kemudian ditulis dalam akta nikah. Akta nikah ini merupakan bukti yang otentik bahwa telah terjadi pernikahan antara suami dan isteri yang bersangkutan, sehingga tidak ada pihak yang dapat mengingkarinya dan konsekuensi-konsekuensi yang ditimbulkan dari perkawinan ini menjadi berkekuatan hukum. Anak yang dilahirkan, misalnya, akan diakui negara sebagai anak sah dari pasangan suami isteri tersebut, sehingga hak nafkah, hubungan nasab dan hak warisnya dilindungi oleh negara.

Sebagaimana pernikahan, perceraian juga harus dicatat dan dibuktikan dengan surat cerai dari Pengadilan Agama, karena akan memiliki konsekuensi dan hukum berbeda, khususnya berkaitan dengan isteri dan anaknya.¹²¹ Oleh karena itu pasal 8 KHI menyatakan:

Pasal 8

Putusnya perkawinan selain cerai mati hanya dapat dibuktikan dengan surat cerai berupa putusan Pengadilan Agama baik yang berbentuk putusan perceraian, ikrar talak, khuluk atau putusan taklik talak.¹²²

Begitu pula, apabila terjadi rujuk, yang berarti hak dan kewajiban dalam perkawinan akan kembali lagi, maka juga harus dicatat di Kantor Urusan Agama. Hal ini dikemukakan dalam beberapa pasal dalam KHI, yang antara lain:

Pasal 10

Rujuk hanya dapat dibuktikan dengan kutipan Buku Pendaftaran Rujuk yang dikeluarkan oleh Pegawai Pencatat Nikah.¹²³

¹²¹Mengenai semakin pentingnya kedudukan dan peran Peradilan Agama ini, lihat misalnya Achmad Gunaryo, *Pergumulan Politik & Hukum Islam: Reposisi Peradilan Agama dari Peradilan "Pupuk Bawang" Menuju Peradilan Sesungguhnya* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006).

¹²² *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 16

¹²³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 17

Pasal 166

Rujuk harus dapat dibuktikan dengan Kutipan Buku Pendaftaran Rujuk dan bila bukti tersebut hilang atau rusak sehingga tidak dapat dipergunakan lagi, dapat dimintakan duplikatnya kepada instansi yang mengeluarkannya semula.¹²⁴

Pencatatan nikah, cerai dan rujuk menjadi sangat penting secara administratif karena berkaitan dengan status pernikahan dan konsekuensi hukum yang mengikutinya. Dari uraian di atas terlihat secara implisit bahwa tujuan adanya pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini adalah untuk menjaga hak-hak dari masing-masing anggota keluarga, baik suami, isteri maupun anak, sehingga secara metodologis dapat didasarkan pada metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu menetapkan hukum dengan didasarkan pada kemaslahatan yang sesuai dengan tujuan syariah (*maqāshid al-sharī'ah*), yaitu menjaga jiwa dan harta (*ḥifẓ al-nafs wa al-māl*) dari masing-masing anggota keluarga, bahkan menjaga kejelasan keturunan (*ḥifẓ al-nasl*). Namun demikian, pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini secara metodologis bisa juga didasarkan pada metode *al-qiyās*, yaitu analogi terhadap pencatatan hutang piutang yang dinyatakan dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 282.¹²⁵ Ayat tersebut memerintahkan bahwa apabila terjadi akad hutang piutang, maka harus ditulis, ayat tersebut berbunyi: *yā ayyuha alladhīna āmanū idhā tadāyantum bi dainin ilā ajalīn musamma fiktubūh* (wahai orang-orang beriman, apabila kamu sekalian melakukan akad hutang piutang, maka tulislah hutang tersebut).

Para ulama biasanya mengartikan kalimat perintah *fiktubūh* (tulislah akad hutang piutang itu) tersebut dengan makna anjuran atau sunnah (*li al-irshād* atau *li al-nadb*), namun sebenarnya apabila

¹²⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 75

¹²⁵ Mengenai pentingnya metode *al-Qiyās*, misalnya 'Alī Jum'ah, *Al-Mustalāḥ al-Uṣūlī wa Mushkilah al-Mafāhim* (Kairo: Dār al-Risālah, 2004), 51-53.

akad hutang piutang itu jumlahnya besar dan penting, perintah untuk menulis atau mencatat tersebut bisa menjadi harus atau wajib. Dalam metode *al-qiyās* ini, berarti *al-aṣl*-nya adalah akad hutang piutang, *al-farʿ*-nya adalah akad nikah, cerai dan rujuk, kemudian *ʿillat*-nya adalah supaya ada tanggung jawab dari para pihak dan tidak ada kezhaliman, dan hukumnya harus ditulis atau dicatat. Dengan demikian, hukum mencatatkan perkawinan, perceraian dan rujuk adalah sama dengan hukum mencatatkan akad hutang piutang sebagaimana disebutkan dalam ayat di atas. Bahkan, masalah perkawinan ini, berbeda dengan akad hutang piutang, disebut oleh Al-Qurān sebagai *mithāqan ghalīẓan*, suatu akad yang berupa ikatan kokoh.¹²⁶

Ketentuan pencatatan nikah, begitu pula dengan cerai dan rujuk, sudah menjadi aturan secara umum dalam undang-undang hukum keluarga di negara-negara muslim. Kebanyakan negara menetapkan bahwa pencatatan nikah ini merupakan ketentuan administrasi yang tidak mempengaruhi keabsahan pernikahan. Hanya saja yang membedakannya adalah tingkat ketegasan dari undang-undang di berbagai negara muslim tersebut, yaitu apakah meninggalkan ketentuan pencatatan nikah tersebut merupakan pelanggaran yang terkena sanksi atau tidak. Untuk menyebutkan sebagian negara yang memandang bahwa meninggalkan pencatatan adalah suatu pelanggaran adalah Pakistan dan Yordania, bahkan di Yaman dipandang sebagai perkawinan yang tidak sah dan di Iran diancam hukuman kurungan antara satu sampai 3 bulan. Landasan metodologis dari ketentuan ini adalah analogi terhadap akad jual beli yang harus dicatatkan,¹²⁷ juga *sadd al-dharīʿah* terhadap dampak

¹²⁶ QS. Al-Nisā (4): 21.

¹²⁷ Q.S. Al-Baqarah (2): 282.

buruk dari perkawinan yang tidak dicatatkan.¹²⁸ Dalam masalah pencatatan nikah ini, dengan demikian, terjadi perbedaan pendapat pada dua hal, yaitu apakah mempengaruhi keabsahan pernikahan ataukah hanya sebagai syarat administratif, dan apakah meninggalkannya merupakan pelanggaran hukum yang perlu disanksi ataukah tidak.

2. Perceraian melalui Pengadilan

Perceraian menurut KHI disamping harus dicatatkan, juga hanya dapat terjadi melalui sidang Pengadilan. Bahkan taklik talak yang sudah diucapkan oleh suami pun tidak serta merta jatuh tanpa melalui proses sidang terlebih dahulu di Pengadilan Agama. Ketetapan KHI ini berbeda dengan ketetapan dalam fikih mazhab, yang berpendapat bahwa talak dapat langsung jatuh dengan ucapan dari suami, bahkan apabila diucapkan dengan kata-kata yang jelas, tanpa niat pun tetap jatuh talaknya.¹²⁹ Menurut KHI, dengan demikian, perceraian, baik melalui talak, gugat cerai atau lainnya, selain cerai mati, baru terjadi setelah adanya keputusan pengadilan yang tetap. Ketetapan KHI ini antara lain tertuang dalam beberapa pasal sebagai berikut.

Pasal 46

- (1) Isi taklik talak tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam.
- (2) Apabila keadaan yang diisyaratkan dalam taklik talak betul-betul terjadi kemudian, tidak dengan sendirinya talak jatuh. Supaya talak sungguh-sungguh jatuh, isteri harus mengajukan persoalannya ke pengadilan Agama.

¹²⁸ Ahmad al-Khumashi, *Al-Ta'liq 'alā Qānūn al-Akhwāl al-Shakhsīyyah*, I: 231. M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 59, 72 dan 211-212.

¹²⁹ Taqiyyuddin, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 84.

- (3) Perjanjian taklik talak bukan salah satu yang wajib diadakan pada setiap perkawinan, akan tetapi sekali taklik talak sudah diperjanjikan tidak dapat dicabut kembali.¹³⁰

Pasal 115

Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan Agama setelah Pengadilan Agama tersebut berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.¹³¹

Pasal 123

Perceraian itu terjadi terhitung pada saat perceraian itu dinyatakan di depan sidang pengadilan.¹³²

Ketetapan KHI ini secara umum merupakan implementasi dari prinsip perceraian dalam hukum perkawinan Islam, yaitu perceraian adalah sesuatu yang halal tetapi dibenci oleh Allah (*abghad al-ḥalāl ilā Allah al-Ṭalāq*) dan perceraian harus dilakukan dengan cara yang baik (*taṣrīḥ bi iḥsān* atau *fariqūhunna bi ma'nūf*).¹³³ Kemudian dalam proses terjadinya perceraian tersebut, sebagaimana dikemukakan, dianjurkan adanya hakam atau mediator, dan hakam menurut KHI adalah Pengadilan Agama melalui para hakimnya. Dengan demikian, secara metodologis, ketentuan KHI ini didasarkan pada penerapan prinsip umum yang dikemukakan oleh *naṣṣ* secara jelas (*dalālah al-'ibārah*) dan implementasinya sesuai dengan konteks Indonesia saat ini (*al-'urf*). Di samping itu, ketentuan KHI yang memandang bahwa ucapan talak suami di luar sidang pengadilan dianggap tidak sah di satu sisi, dan di sisi yang lain isteri juga memiliki hak untuk mengajukan gugatan cerai ke

¹³⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 29-30

¹³¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 56

¹³² *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 59

¹³³ QS. Al-Baqarah (2): 229 dan 231. QS. Al-Ṭalāq (65): 2.

pengadilan, ini secara metodologis-Ushul Fikih didasarkan pada metode *sadd al-dhari'ah* untuk suami dan *fath al-dhari'ah* untuk isteri. Dalam arti, hak talak suami dibatasi dan jalannya sedikit dihambat (*sadd*) dengan adanya batasan harus di sidang pengadilan, sementara hak isteri diberi jalan dengan membuka peluang (*fath*) untuk dapat mengajukan gugatan cerai ke pengadilan agama. Dengan demikian, pasangan suami isteri hanya bisa mengajukan ke pengadilan agama apabila hendak bercerai, karena pengadilan agama itulah sebagai hakim yang dapat memutuskan perceraian tersebut.

Ketentuan mengenai perceraian harus melalui sidang pengadilan ini telah menjadi aturan hampir di seluruh negara-negara muslim. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah Turki, Siprus, Tunisia, Aljazair, Maroko, Sudan, Yordania, Syria, Iran dan Irak. Di Turki dan Siprus, misalnya, dinyatakan bahwa talak hanya dapat dilakukan melalui putusan pengadilan, dan yang dapat mengajukan cerai ke pengadilan tersebut baik dari pihak suami ataupun pihak isteri. Di Iran, seorang suami dapat mengucapkan talak setelah terlebih dahulu mendapatkan surat keterangan tidak dapat hidup rukun dari pengadilan. Sementara di Pakistan suami dapat menjatuhkan talak di luar pengadilan, namun setelah itu harus melaporkannya ke pejabat pencatatan perceraian yang kemudian akan membentuk Dewan Hakim (Arbitrasi) untuk mendamaikan keduanya. Namun apabila setelah 90 hari proses hakim tersebut gagal, maka talak tersebut berlaku.¹³⁴ Terlepas dari perbedaan yang ada, perceraian di negara-negara muslim tersebut hanya dapat terjadi apabila sudah melalui lembaga peradilan. Hal ini didasarkan pada prinsip mempersulit terjadinya perceraian, karena perceraian merupakan hal halal yang dibenci Allah SWT dan juga

¹³⁴ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 212-213.

memfungsikan lembaga hakim yang dinyatakan dalam QS. An-Nisā (4) ayat 35.¹³⁵

3. **Perselisihan Perkawinan**

Pengadilan Agama pada dasarnya menjadi tempat bagi terjadinya perselisihan hukum keluarga yang terjadi di antara umat Islam. Dalam kaitannya dengan hukum perkawinan, selain masalah perceraian di atas, KHI juga memberi wewenang Pengadilan Agama untuk menyelesaikan masalah harta bersama dan masalah hadhanah, sebagaimana dinyatakan dalam pasal-pasal di bawah ini.

Pasal 88

Apabila terjadi perselisihan antara suami isteri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama.¹³⁶

Pasal 156

Akibat putusanya perkawinan karena perceraian ialah antara lain: e. bilamana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), dan (d); f. pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.¹³⁷

¹³⁵ Maḥmūd ‘Ali al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah*, 463-467.

¹³⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 47

¹³⁷ Secara lengkap pasal 156 ini berbunyi: Akibat putusanya perkawinan karena perceraian ialah: a. anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadhanah dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh: 1. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; 2. ayah; 3. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; 5. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah. b. anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk

Adanya Pengadilan Agama sebagai tempat perselisihan dalam perkawinan menunjukkan bahwa lembaga pemerintah tidak hanya berupaya turut serta mewujudkan tujuan perkawinan ketika pada awal akad nikah, tetapi juga mengawalinya selama masa pernikahan. Kalaupun perkawinan tidak dapat dipertahankan, maka lembaga pemerintah juga menjaga hak masing-masing, terutama hak-hak yang dimiliki isteri dan anak yang menyangkut nafkah dan harta perkawinan. Putusan pengadilan terhadap perselisihan perkawinan tersebut mengikat para pihak yang berperkara, sebagaimana kaidah *ḥukm al-ḥākim mulzimun wa yarfa'ū al-khilāf* (keputusan hakim itu mengikat dan menghilangkan perselisihan). Pembahasan tentang hakim dan peradilan ini banyak dibahas dalam buku-buku fikih dengan judul kitab *al-'aqḍiyah* (bab masalah peradilan), yang pembahasannya didasarkan pada ayat-ayat Al-Qur'an, Hadis dan juga sejarah peradilan Islam.¹³⁸

Seiring dengan adanya kodifikasi hukum keluarga Islam di negara-negara muslim, maka lembaga peradilan yang umumnya sudah ada menjadi semakin kuat dan menjadi rujukan bagi orang yang ingin mencari keadilan, termasuk dalam sengketa mengenai hukum keluarga. Dengan kodifikasi undang-undang hukum keluarga tersebut, berarti pengadilan memiliki hukum materiil sebagai dasar bagi putusan yang dibuat. Lembaga peradilan ini bersifat

mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya; c. apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaann kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula; d. semua biaya hadhanah dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun); e. bilamana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), dan (d); f. pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 72-73

¹³⁸Misalnya Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 256.

independen dan tidak boleh ada campur tangan dari pemerintah, apalagi dari para pihak yang berperkara. Oleh karena itu, di Iran, misalnya, walaupun ada lembaga arbitrase, namun hanya masalah yang ringan yang ditangani dan itupun apabila para pihak menyetujuinya untuk diselesaikan oleh lembaga arbitrase tersebut. Permasalahan yang rumit dan perselisihan perkawinan dan perceraian yang berbelit-belit membutuhkan pengadilan sebagai tempat penyelesaian perselisihan masalah perkawinan.¹³⁹ Hal yang terjadi di Iran ini merupakan gambaran umum peran pengadilan agama dalam menyelesaikan perselisihan masalah perkawinan di negara-negara muslim lainnya, tidak terkecuali di Indonesia dengan peradilan agamanya. Secara metodologis-Ushul Fikih, penggunaan pengadilan agama dalam masalah perselisihan perkawinan di atas merupakan perwujudan dari lembaga hakam sebagaimana disebutkan dalam QS. An-Nisā (4) ayat 35 dan juga Hadis Nabi SAW yang menyatakan bahwa apabila terjadi perselisihan, dalam hal ini wali dan mempelai perempuan, maka pemerintah adalah sebagai wali bagi orang yang tidak memiliki wali. Dari Hadis ini ulama mazhab dan juga undang-undang negara muslim sepakat bahwa perselisihan perkawinan diselesaikan oleh hakim di pengadilan.¹⁴⁰

Dari uraian di atas terlihat bahwa dalam KHI Bidang Perkawinan terdapat banyak pembaruan yang dilakukan, baik yang menyangkut tentang kesetaraan suami dan isteri, masalah hak-hak anak, maupun masalah peran lembaga pemerintah dalam perkawinan. Kemudian, pembaruan tersebut tidak saja menyangkut relasi masing-masing anggota keluarga, yaitu antara suami dan istri serta antara orang tua dan anak, dan lembaga pemerintah yang

¹³⁹M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 63.

¹⁴⁰Hadis riwayat Al-Darimī dan Abū Dawūd tersebut berbunyi: *fa in ishtajarū fa al-sulfān waliyyu man lā waliyya lahu*. Maḥmūd ‘Ali al-Shartāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, 97-98.

mengawalnya, tetapi juga secara metodologis-Ushul Fikih dapat dipertanggungjawabkan. Apabila ditarik lebih umum, pembaruan yang didasarkan pada metode-metode penyimpulan hukum sebagaimana dikemukakan di atas bermuara pada *maqāṣid al-sharī'ah*, khususnya perlindungan keluarga (*ḥifẓ al-usrah*), sebagaimana digagas oleh Ibnu 'Ashūr.¹⁴¹

Pembaruan KHI bidang perkawinan, sebagaimana yang dikemukakan berupaya mengangkat hak-hak perempuan, hal ini selaras dengan piagam PBB tentang Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia (DUHAM) yang menegaskan prinsip-prinsip HAM yang berpegang pada martabat dan nilai-nilai kemanusiaan serta hak-hak yang sama antara laki-laki dan perempuan. Prinsip dasar DUHAM tersebut antara lain diimplementasikan pada konvensi CEDAW tahun 1979 yang bertujuan untuk menghapus segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan.¹⁴²

Adapun prinsip-prinsip konvensi CEDAW adalah: *Pertama*, prinsip non diskriminasi, yaitu untuk menghapus setiap diskriminasi terhadap perempuan. Pasal 1 konvensi perempuan secara tegas menyebutkan bahwa diskriminasi terhadap perempuan adalah “*Setiap perbedaan, pengecualin atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan hak-hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh kaum perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan*”. *Kedua*, prinsip Persamaan (keadilan *substantive*), menyadari bahwa perbedaan antara laki-laki dan perempuan akibat dari konstruksi budaya yang

¹⁴¹Dikutip oleh Jaser Audah, *Al-Maqāṣid untuk Pemula*, terjemah dari *Maqāṣid Al-Sharī'ah: A Beginner's Guide* (Yogyakarta: Suka Press, 2013),52-53.S

¹⁴² Sri Wijayanti Eddyono, *Hak Asasi Perempuan Dan Konvensi CEDAW, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X*, (Jakarta: ELSAM, 2004), 5

diskriminatif sejak lama dan berdampak pada tidak dihargainya peran reproduksi perempuan. Dalam mukaddimah konvensi perempuan menekankan *“perlu adanya perubahan dalam peranan tradisional kaum laki-laki dan perempuan dalam masyarakat dan dalam keluarga, untuk mencapai persamaan sepenuhnya antara laki-laki dan perempuan”*. Pendekatan persamaan ini tidak semata-mata melihat adanya kesempatan yang sama, melainkan menekankan dengan sungguh-sungguh hasil yang sama. Sehingga proses yang berbeda untuk mencapai hasil yang sama sangat disarankan. Pendekatan kesempatan yang sama seperti tercantum dalam DUHAM tentang hak sipil, politik, ekonomi, sosial dan budaya agar dapat secara sungguh-sungguh dilaksanakan untuk perempuan, oleh karena itu perlu dilakukan langkah-langkah yang tepat berupa perlindungan dan kebijakan khusus yang sesuai dengan situasi perempuan. *Ketiga*, Prinsip kewajiban negara, adalah kewajiban negara yang utama untuk menjalankan konvensi agar hak-hak perempuan dapat dinikmati oleh kaum perempuan meliputi kewajiban di dalam bidang hukum, politik, sosial, ekonomi dan budaya.¹⁴³

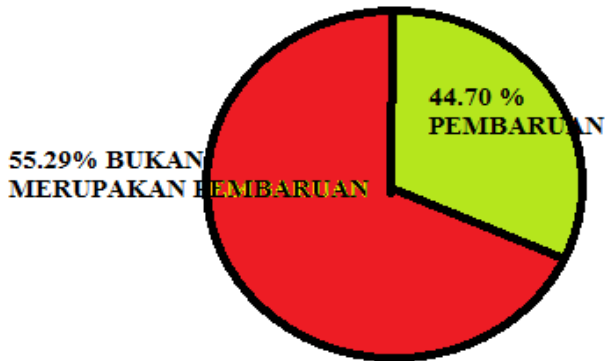
Dengan demikian Pasal-pasal pembaruan KHI bidang perkawinan sejalan dengan prinsip-prinsip CEDAW tersebut, yang berusaha untuk mengangkat hak-hak perempuan seperti dengan adanya larangan pernikahan di bawah umur, memberikan hak gugat cerai kepada perempuan apabila merasa dirugikan dalam perkawinannya, persetujuan calon mempelai perempuan yang merupakan syarat mutlak bagi sahnya perkawinan, hak perempuan terhadap harta bersama, dan menjadikan Pengadilan Agama sebagai

¹⁴³ UU No. 7 tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita. Lihat juga Sri Wijayanti Eddyono, Hak Asasi Perempuan Dan Konvensi CEDAW, *Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X. 7*

tempat untuk mencari keadilan bagi perempuan yang memiliki permasalahan perkawinan.

Namun demikian, dalam KHI belum semua pasalnya mengakomodir problem-problem kontemporer, sehingga banyak juga pasal-pasal yang belum mengalami pembaruan dan masih berpegang teguh pada pendapat yang ada dalam fikih mazhab klasik dan secara umum masih belum sesuai dengan prinsip-prinsip anti diskriminasi yang ada dalam CEDAW diatas. Materi hukum yang terkandung dalam KHI Bidang Perkawinan, apabila dicermati, kebanyakan masih merujuk dan mengikuti pendapat-pendapat fikih mazhab klasik, terutama mazhab Syafi'i. Bahkan aturan-aturan fikih mazhab yang sebenarnya kurang sesuai untuk diterapkan pada masa sekarang pun masih diikuti oleh KHI Bidang Perkawinan. Padahal, di samping pendapat yang kurang sesuai tersebut, sebenarnya ada pendapat ulama mazhab yang lebih sesuai. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah keharusan adanya wali nikah dan harus laki-laki (pasal 19 dan 20), saksi nikah juga harus laki-laki (pasal 25), sehingga perempuan tidak memiliki hak untuk menjadi wali maupun saksi. Begitu pula perkawinan beda agama tidak dimungkinkan baik bagi laki-laki maupun perempuan (pasal 40 dan 44), poligami masih terbuka untuk dilakukan dengan syarat yang tidak terlalu ketat (pasal 55-59), dan posisi istri yang masih inferior dalam keluarga, seperti istri adalah ibu rumah tangga dan suami adalah kepala keluarganya (pasal 79), kewajiban istri adalah berbakti kepada suami (pasal 83), dan hanya istri yang mungkin melakukan nusyuz (pasal 84). Pasal-pasal tersebut dalam konteks sekarang rentan untuk disalah gunakan oleh suami untuk melakukan tindakan subordinatif terhadap istri.

Apabila digambarkan dengan menggunakan prosentase pasal-pasal KHI bidang perkawinan yang sudah melakukan pembaruan dan pasal-pasal yang belum melakukan pembaruan adalah sebagai berikut:



Di samping itu, KHI yang dalam prakteknya digunakan sebagai hukum materil di Pengadilan Agama, belum mencerminkan sebagai aturan perundang-undangan dalam pengertiannya yang modern. Hal ini karena KHI Bidang Perkawinan masih kental dengan nuansa fikihnya yang sama sekali tidak mengandung sanksi hukum, sehingga aturan-aturan yang ada, termasuk aturan-aturan pembaruannya, tidak memiliki daya paksa dan seakan-akan hanya bersifat anjuran, dan bukan sebagai perintah dan larangan yang positif. Namun demikian, di samping mayoritas pasal-pasal yang masih kental dengan fikih mazhab klasik, terdapat pasal-pasal yang berupaya untuk melakukan pembaruan yang disesuaikan dengan konteks sekarang, dan dalam tingkat tertentu muatan pasal-pasal tersebut berbeda sama sekali dengan pendapat yang ada dalam fikih mazhab klasik. Dengan demikian, secara singkat, pasal-pasal KHI Bidang Perkawinan ini dapat diklasifikasikan menjadi tiga bagian, yaitu pertama, pasal-pasal yang masih mengikuti fikih mazhab klasik, dan ini ada yang masih sesuai dan ada yang sudah tidak sesuai untuk konteks kontemporer saat ini, kedua, pasal-pasal pembaruan yang merupakan hasil revisi pendapat mazhab dominan yang dirumuskan melalui *takhayyur* antar mazhab. Dan yang ketiga pasal-pasal yang memang berbeda sama sekali dengan fikih mazhab dan melakukan pembaruan secara liberal.

Pembahasan mengenai pasal-pasal pembaruan dalam KHI Bidang perkawinan ini penting dilakukan setidaknya untuk melihat sejauhmana pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan dan pengembangan apa yang perlu dilakukan untuk memperbaiki dan menyesuaikan KHI Bidang Perkawinan tersebut dengan konteks Indonesia sekarang. Sejauhmana pembaruan KHI Bidang perkawinan ini dalam konstruksi Ushul Fikih dari KHI secara umum, ini akan dibahas pada bab selanjutnya.

Bab V

Kerangka Metodologis dan Respon Terhadap KHI Bidang Perkawinan

A. Kerangka Metodologis-Ushul Fikih dalam Pembaruan KHI Bidang Perkawinan

Dalam melakukan pembaruan, KHI Bidang Perkawinan, sebagaimana dikemukakan dalam bab sebelumnya, pada tingkat tertentu berupaya untuk mewujudkan kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, meningkatkan perlindungan terhadap hak anak, serta menertibkan administrasi perkawinan melalui peran pemerintah yang diwakili terutama oleh Kantor Urusan Agama dan Peradilan Agama. Dalam melakukan pembaruan tersebut, secara metodologis-ushul fikih, KHI Bidang Perkawinan menggunakan metode-metode baik melalui pendekatan bahasa (*qawā'id lughawiyah*) yang merujuk pada nash Al-Qur'an dan As-Sunnah maupun melalui pendekatan makna (*qawā'id ma'nawiyah*) yang merujuk pada kausa hukum ('illat), maṣlaḥah atau *maqāsid ash-shari'ah*. Kemudian dalam penetapan pembaruan tersebut, KHI juga berupaya mempertimbangkan konteks masyarakat yang ada di Indonesia.

Namun demikian, untuk melihat sejauhmana pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan tersebut perlu dilihat dan dianalisis kerangka Ushul Fikih yang dibangun. KHI Bidang Perkawinan sendiri sebenarnya tidak menjelaskan kerangka metodologi yang digunakan, namun dari materi hukum yang ada, nalar hukum dan kerangka metodologinya dapat ditelusuri. Dengan demikian, apa yang dilakukan dalam penelitian ini sama halnya dengan para ulama mazhab Hanafi ketika menyusun kerangka Ushul Fikih mazhabnya, yaitu dengan cara melihat dan meneliti secara

induktif dari pendapat-pendapat fikih Abu Hanifah.¹ Landasan metodologi-Ushul Fikih yang digunakan oleh KHI Bidang Perkawinan dalam melakukan pembaruannya, dapat dilihat dalam tabel di bawah ini. Urutan pembahasan dalam bab ini didasarkan pada jenis metode dan landasan yang digunakan, yaitu interpretasi kebahasaan terhadap *naṣṣ*, penggunaan *Al-Qiyās*, ataupun penggunaan metode yang didasarkan pada *Maslahah*, walaupun kadang-kadang landasan yang digunakan tersebut tidak hanya satu jenis metode tetapi juga merupakan gabungan dari beberapa metode.

1. Interpretasi Kebahasaan terhadap *naṣṣ*

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
1	Membatasi Poligami	Pasal 55-59	Didasarkan pada makna <i>an-naṣ</i> QS. An-Nisā (4) ayat 3, bukan makna <i>zāhir</i> -nya, yaitu makna yang dimaksud oleh suatu ayat karena makna tersebut sesuai dengan konteks ketika ayat itu diturunkan. ² Dilihat dalam konteks masyarakat Arab saat itu, praktek poligami merupakan hal yang lazim, bahkan seorang laki-laki dapat memiliki belasan atau puluhan istri. Ayat 3 QS. An-Nisā di atas bermaksud untuk membatasi praktek poligami yang berlaku saat itu, bukan

¹ Muhammad Abū Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh* (TTP: Dār al-Fikr al'Arābi,t.t.), 21-22.

² Sa'd Ibn Naṣīr ash-Shatsari, *Al-Qaṭ'u wa az-Zann 'Inda al-Uṣūliyyin* (Riyād: Dār al-Habīb, 1997), II: 364. 'Alī Jum'ah, *Aliyyat al-Ijthād* (Kairo: Dār ar-Risalah, 2004), 55.

			<p>membolehkan apalagi menganjurkan praktek poligami.³ Di samping itu, ketentuan poligami dalam KHI ini sesuai dengan kaidah yang memandang bahwa konteks masyarakat saat ayat tersebut turun merupakan hal yang penting sebagai acuan untuk memahami ayat (<i>al-‘ibrah bi khusūṣ as-sabab lā bi ‘umūm al-lafz</i>). Sementara itu, syarat-syarat poligami yang dikemukakan dalam pasal-pasal KHI merupakan upaya kontekstualisasi maksud ayat dengan konteks masyarakat Indonesia sekarang.</p>
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Dalam memahami ayat poligami, khususnya Q.S An-Nisā (4) ayat 3, secara metodologis para ulama dan kebanyakan masyarakat muslim sampai dengan sekarang, lebih banyak menggunakan makna *ẓāhir*, yaitu makna yang segera dipahami dari ayat tersebut tanpa melihat konteks ketika ayat tersebut turun. Sementara KHI pasal 55-59 lebih cenderung untuk menggunakan makna *Nasṣ* untuk memahami ayat poligami tersebut. Dalam ilmu Ushul Fikih, makna *nasṣ* ini lebih kuat dari pada makna *ẓāhir*, karena urutan dari yang terkuat ke yang lemah adalah *Muḥkam, Mufassar, nasṣ, Ẓāhir, Khafi, Mushkil, Mujmal dan Mutashabih*.⁴ Mengenai pembatasan

³Dalam berbagai riwayat dinyatakan bahwa para sahabat yang masuk Islam dan memiliki istri lebih dari empat, maka harus membatasi hanya pada empat istri serta menceraikan yang lainnya. Misalnya Ghailan yang memiliki sepuluh orang isteri dan Naufal Ibn Mu’āwiyah yang memiliki lima orang isteri. Taqiyyuddin al-Husaini, *Kifāyah al-Akhyār fi Halli Ghayār al-Ikhtisār* (Pekalongan: Maṭba’ah Raja Murah, t.t.), II: 38.

⁴*Muḥkām* adalah lafad yang petunjuk maknanya sangat jelas sehingga tidak dapat untuk diinterpretasi lain bahkan tidak dapat dihapus (*naskh*), *mufassar* adalah lafad yang petunjuk maknanya sangat jelas dan tidak dapat diinterpretasi lain

poligami ini, bahkan Tunisia, misalnya, melarang sama sekali praktek poligami. Sanksi bagi pelaku poligami adalah penjara selama satu tahun dan denda 24.000 Frank.⁵ Secara metodologis, pelarangan poligami tersebut sudah tidak menggunakan interpretasi bahasa, tetapi sudah menggunakan *al-Istiḥsān*, yaitu mengecualikan ayat poligami dengan pertimbangan kemaslahatan, dan juga menggunakan *sadd adh-dharī'ah*, karena menganggap praktek poligami dalam masyarakat Tunisia sudah mengarah pada kemafsadatan. Padahal dalam hukum Islam kemafsadatan atau kerusakan tersebut harus dihilangkan, bahkan didahulukan dari pada mengambil kemanfaatan yang mungkin juga timbul, sebagaimana kaidah: *Al-Darār yuzālū* (Kemadaratan harus dihilangkan)⁶ dan kaidah: *Dar'u al-mafāsīd aulā min jalb al-masāliḥ* (Menolak kemafsadatan lebih utama dari pada mengambil kemanfaatan).⁷ Dengan demikian, KHI, berbeda dengan aturan perundangan di

namun masih mungkin untuk dihapus, *naṣṣ* adalah lafadz yang petunjuk maknanya jelas dan sesuai dengan konteks kalimat serta masih dapat menerima interpretasi lain, *ẓāhir* adalah lafad yang petunjuk maknanya jelas tetapi bukan yang dimaksud oleh konteks kalimat serta dapat menerima interpretasi makna lain, *khāfi* adalah lafad yang petunjuk maknanya jelas namun tersembunyi oleh sebab lain dan menimbulkan interpretasi ketika diterapkan, *mushkil* adalah lafad yang petunjuk terhadap maknanya tidak jelas baik disebabkan tidak ada penjelasan yang memadai ataupun karena memang mengandung multi-makna, *mujmal* adalah lafad yang petunjuk maknanya tidak jelas sehingga masih memerlukan penjelasan lebih lanjut dari pembicaranya, dan *mutashābih* adalah lafad yang petunjuk maknanya tidak dapat diketahui karena ketidakjelasannya. Untuk lebih lanjut, misalnya dapat dilihat pada Wahbah az-Zuhāifi, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī* (Damaskus: Dār al-Fikr, 1986), I: 312-347.

⁵Menurut Esposito, pelarangan poligami di Tunisia ini dipengaruhi oleh pandangan Muhammad Abduh yang menyatakan bahwa syarat adil dalam QS. An-Nisa (4) ayat 3 sangat sulit bahkan hampir tidak mungkin dapat dilaksanakan sebagaimana dinyatakan dalam ayat 129 surat yang sama. John L. Esposito, *Women in Muslim Family Law* (New York: Syracuse University Press, 1982), 92-93.

⁶ Jalaluddin al-Suyūṭī, *Al-Ashbah wa al-Nazāir fi al-Furū'* (Tnp.: Dār al-Fikr, t.t.), 59.

⁷ 'Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damaskus: Dār al-'Ilm, 1986), 170.

Tunisia yang sangat progresif, secara metodologis masih menggunakan interpretasi bahasa karena memang masalah poligami ini tertuang secara tekstual dalam *naṣṣ* Al-Qur'an. Di sinilah terlihat bahwa KHI masih berupaya mendialogkan antara *naṣṣ* dan *maslaḥah*.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
2	Persetujuan rujuk dari Isteri	Pasal 163-165	Interpretasi terhadap QS. Al-Baqarah (2) ayat 228 yang berbunyi: “ <i>wa bu’ūlatuhunna aḥaqqu bi raddihinna</i> ” (para suami lebih berhak untuk merujuk isteri-isteri mereka) tidak hanya didasarkan pada makna tersurat dari <i>naṣ</i> (<i>dalālah al-‘ibārah</i>), tetapi juga makna yang tersirat (<i>dalālah al-ishārah</i>), yaitu apabila suami lebih berhak (<i>aḥaqq</i>) dalam masalah rujuk, berarti isteri juga memiliki hak walaupun sedikit dan bersifat pasif. Atas dasar itu, pasal 163 KHI menyatakan bahwa suami lah yang memiliki hak rujuk, namun isteri, sebagaimana dikemukakan dalam pasal 164 dan 165 KHI di atas, juga berhak untuk keberatan apabila tidak dimintai persetujuan terlebih dahulu.

Sebagaimana pembatasan poligami, KHI juga menggunakan interpretasi bahasa untuk menetapkan bahwa rujuk harus sepersetujuan isteri. Hanya saja interpretasi bahasa tersebut menggunakan *dalālah ishārah*, yaitu makna tersirat dari suatu *naṣṣ*. Atas dasar itu, KHI tetap menyatakan bahwa hak rujuk adalah tetap milik suami, sebagaimana makna tersuratnya (*dalālah ‘ibārah*), hanya saja isteri dapat mengajukan keberatan apabila tidak setuju

terhadap rujuk tersebut. Hal ini lebih progresif dari pada pendapat umumnya ulama mazhab bahwa rujuk, sebagaimana talak, adalah hak prerogatif suami, dan isteri harus menerima keputusan suami untuk rujuk atau tidak. Atas dasar itu, muncul pendapat ulama bahwa rujuk *bi al-fi'li* (dengan perbuatan) adalah sah, tanpa perlu membicarakannya terlebih dahulu dengan isteri.⁸ Landasan KHI pasal 163-165 dengan menggunakan *dalālah ishārah* (makna tersirat) tentu saja dipengaruhi oleh pertimbangan konteks masyarakat Indonesia (*al-'urf*) saat ini, dengan tanpa harus meninggalkan makna eksplisit dari nash. *Al-'Urf* dan *naṣṣ* berjalan seiring, karena keduanya sama-sama penting, sebagaimana kaidah: *Al-Ta'yin bi al-'urf ka al-ta'yin bi al-naṣṣ* (ketentuan dengan dasar kebiasaan masyarakat sama dengan ketentuan nash).⁹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
3	Masa berkabung	Pasal 170	Dalam hadis yang diriwayatkan oleh Al-Bukhari dan Muslim dinyatakan bahwa seorang perempuan tidak boleh berkabung terhadap jenazah kerabatnya yang meninggal dunia lebih dari tiga hari, kecuali terhadap suaminya maka masa berkabungnya adalah empat bulan sepuluh hari. ¹⁰ Secara metodologis-Ushul Fikih,

⁸Mālik dan Abū Hanīfah berpendapat bahwa rujuk dengan perbuatan (jimak) adalah sah asalkan disertai niat, sementara menurut Ash-Shāfi'ī tidak boleh, rujuk harus dengan perkataan karena dianalogikan dengan akad nikah. Ibnu Rusyd, *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyah al-Muqtaṣid* (Ttp.: Shirkah An-Nur Asia, t.t.), II: 64.

⁹Ali Ahmad al-Nadawi, *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*, 56. Pembahasan tentang *'urf* ini dapat dilihat antara lain pada Asmā Binti Abdillāh Musa, "al-'Urf Hujjiyyatuh wa Athāruhu al-Fiqhiyyah", *Al-Majallah al-'Arabiyyah li al-Dirāsāt al-Amniyyah wa al-Tadrīb*, Edisi 21, Nomor 41 Tahun 1428 H, 5-60. Hasanain Mahmud Hasanain, "Mafhūm al-'Urf fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah", *Majallah al-Sharī'ah wa al-Qanūn*, Nomor 3, Tahun 1409 H/1989 M, 97-146

¹⁰ Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 134.

		<p>hadis ini menjadi dasar bagi berkabungnya seorang isteri yang ditinggal mati suaminya, yaitu dengan pemahaman terhadap makna tersurat (<i>dalālah 'ibārah</i>) dalam hadis tersebut. Kata “isteri” dalam hadis tersebut merupakan kata yang tertera dalam <i>naṣ</i> (<i>al-mantūq bih</i>), sementara kata yang tidak tertera (<i>al-maskūt 'anhu</i>)-nya adalah “suami”. Secara metodologis-Ushul Fikih, metode yang menyamakan hukum <i>al-maskūt 'anhu</i> terhadap <i>al-mantūq bih</i> karena adanya kesamaan 'illat yang dapat dipahami secara bahasa, disebut dengan <i>dalālah ad-dalālah</i> (makna tersembunyi dari <i>naṣ</i>).¹¹ 'Illat dari adanya masa berkabung adalah perasaan sedih karena ditinggal oleh pasangan hidupnya. Ketika isteri ditinggal oleh suami, maka perasaan sedih itu muncul, dan begitu pula dengan suami ketika ditinggal mati oleh isterinya. Dalam hal ini, KHI mengikuti ketetapan dengan menggunakan metode <i>dalālah ad-dalālah</i> tersebut, yaitu suami juga memiliki masa berkabung, hanya saja lamanya masa berkabung tidak ditentukan dan diserahkan pada kepatutan dalam masyarakat.</p>
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹¹Ali Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashri' al-Islāmi* (Mesir: Dār al-Ma'ārif, 1971), 275-278.

Apabila dalam masalah rujuk KHI menggunakan dasar *dalālah ishārah* (makna tersirat), maka dalam masalah masa berkabung untuk suami ini KHI pasal 170 menggunakan *dalālah al-dalālah* (makna tersembunyi), yaitu makna yang lebih jauh lagi dari makna tersirat. Hanya saja, apabila diberlakukan secara konsisten, masa berkabung suami ini seharusnya sama dengan masa berkabung isteri, yaitu empat bulan sepuluh hari. Hukum yang disimpulkan dari makna tersembunyi seharusnya sama dengan hukum yang ada dalam makna tersuratnya (*dalālah ‘ibārah*), namun hal ini tidak dilakukan oleh KHI.¹² Pasal 170 KHI tidak menetapkan lamanya masa berkabung suami dan hanya menyerahkannya pada kepatutan masyarakat. Sesuai kaidah: *Al-‘Ādah muḥakkamah* (Adat kebiasaan masyarakat menjadi landasan hukum).¹³ Hal ini memperkuat nalar hukum KHI bahwa dalam satu sisi ingin lebih progresif untuk menyesuaikan dengan konteks masyarakat, namun di sisi lain tidak mau meninggalkan makna yang terkandung dalam *naṣṣ*.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
4	Batas minimal usia nikah	Pasal 15	Batas usia minimal untuk nikah 19 tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan ini secara umum didasarkan pada QS. An-Nisā (4) ayat 6 yang menyatakan: “ <i>wa ibtālu al-yatāmā ḥatta idhā balaghu an-nikāḥ</i> ” (Dan ujilah (didiklah) anak yatim itu sampai mencapai cukup

¹² Dalam buku Ushul Fikih, metode *dalālah ad-dalālah* ini dicontohkan antara lain dengan pemberlakuan hukum kaffarah jimak di siang hari bulan Ramadhan yang berupa memerdekakan budak, puasa dua bulan berturut-turut atau memberi makan enam puluh orang miskin. Secara tekstual kaffarah ini hanya diberlakukan bagi suami, tetapi dengan menggunakan metode *dalālah ad-dalālah* isteri juga dapat terkena kaffarah. Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī’*, 277-278.

¹³ Jalaluddin al-Suyuti, *Al-Ashbah wa al-Nazāir*, 63. ‘Ali Ahmad al-Nadawi, *Al-Qawa’id al-Fiqhiyyah*, 256.

			<p>umur untuk menikah). Kalimat “<i>ḥatta idhā balaghu an-nikāh</i>” dalam ayat di atas, yang secara literal berarti “sampai ketika mencapai cukup usia untuk menikah”, memberi makna bahwa ada “usia nikah” dan batasan minimalnya tentu saja tergantung pada tempat dan waktu serta keadaan masing-masing masyarakat. Penentuan batas minimal untuk menikah, dengan demikian, ditentukan oleh <i>al-‘urf</i> masing-masing masyarakat. Dengan demikian, secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai batas minimal usia menikah ini didasarkan pada makna tersurat (<i>dalālah al-‘ibārah</i>) dari ayat di atas dan juga <i>al-‘urf</i> Indonesia, yang tujuannya adalah untuk melindungi hak-hak anak supaya tidak dikawinkan dalam usia dini oleh walinya.¹⁴</p>
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari QS.An-Nisā (4) ayat 6 menyatakan adanya “usia untuk nikah”, walaupun tidak dijelaskan batasan usianya secara pasti. Oleh karena itu, secara metodologis, *al-‘urf* (konteks budaya masyarakat) sangat berperan untuk menentukan batas usia minimal nikah. Tentu saja pertimbangan *al-‘urf* ini juga tidak lepas dari adanya pertimbangan kemaslahatan bagi masyarakat. KHI pasal 15 menetapkan bahwa batas usia

¹⁴ Mengenai pentingnya *al-‘urf* dalam penetapan hukum Islam, misalnya As’ad ‘Abd al-Ghāni al-Kafrāwi, *Al-Istidlāl ‘Inda al-Uṣūliyyin* (Kairo: Dār as-Salām, 2005), 510-514.

minimal nikah bagi laki-laki adalah 19 tahun dan bagi perempuan 16 tahun. Namun demikian, apabila nanti ada perubahan batas usia minimal nikah ini, maka merupakan sesuatu hal wajar, karena budaya dan pandangan masyarakat Indonesia dari satu waktu ke waktu yang lain mengalami perkembangan.¹⁵ Dengan demikian, pada dasarnya KHI pasal 15 mendasarkan diri pada makna tersurat QS. An-Nisā (4) ayat 6, yang kemudian ditafsirkan dengan menggunakan *al-'urf* dan kemaslahatan masyarakat. Hal ini selaras dengan kaidah: *Isti'māl al-nāṣ ḥujjah yajib al-'amāl bih* (Praktek masyarakat merupakan hujjah yang harus diamalkan).¹⁶

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
5	Perkawinan wanita hamil	Pasal 53	Secara metodologis-Ushul Fikih, pendapat KHI ini didasarkan pada makna tersurat (<i>dalālah al-'ibārah</i>) dari QS. An-Nur (24) ayat 3 yang menyatakan <i>wa az-zāniyatu lā yankihūha illa zānin au mushrikun wa ḥurrima dhālika 'ala al-mu'minīn</i> (pezina perempuan tidak boleh menikah kecuali dengan pezina laki-laki atau orang musyrik, dan hal itu diharamkan bagi orang-orang beriman). Hanya saja dalam hal ini diimplementasikan khusus pada wanita hamil akibat zina, bukan wanita yang berprofesi sebagai pezina atau wanita penghibur.

¹⁵ Saat ini terdapat upaya *judicial review* ke Mahkamah Konstitusi mengenai batas usia minimal nikah dari 16 tahun untuk perempuan menjadi 18 tahun. <https://www.change.org/p/kepada-mahkamah-konstitusi-katakan-tidak-pada-pernikahan-anak-ubah-usia-sah-pernikahan-dari-16-ke-18-tahun>. Akses tanggal 14 Desember 2014.

¹⁶ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 56.

		<p>Karena bisa saja dalam masalah wanita penghibur ini, KHI berpendapat sama dengan mayoritas ulama, yaitu boleh menikah dengan siapa saja asalkan syarat rukunnya terpenuhi. Hal ini dapat disimpulkan secara implisit dari pasal-pasal yang ada. Dengan demikian, KHI telah melakukan pengkhususan makna terhadap pezina yang masih umum tersebut menjadi wanita hamil akibat zina. Pengkhususan seperti ini secara metodologis dapat dibenarkan, dan dalam hal ini makna umum tersebut dikhususkan oleh <i>al-'urf</i> atau realitas yang banyak terjadi di Indonesia, yaitu wanita hamil akibat zina yang umumnya secara adat harus dinikahkan.¹⁷ Alasan mengapa wanita yang telah hamil akibat zina tersebut dapat dinikahkan secara sah dengan pria yang menghamilinya adalah untuk menjaga hak-hak anak supaya ketika lahir anak tersebut sebagai anak sah yang memiliki hubungan darah dengan ayahnya. Dengan demikian, hak-hak yang lain seperti nasab dan nafkah akan terjamin sampai dia dewasa.</p>
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Perkawinan wanita hamil dengan laki-laki yang menghamilinya ini secara metodologis didasarkan pada makna

¹⁷Mengenai pengkhususan makna umum oleh *al-'urf* ini, misalnya Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī'*, 242.

tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari QS. An-Nūr (24) ayat 3 dengan pertimbangan *al-‘urf* masyarakat Indonesia. Dalam hukum adat beberapa masyarakat Indonesia diyakini bahwa wanita hamil harus segera dinikahkan sebelum bayinya lahir, walaupun bukan dengan laki-laki yang menghamilinya. Hanya saja, KHI menetapkan hanya laki-laki yang menghamili saja lah yang dapat mengawini wanita hamil tersebut. Hal ini menggambarkan bahwa KHI berupaya mendialogkan *al-‘urf* dengan *naṣṣ*, dan sekali-kali berupaya untuk tidak meninggalkan *naṣṣ* yang ada. Pengecualian *naṣṣ*oleh *al-‘urf* ini merupakan hal yang valid, karena dalam ilmu Ushul Fikih pertimbangan dan landasan (*qarīnah*) yang dapat menafsirkan suatu *naṣṣ* adalah *naṣṣ* yang lain, akal dan juga *al-‘urf*.¹⁸ Dengan demikian, kedudukan *al-‘urf* atau *al-‘adah* ini sangat penting dalam proses penetapan hukum Islam, oleh karena itu terdapat kaidah yang menyatakan: *Kullu mā shahida bihi al-‘ādah quḍiya bihi* (segala sesuatu yang dikonfirmasi oleh adat kebiasaan, maka sesuatu tersebut ditetapkan berdasarkan adat kebiasaan tersebut).¹⁹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
6	Pengasuhan anak	Pasal 98 dan 156	Pasal-pasal KHI berupaya memperhatikan dan melindungi hak-hak anak, sampai mengantarkannya ke masa dewasa. Secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai hak anak ini didasarkan pada makna tersurat (<i>dalālah al-‘ibārah</i>) dari ayat-ayat Al-Qurān dan Sunnah Nabi yang berkaitan dengan <i>al-haḍānah</i> , yang kemudian diimplementasikan

¹⁸ Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashri’*, 252-253 dan 240-243. Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh*, I: 298-299.

¹⁹ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 159.

			sesuai dengan konteks <i>al-‘urf</i> yang ada di Indonesia.
--	--	--	-------------------------------------------------------------

Ayat-ayat Al-Qurān misalnya QS. At-Taḥrīm (66): 6, QS. An-Nisā (4): 9, QS. Al-Isrā (17): 24 dan hadis-hadis Nabi tentang pemeliharaan anak²⁰ secara tersurat menegaskan pentingnya mengasuh dan mendidik anak serta menjaga hak-haknya. Secara metodologis, KHI 98 dan 156 berupaya untuk menerapkan makna eksplisit dari *naṣṣ* dengan disesuaikan dengan konteks *al-‘urf* masyarakat Indonesia. Sebagaimana dikemukakan, *al-‘urf* merupakan salah satu *qarīnah* atau dalil yang dapat membatasi dan menafsirkan makna dari suatu *naṣṣ*. Hanya saja *al-‘urf* yang dijadikan dasar pertimbangan hukum ini adalah *al-‘urf* atau *al-‘adah* yang berlaku dan dipraktekkan secara umum dalam masyarakat, sebagaimana kaidah: *Innamā tu’tabarū al-‘ādah idhā iṭṭaradat wa ghalabat* (Adat kebiasaan hanya dapat dipandang sebagai pertimbangan hukum apabila telah berlaku dan menyebar secara umum dalam masyarakat).²¹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
7	Perceraian melalui pengadilan	Pasal 46, 115 dan 123	Ketetapan KHI ini secara umum merupakan implementasi dari prinsip perceraian dalam hukum perkawinan Islam, yaitu perceraian adalah sesuatu yang halal tetapi dibenci oleh Allah (<i>abghaḍ al-ḥalāl ila Allah at-ṭalāq</i>) dan perceraian harus dilakukan dengan cara yang baik (<i>tasriḥ bi iḥsān</i> atau <i>fariqūhunna bi ma’ruf</i>). ²² Kemudian dalam proses terjadinya

²⁰ As-Sayyid Sābiq, *Fiqh as-Sunnah* (Beirut: Dār al-Fikr, 1998), II: 231-232.

²¹ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 56.

²² QS. Al-Baqarah (2): 229 dan 231. QS. At-Ṭalāq (65): 2.

		<p>perceraian tersebut, sebagaimana dikemukakan, dianjurkan adanya hakam atau mediator, dan hakam menurut KHI adalah Pengadilan Agama melalui para hakimnya. Dengan demikian, secara metodologis, ketetapan KHI ini didasarkan pada penerapan prinsip umum yang dikemukakan oleh <i>nass</i> secara jelas (<i>dalālah al-‘ibārah</i>) dan implementasinya sesuai dengan konteks Indonesia saat ini (<i>al-‘urf</i>). Di samping itu, ketetapan KHI yang memandang bahwa ucapan talak suami di luar sidang pengadilan dianggap tidak sah di satu sisi, dan di sisi yang lain isteri juga memiliki hak untuk mengajukan gugatan cerai ke pengadilan, ini secara metodologis-Ushul Fikih didasarkan pada metode <i>sadd al-dharī’ah</i> untuk suami dan <i>fath al-dharī’ah</i> untuk isteri. Dalam arti, hak talak suami dibatasi dan jalannya sedikit dihambat (<i>sadd</i>) dengan adanya batasan harus di sidang pengadilan, sementara hak isteri diberi jalan dengan membuka peluang (<i>fath</i>) untuk dapat mengajukan gugatan cerai ke pengadilan agama. Dengan demikian, pasangan suami isteri hanya bisa mengajukan ke pengadilan agama apabila hendak bercerai, karena pengadilan agama itulah sebagai hakam yang dapat memutuskan perceraian tersebut.</p>
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Perceraian yang dalam fikih mazhab merupakan hak prerogatif suami, oleh KHI Pasal 46, 115 dan 123 hak tersebut diberikan ke pengadilan, sehingga suami dan isteri hanya dapat mengajukan permohonan talak atau gugatan cerai, sementara perceraian tersebut terjadi atau tidak adalah didasarkan pada putusan pengadilan. Perceraian melalui pengadilan ini pada dasarnya merupakan implementasi dari makna yang tersurat (*dalālah ‘ibārah*) dari prinsip-prinsip perceraian, yaitu sesuatu yang dibenci oleh Allah sehingga dalam prosesnya perlu ada hakam (mediator, hakim). Dalam konteks saat ini lembaga hakam ini diwujudkan dalam bentuk lembaga peradilan. Hakim dalam lembaga peradilan ini sama dengan hakam, bahkan pihak ayah, dalam keluarga, hal ini sebagaimana dinyatakan dalam kaidah: *Al-Infāq bi amr al-qāḍī ka al-infāq bi amr al-abb* (memberi nafkah dengan dasar perintah hakim sama halnya dengan memberi nafkah atas dasar perintah ayah).²³ Dengan demikian, sekali lagi, KHI melakukan interpretasi dan implementasi *naṣṣ* dengan menggunakan *al-‘urf* sebagai *qarīnah* untuk mengimplementasikan maksud *naṣṣ* sesuai dengan konteks masyarakat.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
8	Perselisihan perkawinan	Pasal 88 dan 156	Adanya Pengadilan Agama sebagai tempat perselisihan dalam perkawinan menunjukkan bahwa lembaga pemerintah tidak hanya berupaya turut serta mewujudkan tujuan perkawinan ketika pada awal akad nikah, tetapi juga mengawalinya selama masa pernikahan. Walaupun perkawinan tidak dapat dipertahankan, maka

²³ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 305.

			<p>lembaga pemerintah juga menjaga hak masing-masing, terutama hak-hak yang dimiliki isteri dan anak yang menyangkut nafkah dan harta perkawinan. Putusan pengadilan terhadap perselisihan perkawinan tersebut mengikat para pihak yang berperkara, sebagaimana kaidah <i>ḥukm al-ḥākim mulzimun wa yarfā'u al-khilāf</i> (keputusan hakim itu mengikat dan menghilangkan perselisihan).²⁴ Pembahasan tentang hakim dan peradilan ini banyak dibahas dalam buku-buku fikih dengan judul kitab <i>al-aqḍiyah</i> (bab masalah peradilan), yang pembahasannya didasarkan pada ayat-ayat Al-Qur'an, Hadis dan juga sejarah peradilan Islam.²⁵</p>
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sebagaimana masalah perceraian, KHI juga menetapkan bahwa masalah perselisihan perkawinan secara umum diselesaikan melalui pengadilan. Pengadilan dipandang sebagai implementasi dari lembaga hakam yang disebut dalam QS. An-Nisā (4) ayat 35 yang artinya “*Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya (suami isteri), maka kirimlah seorang hakam dari keluarga suami dan seorang dari keluarga isteri. Jika kedua orang hakam bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami isteri itu. Sesungguhnya Allah maha Mengetahui lagi maha waspada.*” Dengan demikian, KHI berupaya

²⁴ Ayat tersebut juga terdapat pada QS. Al-Isrā (17): 15, QS. Al-Fāṭir (35): 18, QS. Al-Zumar (39): 7, dan QS. Al-Najm (53): 38.

²⁵ Misalnya Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtāhid*, II: 346. Taqiyuddin, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 256.

mengimplementasikan maksud ayat yang tersurat (*dalālah ‘ibārah*) sesuai dengan konteks masyarakat kontemporer saat ini. Di samping itu, lembaga pengadilan ini merupakan lembaga yang memiliki kekuatan hukum yang mengikat, sebagaimana kaidah: *Lā yajūzu naqḍu ḥukm al-ḥākim ba’da al-ḥukm* (Tidak boleh membatalkan keputusan hakim setelah memiliki keputusan hukum yang tetap).²⁶

2. Analogi (Al-Qiyas)

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
1	Persetujuan Kedua Calon Mempelai	Pasal 16 dan 17	(1) Hadis riwayat An-Nasā’i dari Siti Aisyah yang menyatakan bahwa Al-Khansa Binti Khidām al-Anṣārī mengadukan keberatan kepada Nabi karena ayahnya telah menikahnya dengan tanpa persetujuannya. ²⁷ Namun hadis ini masih mengandung multi-tafsir, karena walaupun Nabi menerima keberatan tersebut, pernikahan tersebut pada dasarnya dianggap sah terjadi. (2) Analogi terhadap QS. An-Nisā (4) ayat 29 tentang perlunya kerelaan dan persetujuan dua orang yang melakukan akad perniagaan (<i>‘an tarāḍin</i>). Sama dengan akad jual beli, dalam akad nikah memerlukan adanya persetujuan dan kerelaan dua orang yang berakad (<i>al-‘aqidāni</i>), yaitu dua

²⁶ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 215.

²⁷ Wahbah az-Zuhāifi, *Al-Fiqh al-Islāmi wa Adillatuh* (Damaskus: Dār al-Fikr, 2006), IX: 6567. Ucapan al-Khansa setelah Rasulullah menyerahkan keputusannya pada dia adalah: “*ya rasūlallah, qad ajaztu ma ṣana’a abī, wa lakin aradtu an u’lima an-nisā’anna laisa li al-abā’ min al-amri shajun.*

			calon mempelai, atau dalam jual beli adalah penjual dan pembeli.
--	--	--	------------------------------------------------------------------

Hadis Al-Khansa Binti Khidām al-Anṣārī tersebut memang secara eksplisit menunjukkan bahwa perlu adanya izin dari calon mempelai perempuan ketika hendak dinikahkan. Namun sebaliknya, secara implisit hadis di atas juga memberi pengertian bahwa pernikahan yang telah dilakukan oleh seorang ayah dengan tanpa sepersetujuan putrinya tetap dianggap sah. Dengan demikian, dalil *naṣ*, dalam hal ini adalah Hadis, masih menimbulkan multi-tafsir, sehingga kemudian masih terdapat perbedaan pendapat di kalangan ulama mazhab mengenai perlunya persetujuan calon mempelai perempuan ataukah tidak.²⁸ Namun demikian, KHI pasal 16 dan 17, dengan melihat konteks masyarakat Indonesia, memilih pendapat tentang perlunya persetujuan calon mempelai sebelum dilakukan akad pernikahan.

Persetujuan kedua calon mempelai dalam KHI ini dapat dikatakan sebagai syarat wajib bagi akad nikah, sehingga akad nikah tidak akan dapat dilakukan tanpa adanya persetujuan terlebih dahulu dari kedua calon mempelai. Pilihan pendapat KHI ini secara metodologis diperkuat dengan metode Al-Qiyās, yaitu menganalogikan akad nikah dengan akad jual beli, yang memerlukan kerelaan dan persetujuan (*‘an tarāḍin*) dari dua orang yang melakukan akad. Landasan metodologis yang digunakan KHI ini, apabila dicermati, tidak semata-mata menggunakan Al-Qiyās, tetapi juga mempertimbangkan kemaslahatan dan konteks masyarakat (*al-‘urf*) Indonesia, sehingga kemudian secara implisit KHI ini

²⁸Sebagaimana dikemukakan para ulama berbeda pendapat dalam masalah ini. Ash-Shāfi‘ī, Mālik dan Ibnu Abī Laila berpendapat bahwa perempuan gadis tidak harus dimintai persetujuan ketika dinikahkan oleh bapaknya. Sementara itu, Abu Hanīfah, Ath-Thauri, Al-Auzā‘ī, dan Abū Thaur berpendapat bahwa akad nikah hanya dapat dilakukan atas sepersetujuan calon mempelai perempuan. Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtāhid*, II: 4.

menafikan dan menolak adanya konsep wali mujbir. Karena konsep wali mujbir yang umumnya ada sekarang adalah adanya pemaksaan pernikahan tanpa adanya izin mempelai, dan ini bertentangan dengan kaidah: *La yajūzu li aḥadin an yataṣarrafa fi milk ghairih bi lā idhniḥ* (Tidak boleh seseorang bertindak hukum terhadap milik orang lain dengan tanpa seizinnya). Padahal kaidah yang berlaku seharusnya adalah: *Al-Aṣlu fī al-‘uqūd riḍā al-muta’āqidain* (Pada dasarnya dalam semua transaksi adalah didasarkan pada kerelaan dua orang yang berakad).²⁹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
2	Hak gugat cerai isteri	Pasal 144	(1) Hak cerai gugat dari isteri didasarkan pada analogi (<i>al-qiyās</i>) terhadap hak khuluk, hanya saja pemberian imbalan dari isteri kepada suami sebagai bentuk “pengembalian mahar” tersebut ditiadakan karena dalam ayat tentang mahar menyatakan bahwa mahar dipandang sebagai pemberian yang tanpa pamrih (<i>niḥlah</i>). ³⁰ Hal ini terlihat dalam KHI pasal 148, khususnya ayat 6, bahwa apabila dalam masalah khuluk ini tidak terjadi kesepakatan antara suami dan isteri mengenai besarnya imbalan atau tebusan (<i>‘iwāḍ</i>), maka Pengadilan Agama akan memeriksa dan memutus sebagai perkara biasa, yaitu sebagai perkara gugatan cerai dari isteri. Dengan demikian, KHI pada dasarnya secara substansial menyamakan antara gugatan cerai yang diajukan isteri

²⁹ Afi Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 123 dan 218.

³⁰ QS. An-Nisā (4): 4.

			<p>dengan khuluk.</p> <p>(2) Di samping itu, KHI juga memberlakukan metode <i>fatḥ ad-dharī'ah</i>, yaitu membuka jalan yang tadinya tidak boleh atau tidak ada demi untuk mewujudkan kemaslahatan.³¹ Dalam hal ini, KHI membuka kesempatan dan memberi hak kepada isteri untuk mengajukan gugatan cerai kepada suaminya, melalui Pengadilan Agama, dengan alasan-alasan yang dibenarkan menurut aturan perundang-undangan. Pembukaan jalan adanya gugatan cerai isteri ini ditujukan sebagai sarana untuk memperoleh kemaslahatan serta menghindari kemadaratan dan kesulitan yang lebih besar.</p>
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Adanya hak gugat cerai isteri menjadikan isteri sejajar dengan suami yang memiliki hak talak. Secara metodologis, KHI pasal 144 mendasarkan pendapatnya dengan metode analogi (*Al-Qiyās*) pada hak Khulu' isteri, yaitu pada dasarnya isteri memiliki hak untuk mengajukan perceraian.³² Hanya saja, sebagaimana dikemukakan, KHI menjadikan pengadilan sebagai lembaga hakam dalam perceraian dan perselisihan perkawinan lainnya, sebagaimana kaidah: *Iqāmah al-ḥudūd wa raf'u al-tanazu' fī al-ḥuqūq wa naḥwi dhalik yakhtaṣṣu bi al-ḥukkām* (pemberlakuan hukuman dan penyelesaian perselisihan dalam masalah hak dan lainnya adalah

³¹ Abd al-Kārim Zaidān, *Al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh* (Baghdād: Dār at-Tauzi wa an-Nashr al-Islāmi, 1993), 244-245.

³² Hak Khulu' isteri ini sebenarnya menunjukkan adanya hak pengajuan cerai isteri. Adanya tebusan yang harus dibayarkan isteri kepada suami adalah sebagai imbalan dan juga simbol pengembalian mahar dari isteri kepada suami. Wahbah az-Zuhāifi, *Al-Fiqh al-Islāmi*, IX: 7008-7009.

khusus kewenangan hakim),³³ sehingga secara metodologis KHI dalam waktu yang sama melakukan metode *fath al-dhari'ah* di satu sisi, yaitu membuka pintu bagi isteri untuk mengajukan gugatan cerai, dan juga metode *sadd adh-dhari'ah* di sisi lain, yaitu menutup pintu bagi suami yang melakukan talak secara langsung.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
3	Hak terhadap harta bersama (<i>gono gini</i>)	Pasal 96-97	Harta yang diperoleh oleh suaminya pada dasarnya merupakan hasil jerih payah berdua antara suami dan isteri, hanya saja ada pembagian tugas, suami bekerja di luar rumah dan isteri bekerja di dalam rumah. Ketetapan KHI yang menganggap bahwa isteri yang bekerja di rumah perlu mendapatkan upah tersebut didasarkan pada metode <i>al-qiyās</i> atau analogi terhadap upah menyusui anak yang dilakukan oleh isteri yang ditalak, sebagaimana dalam QS. Aṭ-Ṭalāq 65 ayat 6: <i>fa in arḍa'na lakum fa atūhunna ujūrahunna</i> . Oleh karena itu, apabila salah satunya meninggal atau bercerai, salah satu pihak berhak memiliki separuhnya. Dalam kaitannya dengan cerai mati, maka separuh harta bersama tersebut menjadi milik pasangan yang ditinggal mati, sebelum kemudian dibagi waris. Hal ini dalam tradisi Jawa disebut sebagai <i>gono gini</i> . Dengan demikian, ketetapan KHI dalam hal ini juga mempertimbangkan adat kebiasaan masyarakat, yang dalam Ushul Fikih

³³ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 166.

			disebut sebagai <i>al-'urf</i> .
--	--	--	----------------------------------

Adanya harta bersama atau *gono gini* ini didasarkan pada pandangan bahwa pasangan, terutama isteri, yang berada di wilayah domestik rumah tangga juga dianggap bekerja, sehingga harta yang diperoleh oleh pasangan, biasanya suami, merupakan hasil kerjasama antara suami isteri. Secara metodologis, pekerjaan di wilayah domestik ini dianalogikan (*Al-Qiyās*) dengan adanya hak upah bagi isteri yang ditalak ketika menyusui anaknya sendiri. Dengan demikian, pada dasarnya pekerjaan di wilayah domestik juga patut untuk dihargai secara ekonomis selama perkawinan. Landasan dengan menggunakan *Al-Qiyās* ini tentu saja didasari juga oleh *al-'urf* dan pertimbangan kemaslahatan. Di samping itu, Pekerjaan domestik isteri ini merupakan pekerjaan yang tidak ringan, dan ini patut mendapat imbalan sebagaimana pekerjaan di luar rumah, sesuai dengan kaidah: *al-kharāj bi aḍ-ḍaman* (hasil yang didapat sesuai dengan tanggungan yang dibebankan).³⁴

3. Metode dengan Landasan Masalah

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
1	Pengertian anak sah	Pasal 99	Secara metodologis, ketetapan KHI mengenai definisi anak sah tersebut adalah didasarkan pada metode <i>al-istiḥsān</i> , yaitu mengecualikan anak yang telah dikandung terlebih dahulu sebelum akad nikah kedua orang tuanya sebagai anak sah demi mempertimbangkan kemaslahatan dan perlindungan hak-hak anak (<i>ḥifẓ an-nafs</i>), khususnya hak nafkah, hak waris

³⁴ Aḥmad al-Zarqā, *Syarḥ al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damaskus: Dār al-Qalām, 1989), 429.

			dan hak pengasuhan. Ketetapan ini diperkuat oleh QS. Al-An'ām (6) ayat 164: <i>Lā tazirū wāziratun wizrā ukhrā</i> (seorang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain), seorang anak yang tidak berdosa sebaiknya tidak menanggung beban perbuatan zina yang telah dilakukan orang tuanya.
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Anak hasil hubungan zina pada dasarnya adalah bukan anak sah dari pasangan pezina tersebut. Hanya saja, KHI pasal 99 mengecualikannya pada anak hasil zina yang lahir ketika pasangan pezina tersebut sudah menikah secara sah. Pandangan ini sejalan dan konsisten dengan KHI pasal 53 yang membolehkan perkawinan wanita hamil apabila dengan laki-laki yang menghamilinya. Secara metodologis, KHI pasal 99 ini menggunakan metode *al-istihsān*,³⁵ yaitu mengecualikan ketentuan umum yang ada dengan pertimbangan kemaslahatan, yang dalam hal ini menjaga hak-hak anak, secara nasab (*ḥifẓ an-nasl*), psikis (*ḥifẓ al-'aql*), fisik (*ḥifẓ al-nafs*) dan juga hak kebendaannya seperti hak nafkah dan waris (*ḥifẓ al-māl*). Ketentuan umum tersebut memang dapat ditinggalkan dan beralih pada ketentuan yang lebih maslahah, sesuai dengan kaidah: *Tark al-qiyās fī maudī' al-ḥarāj wa al-darūrah jā'iz* (Meninggalkan analogi/ketentuan umum ketika dalam kesulitan dan darurat adalah dibolehkan).³⁶ Kemudian ketika adanya akad perkawinan, hubungan badan antara suami isteri tersebut yang awalnya haram kemudian menjadi halal, maka anak yang dikandung dan lahir setelah adanya pernikahan tersebut, sebagai akibat dari adanya hubungan badan itu

³⁵Metode *Istihsān* ini efektif digunakan untuk melakukan pembaruan hukum Islam, karena metode ini sangat erat kaitannya dengan *maqāsid ash-shāri'ah*. Mohammad Hashim Kamali, "Istihsan and the Renewal of Islamic Law" dalam *Islamic Studies*, Vol. 43, No. 4 (Winter 2004), 575-577.

³⁶Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 112.

kemudian juga mengikuti menjadi anak sah. Hal ini selaras dengan kaidah: *al-tābi' tābi'un* (akibat yang mengikuti itu mengikuti (sebab/pokoknya)).³⁷

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
2	Pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk	Pasal 5-8, 10 dan 166	(1) Tujuan adanya pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini adalah untuk menjaga hak-hak dari masing-masing anggota keluarga, baik suami, isteri maupun anak, sehingga secara metodologis dapat didasarkan pada metode <i>al-istiṣlāh</i> , yaitu menetapkan hukum dengan didasarkan pada kemaslahatan yang sesuai dengan tujuan syariah (<i>maqāṣid ash-sharī'ah</i>), yaitu menjaga jiwa dan harta (<i>ḥifẓ an-nafs wa al-māl</i>) dari masing-masing anggota keluarga, bahkan menjaga kejelasan keturunan (<i>ḥifẓ al-nasl</i>). (2) Pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini secara metodologis bisa juga didasarkan pada metode <i>al-qiyās</i> , yaitu analogi terhadap pencatatan hutang piutang yang dinyatakan dalam QS.Al-Baqarah (2) ayat 282. ³⁸ Ayat tersebut

³⁷ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 363.

³⁸ Mengenai pentingnya metode al-Qiyās, misalnya Alī Jum'ah, *Al-Muṣṭalah al-Uṣūli wa Mushkilah al-Mafāhim* (Kairo: Dār ar-Risalah, 2004), 51-53.

		<p>memerintahkan bahwa apabila terjadi akad hutang piutang, maka harus ditulis. Ayat tersebut berbunyi: <i>yā ayyuhalladhīna āmanū idhā tadāyantum bi dainin ilā ajalin musamma faktubūh</i> (wahai orang-orang beriman, apabila kamu sekalian melakukan akad hutang piutang, maka tulislah hutang tersebut). Para ulama biasanya mengartikan kalimat perintah <i>faktubūh</i> (tulislah akad hutang piutang itu) tersebut dengan makna anjuran atau sunnah (<i>nadb</i>), namun sebenarnya apabila akad hutang piutang itu jumlahnya besar dan penting, perintah untuk menulis atau mencatat tersebut bisa menjadi wajib. Bahkan, masalah perkawinan ini, berbeda dengan akad hutang piutang, disebut oleh Al-Qurān sebagai <i>mithāqan ghalīza</i>, suatu akad yang berupa ikatan kokoh.³⁹</p>
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Adanya pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk merupakan penertiban administrasi yang berusaha untuk menjaga kemaslahatan bagi semua anggota keluarga, baik suami-isteri maupun orang tua-anak, sehingga secara metodologis didasarkan pada *al-istiṣlāḥ*, yaitu

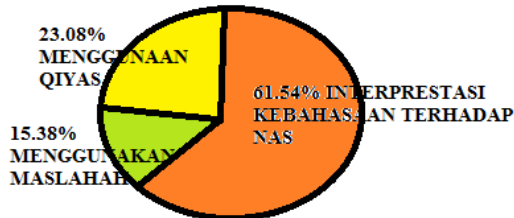
³⁹ QS.An-Nisā (4): 21.

penetapan hukum yang didasarkan pada kemaslahatan yang pada dasarnya merupakan implementasi dari prinsip yang ada pada nash, yang dalam hal ini adalah prinsip menjaga tujuan perkawinan. Ketentuan yang ditetapkan pemerintah, termasuk dalam masalah pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk, memang harus merujuk pada kemaslahatan masyarakat, sebagaimana kaidah: *Taşarruf al-Imām ‘alā al-rā’iyyah manūṭun bi al-maşlahah* (kebijakan pemerintah bagi rakyatnya harus didasarkan pada kemaslahatan).⁴⁰ Kemudian pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk ini juga dapat dianalogikan (*al-qiyās*) dengan perintah pencatatan pada akad jual beli, karena keduanya sama-sama akad bahkan akad nikah pada tingkat tertentu merupakan akad yang jauh lebih penting untuk dicatat.

Dari uraian di atas terlihat bahwa landasan metodologis yang dibangun oleh KHI Bidang Perkawinan dalam melakukan pembaruannya adalah lebih mengutamakan analisis kebahasaan terhadap *naşş* (8 masalah) dari pada penggunaan metode *Al-Qiyās* (3 masalah) dan metode yang didasarkan pada *maşlahah* (2 masalah). Di samping juga pertimbangan lain seperti *al-‘urf* dan *sadd al-dharī’ah* yang mengiringi tiga metode dominan tersebut. Sebagaimana pemikiran Ushul Fikih dari mayoritas ulama mazhab, KHI terlebih dahulu berpegang kepada *naşş*, yang diinterpretasi dengan menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan. Apabila masalah yang dikaji tidak didapati *naşş*-nya, maka baru menggunakan metode *Al-Qiyās* yang didasarkan pada *‘illat* (kausa hukum) dari hukum yang ada *naşş*-nya. Penggunaan metode yang didasarkan pada *maşlahah* baru dilakukan apabila tidak ada *naşş* dan *‘illat* (metode *al-istişlāh*) atau apabila memang dianggap sangat penting sehingga *maşlahah* tersebut digunakan untuk mengkhususkan dan mengecualikan makna yang terkandung dalam *naşş* (metode *al-istihsān*).

⁴⁰ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 138.

Landasan metodologis yang dibangun oleh KHI bidang perkawinan dalam melakukan pembaruan apabila digambarkan dengan menggunakan prosentase adalah sebagai berikut:



Penggunaan analisis kebahasaan yang dominan dan minimnya penggunaan metode yang didasarkan pada kemaslahatan, terutama *al-istihsān*, secara umum menandakan bahwa KHI Bidang Perkawinan memiliki kecenderungan yang moderat dalam pemikiran metodologi hukum Islam (Ushul Fikih)-nya. Apabila ditempatkan pada pemikiran Ushul Fikih mazhab empat, maka pemikiran metodologi KHI Bidang Perkawinan tidak seperti mazhab Syafi'i yang menolak *al-istihsān* atau mazhab Hanbali yang lebih tekstual dalam aplikasi metodologisnya, tetapi juga tidak seperti mazhab Hanafi yang banyak menggunakan *al-istihsān*. Pemikiran metodologi KHI Bidang Perkawinan lebih dekat dengan mazhab Maliki, yang di satu sisi mengakui validitas *al-istihsān* sebagai metode penetapan hukum, tetapi dalam praktek dan aplikasinya tidak terlalu banyak digunakan.⁴¹

⁴¹Dalam pemikiran imam mazhab, terkadang ada perbedaan antara pemikiran hukum normatif-teoritis dengan intensitas penggunaannya, khususnya penggunaan ra'yu yang dipegangnya. Misalnya Imām Mālik berpegang pada *Istihsān* tetapi jarang dipraktekkan bahkan lebih sering menggunakan hadis yang banyak terdapat di Madinah. Sebaliknya, Imām Ash-Shafi'i sangat berpegang teguh pada hadis tetapi dalam ijtihadnya banyak menggunakan ijtihad dengan metode qiyas sesuai dengan kondisi di Bagdad dan Mesir. Misalnya Muhammad Abū Zahrah, *Tārikh al-Mazāhib al-Islāmiyyah* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arābi, t.t.), II: 219 dan 263.

B. Kritik Metodologis terhadap KHI Bidang Perkawinan

Sebagaimana dikemukakan, landasan metodologis yang digunakan oleh KHI Bidang Perkawinan dalam melakukan pembaruannya secara umum adalah analisis kebahasaan terhadap *naşş* yang ada, kemudian Al-Qiyas dan baru metode yang didasarkan pada *maşlahah*. Apabila dicermati, penggunaan analisis bahasa yang digunakan oleh KHI tidak semata-mata menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan (*al-qawā'id al-lughāwiyyah*), namun juga disertai dengan pertimbangan dan dalil yang lain. Dengan kata lain, dalam menginterpretasi suatu *naşş*, KHI Bidang Perkawinan, sebagaimana seharusnya dalam Ushul Fikih, berupaya mengopersionalkan petunjuk, pertimbangan atau indikasi (*qarīnah*) yang ada, baik berupa *naşş* yang lain, akal ataupun *al-'urf*, sehingga dapat menghasilkan ketetapan hukum yang tidak saja koheren dengan *naşş* lain tetapi juga berkoresponden dengan konteks masyarakat. Di dunia Islam kontemporer, tidak terkecuali di Indonesia, dalam melakukan pembaruan hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari konsep *maşlahah*, baik dalam menginterpretasi *naşş* apalagi dalam menetapkan masalah yang tidak ada *naşş*-nya.⁴²

Dalam menginterpretasi *naşş* poligami, misalnya, KHI tidak seperti kebanyakan pandangan ulama yang menggunakan makna *aż-Zāhir*, tetapi menggunakan makna *an-Naşş* yang berarti mengkaitkan makna ayat dengan konteksnya ketika turun, sehingga kemudian menghasilkan ketetapan yang membatasi secara ketat praktek poligami. Kemudian setelah itu makna ayat itu juga dibatasi dengan konteks masyarakat Indonesia, sehingga muncul persyaratan-persyaratan tertentu yang harus dilalui oleh orang yang hendak melakukan poligami. Begitu pula ketika mengaplikasikan

⁴²Penggunaan masalah dalam pembaruan hukum Islam di dunia Islam pada masa awal lebih cenderung pada pandangan aţ-Tūfi, sementara belakangan lebih cenderung ke pandangan ash-Shāṭibī yang tidak terlalu rasional. Felicitas Opwis, "Maslahah in Contemporary Islamic Legal Theory", *Islamic Law and Society*, Vol. 12 (2), 2005, 182-223.

makna tersurat (*dalālah 'ibārah*) dari QS. An-Nisā (4) ayat 6 menyatakan adanya “usia untuk nikah”, KHI membatasinya dengan *al-'urf* (konteks budaya masyarakat Indonesia) dan pertimbangan kemaslahatan, sehingga menetapkan bahwa batas usia minimal nikah bagi laki-laki adalah 19 tahun dan bagi perempuan 16 tahun. Secara metodologis, ini juga berarti apabila *al-'urf* dan pertimbangan kemaslahatan masyarakat tersebut berubah, batas usia minimal nikah juga bisa berubah.

Ketika menginterpretasi *nasy* perceraian, untuk menyebutkan satu contoh lagi, KHI memahaminya dengan makna tersurat bahwa perceraian merupakan hal halal yang dibenci Allah, namun apabila terjadi maka harus dengan cara yang baik (*tasriḥ bi iḥsān*) dan melalui proses adanya hakam. Makna tersurat tersebut kemudian dikaitkan dengan *al-'urf* kontemporer, yaitu melalui proses sidang di pengadilan sebagai hakamnya, dan dalam waktu yang sama juga digunakan metode *sadd a-dhāri'ah* untuk suami dan *fath al-dhāri'ah* untuk isteri, yaitu hak talak suami dibatasi dan jalannya dihambat (*sadd*) dengan adanya batasan harus di sidang pengadilan, sementara hak isteri diberi jalan dengan membuka peluang (*fath*) untuk dapat mengajukan gugatan cerai ke pengadilan agama.

Sementara itu, ketika menggunakan analogi (*al-qiyās*), KHI sebenarnya juga tidak semata-mata hanya memberlakukan metode *al-qiyās* tersebut. Dalam masalah harta bersama dan *gono gini*, KHI menganalogikan perlunya upah isteri yang bekerja di rumah dengan upah menyusui anak yang dilakukan oleh isteri yang ditalak, sebagaimana dalam QS. Aṭ-Ṭalāq 65 ayat 6: *fa in arḍa'na lakum fa atuhunna ujūrahunna*. Dengan demikian, isteri yang bekerja mengurus rumah kedudukannya sama dengan suami yang bekerja di luar rumah. Penggunaan metode *al-qiyās* ini, apabila dicermati, pada dasarnya dilatar belakangi dan didasarkan pada pertimbangan adat kebiasaan masyarakat (*al-'urf*) dan juga pertimbangan kemaslahatan bagi isteri.

Demikian pula halnya dengan penggunaan metode yang didasarkan pada *maṣlahah* (*maqāṣid ash-sharī'ah*). Ketika KHI menetapkan perlunya pencatatan nikah, cerai dan rujuk demi menjaga kemaslahatan seluruh anggota keluarga, KHI juga sebenarnya memperkuatnya dengan metode *al-qiyās*, yaitu menganalogikan pencatatan pada hutang piutang terhadap masalah perkawinan. Bahkan, demi menjaga kemaslahatan anak, baik secara ekonomis seperti hak nafkah dan waris maupun secara psikologis seperti kejelasan nasab dan status sosial, KHI melakukan redefinisi anak sah dengan mengecualikan ketentuan umum syari'ah bahwa anak sah adalah anak yang dibuahi dalam perkawinan yang sah. Dengan kata lain, KHI menggunakan metode *al-istiḥsān*, sehingga anak sah didefinisikan sebagai anak yang lahir dalam perkawinan yang sah, walaupun pembuahan tersebut terjadi sebelum perkawinan dilangsungkan. Penggunaan *al-istiḥsān* seperti ini merupakan langkah dan alternatif terakhir yang ditempuh oleh KHI ketika menetapkan masalah yang benar-benar dianggap sangat penting demi menjaga kemaslahatan, sehingga kemudian hanya terdapat satu kali penggunaan *al-istiḥsān* dalam upayanya melakukan pembaruan terhadap hukum perkawinan. Dengan demikian, KHI menjadikan *maṣlahah* sebagai landasan penetapan hukum apabila masalah tersebut selaras dengan maksud *naṣṣ*, kecuali pada masalah yang dianggap sangat penting, maka memungkinkan *maṣlahah* tersebut dapat mengecualikan dan membatasi makna umum dari *naṣṣ* yang ada.⁴³

⁴³Penggunaan Istihsan dalam tradisi hukum Islam memang diperdebatkan sejak awal, walaupun kemudian menjadi populer seiring dengan adanya pembaruan hukum Islam di era kontemporer. Karena menjadi kontroversi, para ulama yang berpegang pada *istiḥsān* berusaha menjelaskan bahwa *istiḥsān* tidak lain merupakan salah satu bentuk dari *qiyās*. Murteza Bedir, "The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas?" *Islamic Studies*, Vol. 42, No. 1 (Spring 2003), 7-20. Ahmad Hasan, "The Principle of Isthsan in Islamic Jurisprudence", *Islamic Studies*, Vol. 16, No. 4 (Winter 1977), 347-362

Pembaruan KHI Bidang Perkawinan, dengan menggunakan kerangka Ushul Fikih di atas, sebagaimana telah dikemukakan, pada dasarnya dalam rangka menyetarakan hak-hak perempuan dan laki-laki, menjaga hak-hak anak dan menertibkan administrasi perkawinan melalui peran pemerintah pada lembaga Kantor Urusan Agama dan Pengadilan Agama. Untuk melihat sejauhmana penggunaan secara konsisten kerangka Ushul Fikih di atas dalam upaya pembaruan KHI Bidang Perkawinan, maka perlu dianalisis juga pasal-pasal bidang perkawinan lainnya dan dibandingkan dengan pasal-pasal pembaruan yang telah dikemukakan dalam hal upaya penyetaraan hak antara laki-laki dan perempuan, peningkatan hak-hak anak dan juga upaya penertiban administrasi perkawinan.

Dalam upaya mengangkat kesetaraan antara perempuan dan laki-laki, KHI dalam beberapa pasalnya menetapkan bahwa sebelum akad perkawinan dilangsungkan harus ada persetujuan dari kedua calon mempelai, kemudian mempersulit terjadinya poligami dengan syarat-syarat yang ketat, memberikan hak gugat cerai dan izin rujuk kepada isteri, memberikan hak gono gini terhadap harta bersama yang didapat selama perkawinan dan adanya masa berkabung bagi suami yang ditinggal mati isterinya. Pasal-pasal pembaruan tersebut pada dasarnya diformulasi dengan menggunakan landasan Ushul Fikih yang telah dikemukakan di atas. Namun, apakah landasan Ushul Fikih tersebut juga diterapkan pada pasal-pasal yang lain ataukah tidak, perlu dilihat lebih lanjut dalam pembahasan di bawah ini.

Dalam kaitan dengan kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, apabila dicermati, pasal-pasal dalam KHI Bidang Perkawinan, di samping memuat pembaruan sebagaimana dikemukakan, juga terdapat pasal-pasal yang masih bias gender. Mengenai wali nikah, KHI mensyaratkan bahwa wali nikah sebagai pihak yang menikahkan calon mempelai perempuan haruslah seorang laki-laki muslim. Ketetapan KHI tersebut adalah:

Pasal 19

Wali nikah dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya

Pasal 20

- (1) Yang bertindak sebagai wali nikah ialah seorang laki-laki yang memenuhi syarat hukum Islam yakni muslim, aqil dan baligh.
- (2) Wali nikah terdiri dari :
 - a. Wali nasab;
 - b. Wali hakim.

Mengenai wali nikah perempuan ini sebenarnya ulama mazhab berbeda pendapat. Menurut mayoritas ulama, sebagaimana tidak dapat menikahkan dirinya sendiri, perempuan tidak dapat menjadi wali nikah. Argumen yang dijadikan landasan adalah Hadis riwayat Ibnu Mājah dan ad-Dāruqūṭni dari Abū Hurairah yang menyatakan bahwa Nabi bersabda: *la tuzāwwiju al-mar'atu al-mar'ata wa lā tuzāwwiju al-mar'atu nafsahā* (Seorang perempuan tidak dapat menikahkan perempuan yang lain, dan perempuan tidak dapat menikahkan dirinya sendiri).⁴⁴ Atas dasar itu, para ulama berpendapat bahwa wali nikah haruslah laki-laki, dan pendapat ini yang diikuti oleh KHI pasal 20 di atas. Sementara itu, Abū Hanifah berpendapat bahwa di samping dapat menikahkan dirinya sendiri, perempuan dewasa dapat menjadi wali bagi anaknya yang belum dewasa atau menjadi wakil dari orang lain untuk

⁴⁴Aṣ-Ṣan'āni, *Subūl as-Salām*, III: 119-120. Hadis ini hanya diriwayatkan oleh Ibnu Mājah dan ad-Dāruqūṭni. A.J. Wensink, *al-Mu'jam al-Mufahras li Alfāz al-Hadīth an-Nabawī* (Leiden: E.J. Brill, 1936), II: 352.

menikahkan.⁴⁵ Argumen yang digunakan untuk memperkuat pandangannya adalah riwayat mengenai Ali Ibn Abi Thalib dan juga Siti Aisyah. Sementara hadis yang dijadikan dasar oleh mayoritas ulama, menurut Abu Hanifah riwayatnya lemah. Dirwayatkan bahwa seorang perempuan telah menikahkan anak perempuannya dengan sepersetujuan anaknya tersebut. Setelah para wali laki-lakinya mengetahui, mereka menolak pernikahan itu. Kemudian masalah itu dibawa kepada ‘Ali Ibn Abū Ṭālib, dan ia membolehkan dan menganggap sah pernikahan itu.⁴⁶ Kemudian diriwayatkan bahwa Siti Āisyah, isteri Nabi, yang pernah menjadi wali untuk menikahkan keponakan perempuannya, Ḥafsah Binti Abd ar-Rahmān, dengan al-Mundhir Ibn Zubair. Saat itu bapaknya, Abd ar-Rahmān, sedang bepergian ke daerah Syam. Setelah datang, Abd ar-Rahmān tidak berkebaratan dan menyetujuinya.⁴⁷ Dari riwayat ini dapat disimpulkan bahwa seorang perempuan di samping dapat menjadi wali nikah juga dapat menjadi wakil dari orang lain untuk menikahkan.

Secara metodologis, argumen dengan mendasarkan pada *naṣṣ* menimbulkan multi-tafsir karena adanya lebih dari satu riwayat yang berbeda, sebagaimana dikemukakan di atas. Oleh karena itu, untuk mengkaji lebih lanjut mengenai wali nikah ini, perlu dilihat hikmah tujuan asal (*al-maqāṣid*) dari adanya wali nikah. Tujuan adanya wali nikah pada dasarnya untuk menjaga kemaslahatan perempuan ketika akan menikah. Para ulama memandang, sesuai dengan konteks zamannya, bahwa perempuan perlu pendampingan

⁴⁵ Aṣ-Ṣanʿāni, *Subūl as-Salām*, III: 120. Walaupun perempuan dapat menjadi wali nikah, namun urutannya setelah kerabat laki-laki (*‘aṣābah*). Apabila tidak ada *‘aṣābah* baru mereka dapat menjadi wali. Lihat Az-Zuhāīfī, *al-Fiqh al-Islāmi*, VII: 196 dan 200.

⁴⁶ Shamsuddīn as-Sharkhasī, *al-Mabṣūṭ* (Beirut: Dār al-Maʿrifah, 1989), V: 10.

⁴⁷ Mālik Ibn Anas, *Al-Muwatṭʿa* (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, t.t.), II: 555.

wali dalam memilih pasangan yang tepat, karena dikhawatirkan hak-hak mereka dilanggar oleh kaum laki-laki. Wali nikah, dengan demikian, merupakan orang yang dapat memilihkan pasangan yang paling sesuai, atau setidaknya dapat dimintai pertimbangannya, sehingga bisa menjaga kemaslahatan calon mempelai perempuan.⁴⁸ Atas dasar itu, syarat wali nikah sebenarnya adalah orang yang memiliki pengalaman untuk memilihkan pasangan yang tepat bagi anak perempuannya yang hendak menikah, sehingga bisa saja wali nikah tersebut laki-laki ataupun perempuan.

Pendekatan kebahasaan terhadap keharusan laki-laki bagi wali nikah, sebagaimana dikemukakan, menimbulkan multi-tafsir, sehingga secara metodologis-Ushul Fikih sebenarnya KHI bisa saja menggunakan metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu mengharuskan adanya saksi nikah, baik laki-laki ataupun perempuan, yang dapat menjaga kemaslahatan calon mempelai perempuan, atau menggunakan metode *al-istiḥsān*, yaitu mengecualikan hadis yang melarang perempuan untuk menikahkan orang lain dengan perempuan yang cakap untuk menjaga kemaslahatan calon mempelai perempuan. Dengan landasan metodologis seperti itu, dapat dikatakan bahwa dalam konteks Indonesia, apabila memang wali nikah bagi perempuan dewasa masih perlu dipertahankan karena pengaruh mazhab Syafi'i yang masih kuat, namun KHI sebenarnya dapat juga mengambil sebagian pandangan Abu Hanifah bahwa perempuan juga dapat menjadi wali nikah. Dengan demikian, dalam upaya peningkatan kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, sebenarnya KHI dapat menetapkan bahwa wali nikah tidak hanya laki-laki (Bapak), tetapi juga perempuan (Ibu, terutama ketika Bapaknya tidak ada), yang penting sesuai dengan hikmah dan tujuan adanya

⁴⁸Dengan alasan yang sama, Abū Hanīfah sendiri, walaupun tidak mewajibkan, menganjurkan adanya wali (kerabat dekat) yang memberi pertimbangan kepada perempuan dewasa yang akan menikah. Az-Zuhāīfī, *al-Fiqh al-Islāmī*, VII: 192, 195, dan 188-189.

wali nikah, yaitu dapat memperjuangkan dan menjaga hak-hak calon mempelai perempuan.

Salah satu rukun nikah adalah adanya dua orang saksi, dan syarat saksi ini menurut KHI pasal 25 adalah harus laki-laki. Pasal-pasal KHI mengenai saksi nikah adalah:

Pasal 24

- (1) Saksi dalam perkawinan merupakan rukun pelaksanaan akad nikah.
- (2) Setiap perkawinan harus disaksikan oleh dua orang saksi

Pasal 25

Yang dapat ditunjuk menjadi saksi dalam akad nikah ialah seorang laki-laki muslim, adil, aqil baligh, tidak terganggu ingatan dan tidak tuna rungu atau tuli.

Keharusan adanya saksi dalam akad nikah ini antara lain didasarkan pada Hadis riwayat ad-Dāruqūṭni dari Ibnu Abbās bahwa pernikahan harus ada dua orang saksi adil dan seorang wali yang pandai (*la nikāha illa bi shāhidai ‘adlin wa waliyyin murshidin*). Mayoritas ulama dengan berpegang pada bunyi teks hadis secara tersurat berpendapat bahwa saksi harus laki-laki, sementara Hanafiyah berpendapat bahwa saksi nikah bisa terdiri dari satu laki-laki dan dua orang perempuan, sebagaimana dalam jual beli.⁴⁹ Secara metodologis-Ushul Fikih, mayoritas ulama berpegang pada makna tersurat (*dalālah ‘ibārah*) dari Hadis tentang saksi nikah, sementara Hanafiyah dalam hal ini menggunakan metode *al-*

⁴⁹Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtāhid*, II: 13. Wahbah az-Zuhāifī, *al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6563.

istihsān, yaitu mengecualikan bunyi teks hadis tersebut dengan hasil dari analogi saksi akad nikah kepada saksi jual beli.⁵⁰

Secara metodologis memang secara umum KHI mendahulukan makna tersurat dari pada mengecualikannya dengan *'illat* atau *maṣlahah*. Namun dengan melihat semangat KHI dalam upaya meningkatkan kesetaraan perempuan dan laki-laki seperti perlu adanya persetujuan dua calon mempelai dalam akad nikah, hak cerai dan rujuk serta masalah *gono gini*, di samping juga konteks Indonesia yang menyamakan posisi laki-laki dan perempuan dalam persaksian di persidangan, maka sewajarnya apabila KHI juga menetapkan bahwa perempuan dapat menjadi saksi nikah, bahkan setara dengan laki-laki. Dalam arti, melebihi pendapat Hanafiyah, satu perempuan setara dengan satu laki-laki, yang secara metodologis menggunakan *al-istihsān*, yaitu mengecualikan *naṣṣ* tidak saja dengan *'illat* seperti Hanafiyah, tetapi mengecualikannya dengan *maṣlahah* dan *al-'urf* Indonesia.

KHI melarang perkawinan beda agama, baik laki-laki muslim dengan perempuan non-muslimah maupun perempuan muslimah dengan laki-laki muslim. Hal ini dinyatakan pada pasal 40 huruf c dan pasal 44:

Pasal 40

Dilarang melangsungkan perkawinan antara seorang pria dengan seorang wanita karena keadaan tertentu:

- a. karena wanita yang bersangkutan masih terikat satu perkawinan dengan pria lain;
- b. seorang wanita yang masih berada dalam masa iddah dengan pria lain;
- c. seorang wanita yang tidak beragama Islam.

⁵⁰Q.S. Al-Baqarah (2): 282: *wastashhidū shahidaini min rijālikum, fa in lam yakuna rajulaini fa rajulun wamraatāni min man tarḍauna min ash-shuhada'...*

Pasal 44

Seorang wanita Islam dilarang melangsungkan perkawinan dengan seorang pria yang tidak beragama Islam.

Para ulama berbeda pendapat mengenai perkawinan beda agama ini, termasuk dengan ahli kitab. Secara metodologis, ulama yang melarang pernikahan beda agama berpegangan pada Q.S Al-Baqarah (2) ayat 221 yang menyatakan bahwa seorang mukmin dan mukminah tidak boleh menikah dengan orang musyrik, dan ahli kitab pada dasarnya merupakan bagian dari kaum musyrik. Sementara ulama yang membolehkan adalah berpegang pada QS.Al-Mā'idah (5) ayat 5 yang menyatakan bahwa “perempuan-perempuan yang menjaga kehormatan di antara orang-orang yang diberi Al-Kitab sebelum kamu” boleh dinikahi. Penafsiran kedua ini bahkan telah dipraktikkan oleh Hudhaifah Ibn al-Yamāni yang menikah dengan perempuan ahli kitab, walaupun kemudian dilarang oleh Umar Ibn Khaṭṭāb. Alasan Umar bukan berarti haram secara normatif, tetapi khawatir menjadi preseden buruk pada saat itu, sehingga kemudian para laki-laki muslim akan lebih memilih perempuan ahli kitab dibandingkan dengan perempuan muslimah.⁵¹

Secara metodologis pandangan Umar tersebut merupakan upaya preventif (*sadd adh-dhāri'ah*) untuk menutup jalan yang mengarah pada kemadaramatan. KHI pasal 40 juga berpandangan yang sama dengan pendapat Umar tersebut. Namun karena alasannya adalah kekhawatiran adanya kemadaramatan, maka apabila alasan tersebut sudah tidak ada, dapat dipastikan ketentuan pasal tersebut akan berubah. Dalam perspektif kerukunan umat beragama dan hak individu, ketentuan tersebut bertentangan dengan semangat pluralitas agama yang ada di Indonesia. Sementara mengenai perempuan muslimah menikah dengan laki-laki non muslim para ulama berpendapat bahwa tidak diperbolehkan seperti ketentuan

⁵¹Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī'*, 93.

KHI pasal 44 di atas. Namun sebenarnya, apabila kekhawatiran adanya kemadaratan tersebut tidak ada, maka hukumnya sama dengan laki-laki muslim menikahi perempuan non muslim. Kesamaan hukum tersebut secara metodologis didasarkan pada *dalālah ad-dalālah* (makna tersembunyi) dari QS. Al-Mā'idah (5) ayat 5 tersebut, yaitu apabila laki-laki boleh menikah dengan perempuan non muslim (*manṭūq bih*), maka juga perempuan muslimah juga boleh menikah dengan laki-laki non muslim (*maskūt 'anhu*). Namun demikian, ketetapan perkawinan beda agama ini memerlukan kajian yang mendalam, mengingat perkawinan tidak hanya antara suami dan isteri tetapi juga menyangkut keluarga besar orang tua dan juga anak nantinya.⁵²

Sementara itu, KHI mengatur tentang *nushūz* isteri terhadap suami, dan ketika isteri *nushūz* maka suami tidak harus menjalankan kewajiabn-kewajibannya, atau dengan kata lain isteri tidak mendapat hak-haknya. Hal ini dinyatakan dalam pasal 83 dan 84.

Pasal 83

- (1) Kewajiban utama bagi seorang isteri ialah berbakti lahir dan batin kepada suami di dalam yang dibenarkan oleh hukum Islam.
- (2) Isteri menyelenggarakan dan mengatur keperluan rumah tangga sehari-hari dengan sebaik-baiknya.

Pasal 84

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

⁵² Yusūf al-Qarḍāwī, *Al-Ḥalāl wa al-Ḥarām fī al-Islām* (Ttp.: Dār al-Ma'rifah, 1985), 178-179.

- (2) Selama isteri dalam *nushūz*, kewajiban suami terhadap isterinya tersebut pada pasal 80 ayat (4) huruf a dan b tidak berlaku kecuali hal-hal untuk kepentingan anaknya.
- (3) Kewajiban suami tersebut pada ayat (2) di atas berlaku kembali sesudah isteri *nushūz*
- (4) Ketentuan tentang ada atau tidak adanya *nushūz* dari isteri harus didasarkan atas bukti yang sah.

Ketetapan KHI ini didasarkan pada Q.S An-Nisā (4) ayat 34 tentang isteri yang *nushūz* (sikap tidak acuh, tidak taat) terhadap suaminya. Hal ini selaras dengan ketetapan KHI dalam pasal lain bahwa kewajiban isterilah yang harus taat serta berbakti lahir dan batin kepada suami (KHI pasal 83 ayat 1) karena suami merupakan kepala keluarga dan isteri hanya merupakan ibu rumah tangga (KHI pasal 79 ayat 1). Dengan adanya dominasi suami terhadap isteri, KHI kemudian tidak mengatur bagaimana apabila suami yang *nushūz* dan tidak menjalankan kewajibannya. Padahal, dalam upaya melakukan peningkatan kesetaraan antara isteri dan suami, KHI seharusnya menetapkan juga aturan tentang adanya *nushūz* yang dilakukan suami, karena Q.S An-Nisā (4) ayat 128 menyinggung tentang *nushūz* -nya suami tersebut.⁵³ Secara metodologis-Ushul Fikih, penetapan adanya *nushūz* suami ini, sebagaimana *nushūz* isteri, didasarkan pada *dalālah 'ibārah*, yaitu menerapkan makna tersurat dari nash. Hanya saja dalam implementasinya bisa dirinci dan disesuaikan dengan *al-'urf* Indonesia.

Sementara itu, di samping meningkatkan kesetaraan laki-laki dan perempuan, KHI juga berupaya untuk menjaga hak-hak anak melalui pembatasan usia nikah, kebolehan perkawinan wanita hamil dengan laki-laki yang menghamilinya, melakukan redefinisi anak

⁵³ Q.S An-Nisā (4) ayat 128 menyatakan “*Jika seorang wanita khawatir akan nusyuz atau sikap tidak acuh dari suaminya, maka tidak mengapa bagi keduanya mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya...*”.

sah, serta mengatur pengasuhan anak sampai umur 21 tahun. Namun demikian, tidak semua pasal-pasal KHI telah memiliki semangat untuk menjaga hak-hak anak. Misalnya hak anak yang lahir di luar perkawinan, KHI belum memberikan hak yang semestinya. KHI pasal 100 menyatakan:

Pasal 100

Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Sebenarnya, hubungan nasab anak yang lahir di luar perkawinan bisa saja hanya dengan ibu kandungnya. Namun seharusnya KHI juga memperhatikan hak-haknya seperti biaya pemeliharaan dan pendidikannya yang dibebankan pada bapak biologisnya. KHI dalam hal ini belum mengaturnya, sehingga masih menimbulkan kesan bahwa anak menjadi korban dari perbuatan dosa yang dilakukan orang tuanya. Pemberian biaya pemeliharaan dan pendidikan anak yang lahir di luar perkawinan oleh bapak biologisnya, secara metodologis dapat dimungkinkan dengan menggunakan metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu demi memelihara kebutuhan hidup (*ḥifẓ al-naḥs* dan *ḥifẓ al-māl*) dari anak tersebut.⁵⁴

Di samping itu, KHI pasal 15, selaras dengan Undang-Undang Perkawinan pasal 7, memberikan batasan usia nikah minimal 19

⁵⁴ Majelis Ulama Indonesia melalui fatwa Nomor 11 yang ditetapkan pada tanggal 10 Maret 2012 menegaskan bahwa anak hasil zina tidak punya hubungan nasab dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya. Anak hasil zina tersebut hanya berhubungan nasab dengan ibunya. Namun demikian, menurut fatwa MUI tersebut pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman *ta'zīr* (jenis dan hukuman yang diberikan oleh pihak yang berwenang) terhadap lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk: a. mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut; b. memberikan harta setelah ia meninggal melalui *waṣīat wājibah*. Hukuman ini bertujuan melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya. <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4f6322acd4b12/fatwa-mui-juga-melindungi-anak-hasil-perzinaan>.

tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan. Sebagaimana dikemukakan, pembatasan usia nikah minimal ini dapat terus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat. KHI ditetapkan lebih dari dua puluh tahun yang lalu, sehingga untuk konteks sekarang umur 16 untuk calon mempelai perempuan sebenarnya masih dianggap di bawah umur untuk melangsungkan pernikahan, karena baru sekitar kelas satu sekolah menengah atas. Maka, seiring dengan wajib belajar Sembilan tahun, umur minimal untuk menikah yang tepat adalah setelah lulus sekolah menengah atas, yaitu minimal umur 18 tahun. Batasan usia minimal nikah ini, secara metodologis didasarkan pada *al-istiṣlāḥ*, sehingga bersifat fleksibel disesuaikan dengan kondisi masyarakat. Dari uraian ini dapat dinyatakan bahwa karena telah berusia dua puluh tahun lebih, maka KHI sudah sepatutnya untuk dilakukan revisi dan beberapa penyesuaian selaras dengan konteks masyarakat Indonesia saat ini.

Penyesuaian dan pembaruan KHI ini diperlukan tidak saja berkaitan dengan materi hukumnya, tetapi juga berkaitan dengan kekuatan hukum tersebut untuk dilaksanakan. KHI Bidang Perkawinan sebenarnya telah berupaya melakukan penertiban administrasi perkawinan seperti keharusan adanya pencatatan perkawinan serta keterlibatan pengadilan dalam masalah perceraian dan perselisihan perkawinan lainnya. Hanya saja, pasal-pasal KHI Bidang Perkawinan ini masih cenderung sebagainorma moral dari pada berbentuk norma hukum yang mengandung sanksi, sehingga kurang memiliki daya paksa untuk dilaksanakan. Misalnya, dalam masalah pencatatan perkawinan dinyatakan bahwa setiap perkawinan harus dicatatkan sehingga pelaksanaannya harus dilakukan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah, oleh karena itu, perkawinan yang tidak dicatatkan tidak memiliki kekuatan hukum.⁵⁵ Pasal ini sebenarnya bertujuan untuk menertibkan administrasi perkawinan, karena perkawinan merupakan perbuatan

⁵⁵Pasal 5, 6, dan 7 Kompilasi Hukum Islam (KHI).

hukum yang mempunyai banyak implikasi, terutama antara suami-istri dan orang tua-anak. Adanya pencatatan secara administratif ini pada dasarnya bertujuan untuk melindungi hak-hak para anggota keluarga, khususnya istri dan anak, seperti dalam masalah hak nafkah, hak waris, dan hak pemeliharaan anak.

Pencatatan nikah tersebut, dengan demikian, merupakan hal yang sangat penting dalam perkawinan, namun KHI, dengan pasal-pasal yang ada, tidak secara tegas mengharuskan adanya pencatatan tersebut dalam setiap perkawinan. Walaupun perkawinan tanpa dicatat adalah sah, namun sebenarnya, tanpa membatalkan keabsahan nikah yang tidak dicatatkan tersebut, KHI seharusnya mempertegas aturannya dengan menetapkan adanya sanksi bagi setiap perkawinan yang tidak dicatatkan. Adanya sanksi tersebut di samping mempertegas aturan supaya menjadi aturan hukum yang memiliki daya paksa, juga berarti memperkuat perlindungan terhadap hak-hak para anggota keluarga, khususnya isteri dan anak. Tidak adanya ketegasan sanksi tersebut juga terjadi pada pasal-pasal yang lain, seperti keharusan adanya izin dari pengadilan bagi suami yang akan melakukan poligami, adanya kemampuan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak,⁵⁶ pemberian mut'ah oleh suami kepada istri yang dicerai, pemberian nafkah oleh suami kepada isteri yang ada dalam masa 'iddah, dan pemberian biaya pemeliharaan anak oleh bapak untuk anak-anaknya sampai umur 21 tahun.⁵⁷ Dalam KHI, aturan-aturan tersebut tidak disertai sanksi apabila kemudian tidak dilaksanakan. Ini berarti aturan-aturan KHI tersebut hanya berupa anjuran moral tanpa memberikan penegasan sebagai aturan hukum positif yang mengandung sanksi, sehingga dalam banyak kasus, putusan-putusan pengadilan agama kurang dapat dilaksanakan secara efektif.

⁵⁶Pasal 55, 56, 58, dan 82 KHI.

⁵⁷Pasal 149 KHI.

Adanya sanksi dalam aturan perundangan ini secara metodologis didasarkan pada metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu untuk meningkatkan perlindungan bagi aturan-aturan yang ada, yang sesungguhnya aturan tersebut berupaya menjaga hak-hak setiap anggota keluarga. Bahkan dapat dikatakan bahwa sanksi tersebut menjadi prasyarat dan sarana bagi terlaksananya aturan-aturan yang ada, sehingga keberadaannya pada dasarnya sama pentingnya dengan aturan tersebut. Dalam kaidah hukum Islam dikatakan *mā lā yatimmu al-wājib illā bihi fa huwa wājib* (apabila suatu kewajiban tidak dapat terlaksana kecuali dengan adanya sesuatu yang lain, maka hukum dari sesuatu yang lain tersebut juga wajib) serta *Al-ḥukmu bi ash-shaj ḥukmun bi wasāilihi* (hukum tentang sesuatu berarti juga hukum bagi sarana-sarana dari sesuatu tersebut) atau *al-wasā'il ḥukm al-maqāsid* (sarana hukumnya sama dengan tujuan) atau *al-wasā'il tattabi'u al-maqāsid fī aḥkamiha* (sarana mengikuti tujuan mengenai hukumnya).⁵⁸ Penentuan sanksi bagi suatu pelanggaran melalui ijtihad dan penetapan pemerintah, dalam hukum pidana Islam, dikenal dengan istilah hukuman *ta'zīr*. Hukuman *ta'zīr* diberlakukan sebagai balasan bagi pelaku tindak pidana *ta'zir*, yaitu tindak pidana (*jarīmah*) yang jenis dan hukumannya tidak terdapat dalam Al-Qur'an dan Hadis, untuk membedakannya dengan *ḥudūd* dan *Qisās-Diyāt* yang jenis dan hukumannya telah ditentukan dalam kedua sumber hukum Islam tersebut.

Dalam hukum pidana Islam, pemerintah dimungkinkan untuk menetapkan adanya hukuman *ta'zīr* bagi para pelaku yang melanggar aturan yang telah dibuat. Hukuman *ta'zir* ini dapat berupa hukuman fisik maupun berupa denda. Mengenai jenis hukuman para ulama berbeda pendapat apakah boleh hukuman *ta'zīr* lebih berat dari pada hukuman *ḥudūd* dan *qisās-diyāt*. Mayoritas

⁵⁸ 'Alī Aḥmad an-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damaskus: Dār al-Qalām, 1986), 345 dan 159.

berpendapat hukuman *ta'zīr* harus lebih ringan, sementara sebagian ada yang membolehkan bahwa hukuman *ta'zīr* lebih berat apabila memang diperlukan.⁵⁹ Dengan demikian, KHI Bidang perkawinan perlu juga mencantumkan adanya hukuman pidana bagi orang yang melanggar aturannya, sehingga aturan yang ada lebih mengikat dan memiliki daya paksa untuk ditaati. Apabila seperti itu, maka diharapkan hukum perkawinan di Indonesia akan dapat lebih ditaati sehingga pelaksanaannya lebih tertib dan teratur.

Dari uraian di atas dapat dilihat bahwa secara metodologis, upaya yang dilakukan KHI Bidang perkawinan dalam melakukan pembaruan tidak dilakukan secara konsisten. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan dilakukan secara parsial hanya pada beberapa pasal, sementara beberapa pasal lain yang seharusnya bisa diperbarui dibiarkan tetap seperti pendapat mazhab klasik sehingga dipandang kurang sesuai diterapkan dalam konteks masyarakat Indonesia kontemporer. Pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan, dalam istilah Al-Jābirī, dipandang sebagai Ijtihad-Taklid,⁶⁰ yaitu melakukan pembaruan tetapi belum bisa beranjak dari dan masih dipengaruhi oleh fikih mazhab klasik, dan belum merupakan ijtihad yang benar-benar diformulasi untuk menyesuaikan dengan zaman kontemporer. Sebenarnya, apabila KHI Bidang Perkawinan konsisten dalam menggunakan metodologinya untuk melakukan pembaruan, pasal-pasal yang tidak sesuai tersebut

⁵⁹Dalam hukum pidana Islam (fikih jinayah) tindak pidana (jarimah) diklasifikasi menjadi tiga bagian: (1) jarimah *hudūd*, yaitu tindak pidana yang hukumannya sudah ada *nashnya* dan tidak bisa diampuni atau diubah dengan hukuman lain, (2) jarimah *qisās-diyat*, yaitu tindak pidana yang hukumannya sudah ada ketentuan nashnya tetapi pelaku dapat diampuni oleh keluarga korban dengan cara membayar tebusan (*diyat*), dan (3) jarimah *ta'zīr*, yaitu tindak pidana yang tidak ada ketentuan hukumannya dalam nash, sehingga pemerintah dapat menetapkan sanksi dan hukuman berdasarkan kebijakannya. Lebih lanjut misalnya Wael B. Hallaq, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations* (New York: Cambridge University Press, 2009), 308-323.

⁶⁰ Muḥammad 'Ābid al-Jābirī, *ad-Dīn wa ad-Dawlah wa Taṭbīq ash-Sharī'ah*, Cet. 1 (Beirut: Markaz Dirāsāt al-Waḥdah al-'Arabiyyah, 1996), 167-192.

bisa diubah dan diganti sehingga menjadi aturan yang lebih sesuai dengan konteks masyarakat Indonesia saat ini.

Di samping itu, pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan melalui beberapa pasalnya dalam aplikasinya dipandang kurang efektif. Banyak masyarakat yang tidak melakukan apa yang diatur dalam KHI, bahkan terhadap keputusan-keputusan Pengadilan Agama yang telah memiliki kekuatan hukum yang tetap, seperti nafkah iddah, mut'ah dan biaya pemeliharaan anak yang sering kali diabaikan oleh mantan suami terhadap anak dan mantan isterinya. Pengabaian masyarakat terhadap aturan tersebut antara lain karena dalam KHI Bidang Perkawinan tidak ada sanksi yang secara jelas dan tegas dinyatakan bagi orang yang melanggarnya.

C. Respon terhadap KHI Bidang Perkawinan

Upaya pembaruan yang dilakukan KHI Bidang Perkawinan, sebagaimana diuraikan, secara metodologis belum dilakukan secara konsisten, di samping juga efektifitas implementasinya di masyarakat masih kurang. KHI sebagai hukum material di Pengadilan Agama memiliki kedudukan yang sangat penting karena menjadi pedoman bagi hakim dalam memutuskan perkara hukum keluarga di kalangan umat Islam Indonesia. Oleh karena itu, banyak pihak yang berkepentingan dengan KHI ini, termasuk pihak yang berupaya merespon dan menawarkan revisi terhadap KHI. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah pemikiran para tokoh baik dari kalangan akademisi maupun tokoh dari organisasi kemasyarakatan, Counter Legal Draft KHI (CLD KHI) dan Rancangan Undang-Undang Hukum Material Pengadilan Agama Bidang Perkawinan (RUU HMPA Bidang Perkawinan). Berikut terlebih dahulu dikemukakan respon dan kritik beberapa tokoh tersebut terhadap pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan. Pandangan para tokoh ini secara garis besar mengenai dua hal, yaitu pertama, pandangan mereka tentang pembaruan yang dilakukan oleh

KHI Bidang Perkawinan dan landasan metodologisnya, dan kedua, kritik dan tawaran revisi terhadap KHI Bidang Perkawinan.

Para tokoh ormas Islam secara umum berpendapat bahwa **pasal-pasal pembaruan dan landasan metodologis** yang ada dalam KHI Bidang Perkawinan sudah cukup baik dan telah berupaya mengakomodir kebutuhan masyarakat Indonesia. Menurut Dr. KH. A. Malik Madany, MA, tokoh dari Nahdlatul Ulama (NU), pasal-pasal pembaruan yang ada pada KHI banyak didasarkan pada *as-siyāsah ash-shar’iyyah*, yaitu kebijakan pemerintah yang berupaya mendekatkan dan mewujudkan kemaslahatan serta menjauhkan adanya kemafsadatan bagi masyarakat secara umum. Kebijakan yang ditempuh dalam KHI Bidang Perkawinan tersebut kebanyakan berbentuk pembatasan pada sebagian hal-hal yang mubah (*taqyīd ba’di al-mubāḥāt*). Pembatasan hal-hal yang sebenarnya boleh (*mubāḥ*) tersebut seperti melakukan pembatasan terhadap praktek poligami dengan syarat-syarat yang ketat, adanya masa ihdad suami yang istrinya meninggal dunia untuk tidak langsung menikah, batas usia menikah (*taḥdīd sinni al-zawaj*), dan mempersulit terjadinya perceraian dengan hanya melalui pengadilan agama.⁶¹

Sementara itu, menurut Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag, tokoh Persatuan Islam (Persis), KHI merupakan langkah positivisasi hukum Islam di Indonesia, karena KHI pada dasarnya adalah fikih yang dalam proses inisiasi, perumusan dan pengesahannya berada di tangan negara atau perpanjangan tangannya. Di samping itu, KHI juga dipandang sebagai fikih Indonesia yang genesisnya dapat ditemukan dalam pemikiran Hasbi ash-Shiddiqy dan Hazairin. Hal ini merupakan langkah maju, karena selama ini kita pada umumnya belum menunjukkan kemampuan untuk berijtihad dalam mewujudkan fikih yang sesuai dengan kepribadian Indonesia, sehingga kadang-kadang memaksakan fikih Hijaz, fikih Mesir atau

⁶¹ Wawancara dengan Dr. KH. A. Malik Madany, MA pada tanggal 7 Oktober 2015 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

fikh Irak untuk diberlakukan di Indonesia atas dasar taklid. Dengan demikian, KHI merupakan suatu perwujudan hukum Islam yang khas di Indonesia. Atau dengan perkataan lain, KHI merupakan wujud hukum Islam yang bercorak keindonesiaan.⁶²

Dalam beberapa pasal pembaruan KHI Bidang Perkawinan, telah terjadi adaptasi dan modifikasi tatanan hukum Islam dengan konteks Indonesia. Dengan kata lain, nalar Hukum yang berusaha di bangun oleh pembaruan KHI Bidang Perkawinan ini sebenarnya cukup kontekstual dengan adanya hubungan antara wahyu dan rasio yang dinamis, seperti pada masalah pembatasan poligami, pembatasan usia menikah, adanya ihdad bagi suami, perceraian harus melalui pengadilan dan pembaruan lainnya. Landasan metodologis yang dipakai dalam pembaruan KHI Bidang Perkawinan tersebut adalah dua sumber argumentasi, yaitu argumen normatif dan argumen rasional.⁶³

Dalam pandangan tokoh NU yang lain, yaitu Drs. KH. Masdar F. Mas'udi, MA, beberapa pasal KHI Bidang Perkawinan memang sudah lebih memperhitungkan masalah sebagai landasan hukumnya dari pada teks agama, walaupun secara umum dalam pasal-pasal yang lain nuansa tekstualnya juga masih kental. Pertimbangan kemaslahatan tersebut antara lain pada masalah batas usia pernikahan, persetujuan rujuk dari isteri, dan adanya ihdad bagi suami. Kemaslahatan tersebut memang harus dirasakan oleh kedua belah pihak, baik suami maupun isteri, dan tidak bisa apabila hanya dirasakan oleh salah satu pihak saja. Demikian juga dalam masalah

⁶² Wawancara dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 27 Agustus 2015 di Kampus UIN Sunan Gunung Djati Bandung dan Jawaban wawancara tertulis via Email dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 16 September 2015.

⁶³ Wawancara dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 27 Agustus 2015 di Kampus UIN Sunan Gunung Djati Bandung dan Jawaban wawancara tertulis via Email dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 16 September 2015.

status anak sah, KHI telah menggunakan metode *istiṣlāḥi*, yaitu mengedepankan hak dan perlindungan anak. Ketentuan-ketentuan yang dibuat oleh negara harus mendukung kebutuhan masyarakat. Kemaslahatan bagi yang lemah harus lebih diprioritaskan. Mengenai status anak sah ini, KHI telah beranjak dari pandangan fikih klasik, walaupun saat ini telah ada keputusan Mahkamah Konstitusi tahun 2010 yang menyatakan bahwa anak hasil perkawinan yang tidak dicatatkan mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya apabila dapat dibuktikan dengan Ilmu Pengetahuan dan lainnya.⁶⁴

Sementara itu, menurut Prof. M. Atho Mudzhar dalam konteks pembaharuan hukum perkawinan, selama ini aturan yang ada di Indonesia adalah UU. No. 1 Tahun 1974 yang bertahan lama (hampir 42 tahun) tanpa mengalami amandemen kecuali beberapa kali uji materi oleh Putusan Mahkamah Konstitusi, dan KHI (hampir 25 tahun). Hal ini dapat menimbulkan spekulasi di masyarakat mengenai sebab kenapa aturan itu bertahan lama. Pertama, mungkin masyarakat merasa aturan itu masih memadai untuk menjawab perkembangan masalah perkawinan hingga sekarang ini. Kedua, mungkin juga sesungguhnya yang terjadi adalah status quo antara pihak-pihak yang ingin mempertahankan aturan itu dan pihak-pihak yang ingin mengubahnya. Bagi mereka yang ingin mempertahankannya, terutama dari tokoh konservatif agama Islam, melihat bahwa isi UU itu relatif dekat dengan hukum Islam. Bahkan ada yang mengatakan bahwa UU itu adalah perwujudan Islam di Indonesia dalam bidang perkawinan. Bagi mereka, kesempatan membuka peluang untuk merivisi UU tersebut dikhawatirkan justru akan menjauhkan isinya dari hukum Islam dan jatuh ke tangan para kaum liberal dan sekular. Adapun bagi mereka yang ingin mengubahnya, ide-idenya sudah nampak seperti

⁶⁴ Wawancara dengan Drs. KH. Masdar F. Mas'udi, MA pada tanggal 08 Oktober 2015 di Kantor Dewan Masjid Indonesia (DMI) DKI Jakarta.

beredarnya draft tandingan UU Perkawinan dan permohonan uji materi oleh berbagai pihak tentang berbagai pasal dari UU itu.⁶⁵

Prof Abdul Ghani Abdullah, hakim agung dan tokoh yang terlibat dalam penyusunan KHI, berpendapat bahwa KHI Bidang Perkawinan ini sebenarnya memiliki hubungan erat dengan UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, karena UUP ini pada dasarnya sudah menganut prinsip hukum Islam, hanya saja belum terperinci. UUP merupakan hukum nasional yang bersifat unifikatif untuk menjembatani masyarakat plural antar golongan Agama yang ada di Indonesia, sementara KHI sifatnya untuk memerinci aturan-aturan hukum perkawinan dari UUP tersebut khusus untuk umat Islam. sebagai contoh, pada pasal 2 ayat 1 UUP dinyatakan bahwa “Perkawinan sah apabila dilakukan sesuai agamanya masing-masing”. Prinsip ini berlaku untuk semua kalangan beragama, kemudian bagaimana sah menurut agama Islam? KHI kemudian memerincinya dan mengatur bagaimana rukun dan syarat perkawinan agar dinyatakan sah menurut hukum Islam.

Sementara itu, di samping berkaitan dengan agama, perkawinan juga berkaitan dengan negara. Misalnya, pada pasal 2 ayat 2 UUP dinyatakan “Tiap-tiap perkawinan harus dicatatkan”. Hal ini menimbulkan problematika hukum dan diperdebatkan, apakah pencatatan merupakan kewajiban atau hanya bersifat administratif? Jawabnya adalah sahnya perkawinan hanya jika dinyatakan sah menurut agama masing-masing (ayat 1), sedangkan pencatatan tidak termasuk pada unsur sahnya perkawinan, dan hanya kepentingan administrasi negara bahwa perkawinan yang sah menurut negara harus dicatatkan. Dengan demikian, menurut pasal 2 ayat 1 perkawinan yang sah adalah perkawinan menurut agama,

⁶⁵ Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

dalam hal ini fikih, sedangkan ayat 2 menyatakan bahwa keharusan pencatatan adalah sebagai wujud bahwa perkawinan bukan hanya persoalan hubungan personal tetapi berkaitan juga dengan unsur kenegaraan dan unsur kebangsaan yang kaitannya dengan unsur pertumbuhan jumlah penduduk. Perkawinan, sebagaimana diketahui, akan menimbulkan problematika hukum dan akibatnya, yaitu status Anak dengan segala permasalahannya, perceraian dengan segala konsekuensi hukumnya dan pembagian harta bersama dengan segala permasalahannya, maka dibutuhkan andil negara untuk mentertibkan aturan-aturannya. Namun demikian, pencatatan (pasal 2 ayat 2) tidak bisa menghalangi atau menggugurkan perkawinan yang sudah sah menurut agama (pasal 2 ayat 1).

Dari segi fikih, KHI, menurutnya, mengandung beberapa pembaruan, misalnya dalam masalah gugat cerai dari pihak istri. Dalam fikih terdapat banyak pendapat disertai dengan berbagai argumentasi yang kuat, sehingga dalam perumusan KHI saat itu terjadi diskusi akan diterapkan hukum seperti apa dan bagaimana. Salah satu tokoh yang sangat dominan dalam menentukan perumusan hukum KHI adalah Prof. Ibrahim Hosein, yang banyak menggunakan metode *takhayyur* antar mazhab. Dengan demikian, mengenai masalah gugat cerai ini merupakan hasil ijtihad ulama Indonesia dalam mengatur perceraian yang diajukan oleh istri. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan yang lain adalah masalah harta bersama. Di negara lain mengenai harta bersama ini tidak diatur, karena perkawinan adalah kontrak atau perjanjian, maka tentang pembagian harta bersama tunduk pada hukum perjanjian. Di Indonesia, pengaturan tentang pembagian harta bersama di dalam hukum perkawinan ini adalah semata-mata untuk melindungi hak-hak perempuan.

Kemudian mengenai Status Anak Sah, hal ini erat kaitannya dengan persoalan hukum tentang kawin hamil. Hukum kawin hamil di dalam fikih terdapat banyak perbedaan hukumnya, yaitu apakah

wanita hamil tersebut boleh kawin atau tidak? Apabila boleh kawin, apakah boleh langsung campur atau tidak? Kemudian setelah anak lahir, anak siapakah itu? Aturan kawin hamil di Indonesia pada dasarnya mengikuti kondisi sosial di Indonesia, yaitu biasanya langsung dikawinkan dengan laki-laki yang menghamilinya. Walaupun di dalam KHI dinikahkan harus dengan laki-laki yang menghamilinya, tetapi secara praktek jika wanita hamil itu menikah dengan orang lain maka perkawinannya diizinkan oleh Pengadilan, jadi sebenarnya tidak harus dengan laki-laki yang menghamilinya, walaupun tetap sangat dianjurkan dengan laki-laki yang menghamilinya. Sementara mengenai status anak sah KHI menganut “Prinsip Melahirkan”, yaitu jika anak itu lahir sudah dalam perkawinan orang tuanya yang sah, maka anak itu dinyatakan anak sah, walaupun pembuahan benihnya dilakukan sebelum pernikahan.

Sementara itu, mengenai kawin beda agama, KHI Bidang Perkawinan tidak membolehkannya. Persoalan perkawinan beda agama itu sangat rumit dan sulit disatukan. Pendapat KHI sendiri merujuk pada Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 220 bahwa perkawinan dengan orang musyrik diharamkan. Di Indonesia tatanan hukum yang ada khususnya tentang kawin beda agama adalah untuk meminimalisir polemik yang berkepanjangan. Adapun pelaku perkawinan beda agama yang dilakukan di negara lain, walaupun perkawinan yang dilakukan di luar negeri harus tunduk dengan aturan yang ada di negara tersebut, tetapi jika pelaku itu datang ke Indonesia dia hanya memperoleh surat keterangan dari catatan sipil bahwa sudah terjadi perkawinan tetapi tetap tidak memperoleh legalitas dari hukum perkawinan Islam di Indonesia (KHI).

Kemudian saksi perkawinan di dalam KHI adalah harus laki-laki, walaupun di dalam fikih perempuan diperbolehkan menjadi saksi pernikahan, yaitu dua banding satu dengan laki-laki, dalam arti dua perempuan nilainya sama dengan satu laki-laki. Tetapi aturan di

Indonesia, termasuk KHI, melihat realitas di Indonesia bahwa pada setiap perkawinan biasanya masyarakat lebih menggunakan saksi laki-laki dari pada perempuan. Dengan demikian, pada prinsipnya memang perempuan boleh menjadi saksi nikah, tapi karena realitas sosial memakai laki-laki maka KHI mengikuti kehendak sosial.⁶⁶

Menurut Dr. H. Hamim Ilyas, MA, seorang tokoh Muhammadiyah, KHI Bidang perkawinan telah melakukan beberapa pembaruan dalam pasal-pasalnya yang berbeda sama sekali dengan fikih mazhab. Keberanjakan dari fikih mazhab ini merupakan hal niscaya karena hukum Islam memang harus terus berkembang seiring dengan perkembangan masyarakat dan konteks zaman. Hal ini juga menandakan bahwa hukum Islam haruslah dinamis, tidak terhenti pada fikih-fikih yang diformulasi oleh para imam mazhab terdahulu, yang ijtihad mereka juga tidak terlepas dari respon terhadap situasi dan konteks zamannya masing-masing. Pembaruan beberapa pasal dalam KHI Bidang Perkawinan ini secara metodologis berdasarkan pada kemaslahatan yang menjadi *maqāṣid al-sharī'ah* dengan realitas empiris konteks masyarakat Indonesia. Dengan demikian, pembaruan KHI Bidang Perkawinan ini dapat dikatakan sebagai produk fikih Indonesia, yang seharusnya memang berbeda dengan produk fikih mazhab klasik.⁶⁷

Setelah mengomentari pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan, para tokoh ormas Islam tersebut berupaya untuk melakukan **kritik dan tawaran perubahan (pembaruan) terhadap KHI Bidang Perkawinan**. Menurut Dr. KH. A. Malik Madany, MA, karena KHI ini telah berlaku selama 25 tahun sejak ditetapkannya, maka perlu adanya penelitian (*al-istiqrā'*) baru mengenai kondisi dan konteks masyarakat Indonesia saat ini untuk

⁶⁶ Wawancara dengan Prof. Abdul Ghani Abdullah pada hari Senin tanggal 15 Februari 2016 di kantor Mahkamah Agung, Jakarta.

⁶⁷ Wawancara dengan Dr. H. Hamim Ilyas, MA pada tanggal 26 April 2014 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

melakukan pembaruan terhadap KHI Bidang Perkawinan. Misalnya apakah masih sesuai batas minimal umur nikah 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan, masa ihdad suami belum jelas kemudian apakah perlu ditetapkan 40 hari misalnya, dan seterusnya. Di samping itu, penelitian tentang kondisi masyarakat ini juga perlu bisa digunakan untuk merivisi atau meninjau ulang ketetapan yang ada dalam KHI Bidang Perkawinan, yaitu dengan melihat masalah dan madaratnya. Misalnya, pembatasan poligami yang ada sekarang sudah cukup ketat dan tidak perlu lebih diperketat, karena kalau diperketat bisa berimplikasi pada maraknya perzinahan, kemudian perkawinan wanita hamil juga ibaratnya pisau bermata dua, satu sisi melindungi status anak tetapi di sisi lain kurang baik bagi pergaulan lawan jenis sebelum menikah, serta masalah gono gini juga tidak harus separuh antara suami dan isteri, tetapi bisa dua pertiga banding sepertiga karena tanggung jawab suami (laki-laki) lebih besar. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan, dengan demikian, ke depannya perlu disesuaikan dengan kondisi masyarakat yang berkembang dan ini dapat diketahui melalui penelitian.⁶⁸

KHI Bidang Perkawinan telah melakukan pembaruan dalam beberapa pasalnya, namun demikian, dikatakan oleh Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag, masih banyak yang *bias gender* sehingga mereduksi makna keagungan perkawinan itu sendiri. Dalam konteks ini misalnya dapat dilihat konsep peminangan yang harus dilakukan pihak laki-laki (pasal 11-12), wali yang disyaratkan laki-laki (pasal 20), saksi yang juga laki-laki (pasal 25), perjanjian perkawinan (pasal 45), dan beristeri lebih dari satu orang (pasal 55). Berdasarkan pada butir-butir pasal di atas, terdapat reduksi-reduksi makna hakiki perkawinan. Hal ini selanjutnya berimplikasi terhadap bangunan rumah tangga, yang dalam banyak kasus juga dapat

⁶⁸ Wawancara dengan Dr. KH. A. Malik Madany, MA pada hari Rabu tanggal 7 Oktober 2015 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

menimbulkan kekerasan dalam rumah tangga karena adanya dominasi satu pihak atas pihak lain.

Pembaruan terhadap KHI Bidang Perkawinan perlu dilakukan asalkan tujuannya secara murni demi kepentingan dan kemajuan umat Islam. Sebenarnya, secara umum metodologi pembaruan KHI Bidang Perkawinan telah sesuai dengan kaidah-kaidah hukum Islam yang baku dengan merujuk pada tiga sumber, yaitu Al-Quran, Sunnah Rasul dan Al-Ra'yu. Hanya saja, pembaruan yang dilakukan perlu dilakukan secara konsisten dan tidak hanya pada pasal-pasal tertentu. Peran Al-Ra'yu juga sangat penting sehingga perlu ditingkatkan, tidak saja berperan untuk menggali makna (*al-ma'na*) yang ada dalam teks, tetapi juga yang lebih penting adalah untuk mengkaji *al-magza* (signifikansi) dari teks itu sendiri, sehingga muatan teks tersebut dapat didialektikakan dengan konteks masyarakat saat ini. *Al-Magza* (Signifikansi) ini mesti dipertimbangkan dalam pembaharuan terhadap KHI Bidang Perkawinan.⁶⁹

Menurut Drs. Masdar F. Mas'udi, MA perlu dilakukan penelitian lebih lanjut apakah memang KHI Bidang Perkawinan ini sudah mengakomodir kebutuhan masyarakat saat ini atautkah belum. Di samping itu, dalam KHI masih belum adanya sanksi, sehingga KHI hanya sebagai aturan negara yang sifatnya hanya “merogoh kesadaran” masyarakat, tanpa adanya daya paksa untuk dilakukan secara positif. Secara metodologis, walaupun telah menggunakan pertimbangan kemaslahatan, tetapi secara umum KHI Bidang Perkawinan masih memiliki nuansa tekstual yang kental. Padahal, pembaharuan seharusnya lebih mengacu pada kalkulasi masalah dari pada teks agama, karena kalau hanya menerapkan dari

⁶⁹ Wawancara dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 27 Agustus 2015 di Kampus UIN Sunan Gunung Djati Bandung dan Jawaban wawancara tertulis via Email dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 16 September 2015.

pengertian teks wahyu secara harfiah maka namanya “*tathbiq*”, yang berarti hanya pemahaman dan penerapan saja dan bukan pembaruan.⁷⁰

Dalam konteks pembaruan hukum perkawinan, maka pembaruan sebenarnya adalah sebuah “fenomena modern” yang harus selalu mengacu pada konsep yang lebih mengedepankan hak-hak perempuan dan anak. Kemudian, landasan bagi pembaruan seperti itu haruslah masalah. Definisi Masalah yang paling sederhana adalah minimal “*daf’u al-darār*”, menolak kemadaramatan. *Maṣlahah* sebenarnya bisa dinalar dari teks wahyu, tapi terkadang masalah sesungguhnya lebih esensi dari nash wahyu. *Maṣlahah* ini haruslah dapat dirasakan oleh berbagai pihak. Walaupun masalah terkadang bersifat subyektif yang beriringan dengan dinamika masyarakat, tetapi tetap ada parameternya, seperti masalah bagi pihak yang lemah harus lebih diprioritaskan. Misalnya dalam relasi suami istri, maka masalah bagi istri lebih dipertimbangkan, sedangkan dalam relasi orang tua dan anak, masalah anak lebih diprioritaskan. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan haruslah mengikuti rambu-rambu ini. Walaupun demikian, apabila ada pasal-pasal yang belum dilakukan pembaruan, itu menjadi wajar karena hukum pada dasarnya mengikuti dinamika masyarakat dan kesadaran manusianya sendiri. Konsep penerapan hukum itu bersifat “*tadrīj*”, yaitu berproses mengikuti pertumbuhan kedewasaan masyarakat.⁷¹

Menurut Prof. M. Atho Mudzhar, dalam aturan perkawinan di Indonesia baik yang tertuang dalam UU No. 1 tahun 1974 maupun KHI nampak adanya sejumlah ruang yang masih dapat disempurnakan dari segi isinya atau substansi hukumnya. Situ

⁷⁰ Wawancara dengan Drs. KH. Masdar F. Mas’udi, MA pada tanggal 08 Oktober 2015 di Kantor Dewan Masjid Indonesia (DMI) DKI Jakarta.

⁷¹ Wawancara dengan Drs. KH. Masdar F. Mas’udi, MA pada tanggal 08 Oktober 2015 di Kantor Dewan Masjid Indonesia (DMI) DKI Jakarta.

nampak juga bahkan lebih jelas lagi mengenai perlunya pencantuman sejumlah sanksi atau ancaman hukuman bagi pelanggaran atas berbagai aturan yang dituangkan. Seperti tentang pencatatan perkawinan misalnya, agar pencatatan tetap tidak menentukan keabsahan perkawinan yang banyak ditolak oleh sekelompok Islam karena seolah hendak menambahi rukun nikah dengan pencatatan, tetapi pencatatan tetap merupakan kewajiban yang dipatuhi masyarakat maka jalan keluarnya adalah ke depan harus diberikan ancaman sanksi, berupa sanksi denda dan atau kurungan badan bagi pelanggarnya. Karena sesungguhnya di sejumlah Negara Muslim lain, hal itu sudah berlangsung, seperti di Yordania, Pakistan, Malaysia di Negara Bagian Perak dan Brunei Darussalam yang masing-masing negara sudah memberikan sanksi bagi pelanggaran aturan pencatatan perkawinan ini.⁷² Penerapan sanksi juga sepatutnya diberlakukan bagi pelanggaran kasus poligami. Posisi Indonesia dalam pengaturan poligami sesungguhnya berada di tengah-tengah antara negara-negara Muslim yang melarang dan membolehkan poligami. Seperti Tunisia dan Turki adalah dua negara yang sama sekali melarang poligami. Saudi Arabia adalah contoh yang membuka lebar pintu poligami. Indonesia seperti Pakistan, mempersulit poligami, artinya membolehkan poligami hanya saja harus dengan izin pengadilan dan dengan syarat-syarat yang ketat termasuk izin istri pertama.

⁷² Menurut M. Atho Mudzhar, sesungguhnya dalam Islam perintah “pencatatan” itu sudah ada. Alasannya adalah pertama diqiyaskan dengan perintah pencatatan dalam transaksi jual beli dan pinjam meminjam, dan kedua adanya hadis Nabi SAW yang memerintahkan agar perkawinan itu dirayakan (diwalimahkan) atau dengan kata lain diumumkan. Dalam hal ini kata “*aulim*” (walimahkanlah!) dalam sabda Nabi SAW itu dapat berarti “*a’linu*” (iklankanlah! atau umumkanlah!) yang ada zaman sekarang bentuknya adalah pencatatan oleh petugas Negara atau mungkin juga di depan di “on line-kan” lewat situs internet. Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

Masalahnya di Indonesia adalah bagi pelanggar aturan itu tidak diberikan ancaman sanksi yang tegas berupa denda dan atau kurungan badan seperti negara lain yang sudah memberlakukannya, sehingga perkawinan poligami terjadi dimana-mana tanpa memenuhi persyaratan dan prosedur yang diatur dalam UU. Apalagi ditambah dengan kewajiban pencatatan yang lemah, maka praktis persyaratan poligami terabaikan. Pemberlakuan sanksi ini juga sudah seharusnya diterapkan bagi kasus-kasus pelanggaran lainnya seperti perceraian di luar sidang pengadilan,⁷³ kawin paksa, perwalian bagi anak di bawah umur yang melalaikan kewajibannya dan berkelakuan buruk dan pelanggaran lainnya, karena secara substansi aturan-aturan yang selama ini ada sesungguhnya sudah memadai, tetapi karena tidak ada ancaman hukuman bagi pelanggarnya maka aturan itu hanya seperti nasehat atau saran dan bukan aturan hukum.⁷⁴

⁷³ Jika dibandingkan dengan UU No. 22 tahun 1946 tentang pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk, aturan perceraian dalam UU No.1 tahun 1974 dan KHI ternyata lebih lunak karena tiadanya ancaman sanksi. Dalam UU No. 22 tahun 1946 sebagaimana perkawinan, pencatatan talak juga diatur dalam pasal 1 ayat (1), dan kemudian pada pasal 3 ayat (3) UU itu ditegaskan bahwa barang siapa menjatuhkan talak atau merujuk isterinya tidak memberitahukan hal itu dalam waktu satu minggu kepada pegawai yang berwenang, maka ia diancam dengan hukuman denda sebanyak-banyaknya Rp. 50,- (Lima puluh rupiah). Disini sekali lagi nampak bahwa ancaman hukuman denda itu disebutkan secara eksplisit dalam UU itu, meskipun pada pasal 4 UU itu ditegaskan bahwa hal-hal yang boleh dihukum pada pasal 3 di atas (kelalaian pencatatan perkawinan dan perceraian) dipandang sebagai pelanggaran, artinya bukan kejahatan, tetapi pertanyaannya kenapa aturan yang tegas yang memberikan ancaman pada UU No. 22 tahun 1946 itu kemudian hilang pada UU No. 1 tahun 1974?. Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

⁷⁴ Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

Adapun tentang batas usia nikah menurut Prof. M. Atho Mudzhar minimal 19 tahun untuk pria dan 16 tahun untuk wanita, mungkin perlu diubah agar batas usia itu sama antara laki-laki dan perempuan menjadi sama yaitu 19 tahun. Pertimbangannya adalah bahwa sejumlah UU lain telah mengatur bahwa batas usia anak adalah 18 tahun, sehingga perlu sinkronisasi. Demikian pula dengan wajib belajar 12 tahun maka usia 19 tahun artinya usia setelah tamat sekolah menengah atas. Sedangkan aturan yang mengatur tentang kedudukan anak pasal 42 s/d 44 UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI pasal 99 dan 100. Pasal 43 UU No. 1/1974 sebelum diuji materi oleh MK (Mahkamah Konstitusi) berbunyi bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Tetapi setelah diuji materi dan diputuskan oleh MK No. 46/PUU-VII/2010 rumusan ini dijelaskan menjadi hubungan perdata itu bukan hanya dengan ibunya dan keluarga ibunya saja tetapi juga dengan ayahnya dan keluarga ayahnya yang hubungan darahnya dapat dibuktikan dengan ilmu Pengetahuan. Putusan MK ini telah menimbulkan kontroversi dalam masyarakat, termasuk MUI mempersoalkannya karena terasa sedikit asing bagi sebagian besar telinga Indonesia. Sehingga disini seolah-olah MK sedang menggunakan norma hukum yang berbeda dari norma yang berkembang dalam masyarakat Indonesia dan norma itu diklaim berasal dari norma hukum International. Sebenarnya masalah ini tidak harus menjadi bahan kontraversi, apabila secara tegas dijelaskan bahwa yang dimaksud MK dengan tambahan rumusannya (extra petitum) itu adalah dalam hal-hal pengecualian ketika sang ayah tidak diketahui secara jelas, tetapi bukan sebagai norma pokok ataupun norma umum. Adapun yang menjadi norma umum tetap yaitu anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dari hasil perkawinan yang sah. Perbedaan antara norma pokok dan norma pengecualian itu perlu ditegaskan agar masyarakat merasa nyaman dengan norma yang dianutnya dan MK tidak dinilai

membuat putusan bukan berdasarkan norma masyarakatnya.⁷⁵ Prof. Ato menambahkan, sesungguhnya secara prioritas, nampaknya penyempurnaan substansi pengaturan itu dapat ditunda atau diminimalisir karena substansi yang ada relative masih memadai, tetapi penyempurnaan dalam bentuk pencantuman ancaman sanksi atas berbagai pelanggarannya mungkin sudah sangat mendesak untuk menjaga agar masyarakat tidak menjadi anarkhis dalam kehidupan perkawinan.

Di samping upaya pembaruan KHI Bidang Perkawinan yang telah berusaha disesuaikan dengan konteks sosial masyarakat Indonesia, menurut Prof. Abdul Ghani, juga tidak menutup kemungkinan untuk merevisi dan mengubah beberapa pasal dalam KHI. Beberapa pasal yang perlu dikaji lebih mendalam misalnya mengenai anak sah dengan menggunakan “Prinsip Melahirkan”. Dari prinsip melahirkan ini sebenarnya masih banyak persoalan yang muncul dan belum terjawab. Misalnya jika benih spermanya diperoleh dari bank sperma kemudian wanita itu menikah dengan laki-laki lain, lalu anak siapakah itu? dan misalnya jika sepasang suami istri menaruh benih untuk bayi tabung sedangkan yang mengandung itu adalah ibu rahim sewaan karena sang istri tidak bisa mengandung, maka jika anak itu lahir anak siapakah itu? Jika menganut prinsip melahirkan sebenarnya banyak muncul problematika yang harus dijawab.

Sementara itu, aturan dalam masalah poligami di Indonesia, termasuk dalam KHI Bidang Perkawinan, terlihat masih terlalu prematur dan terlalu cepat dalam melakukan generalisasi, sebanding dengan terlalu cepatnya menggeneralisasi konsep keadilan dalam rumah tangga yang sebenarnya sulit digeneralisasi. Seharusnya

⁷⁵ Lihat M Ato Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

prinsip keadilan titik beratnya terletak pada istri, karena suami hanya sebagai pemberi nafkah. Ayat al-Qur'an yang menyatakan *wain khiftum 'an lā ta'dilū fawāḥidatan* menjelaskan bahwa keadilan atau kesejahteraan menjadi '*illat* tentang kebolehan poligami, dan keadilan tidak bisa digeneralisasi. Di samping itu, poligami bukan hanya persoalan kesejahteraan saja tetapi juga menimbulkan persoalan motif individu untuk berpoligami yang berbeda-beda dan ini pun tidak bisa digeneralisasi. Dalam aturan hukum, pada dasarnya izin istri pertama itu bukan suatu kewajiban, karena jika istri pertama tidak mengizinkan, maka hakim pengadilan agama dapat mengabulkan izin poligami tersebut. Hanya saja saja, itsbat nikah untuk poligami belum ada aturannya, padahal ini penting untuk meminimalisir poligami dengan cara pernikahan liar. Dengan demikian, aturan mengenai poligami ini masih perlu dirinci dan dibahas secara seksama dan tidak sesederhana yang ada dalam KHI dan UUP. Pembahasan poligami pada dasarnya erat kaitannya dengan tujuan perkawinan, yaitu membentuk keluarga yang *sakinah, mawaddah wa rahmah* yang harus dikaji secara mendalam baik dari sisi sosiologis maupun filosofisnya.

Dengan demikian, upaya pembaruan hukum, termasuk KHI Bidang Perkawinan, pada dasarnya harus sesuai dengan kehendak sosial. Hukum adalah bukan alat rekayasa sosial tetapi sebaliknya hukum haruslah sesuai dan mengikuti realitas sosial, karena dalam hukum Islam pun terdapat kaidah *al-illatu yadūru ma'a 'illatihi wujūdān wa 'adamān*, jadi '*illat* hukum itu ada atau tidaknya adalah dipengaruhi oleh kondisi sosial dalam masyarakat. Oleh karena itu, adanya CLD KHI, misalnya, juga tidak dapat diterima karena isinya tidak sesuai dengan realitas sosial masyarakat di Indonesia. Dengan kata lain, perubahan pasal-pasal yang ada di dalam KHI dapat dilakukan sebagai upaya pembaruan, tetapi harus ada kajian dan pembahasan yang mendalam, pasal-pasal mana yang perlu dipertahankan dan pasal-pasal mana yang perlu dirubah sesuai

dengan perkembangan sosial yang memang selalu mempengaruhi perubahan hukum, tidak terkecuali perubahan masyarakat di Indonesia.⁷⁶

Sementara itu, menurut Dr. Hamim Ilyas, MA, KHI Bidang Perkawinan ini memang perlu direvisi dan diperbarui, mengingat masih banyaknya pasal-pasal yang mensubordinasi perempuan. Padahal prinsip ajaran Islam itu adalah adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, bahkan kesetaraan yang didasarkan pada kemanusiaan. Apabila umat Islam Indonesia ingin maju, maka salah satunya adalah dengan cara merombak hukum keluarganya, khususnya KHI Bidang Perkawinan, dengan didasarkan pada prinsip-prinsip kesetaraan dan kemanusiaan. Mengingat hukum perkawinan adalah fondasi bagi terbentuknya keluarga tempat tumbuh kembangnya generasi mendatang. Islam adalah agama berkemajuan, sehingga hukum perkawinannya pun seharusnya sesuai dengan konteks dan tuntutan peradaban dunia kontemporer, yaitu dengan didasarkan pada prinsip keadilan, baik dalam masalah hak dan kewajiban suami istri ataupun hak dan kewajiban orang tua anak.⁷⁷

Sementara itu, CLD KHI yang merupakan respon langsung terhadap KHI dan terbit pada tahun 2004 merupakan hasil kajian dan tawaran dari Tim Pengarusutamaan Gender (PUG) yang dibentuk oleh Departemen Agama. Tim PUG tersebut pada awalnya bertugas untuk memberi masukan bagi upaya pembaruan KHI. Hanya saja hasil yang ditawarkan oleh Tim PUG tersebut kemudian menjadi kontroversial karena isinya berbeda sama sekali dengan KHI dan dianggap oleh kebanyakan masyarakat terlalu liberal. Karena menjadi kontroversi yang berkepanjangan dalam

⁷⁶ Wawancara dengan Prof. Abdul Ghani Abdullah pada hari Senin tanggal 15 Februari 2016 di kantor Mahkamah Agung, Jakarta.

⁷⁷ Wawancara dengan Dr. H. Hamim Ilyas, MA pada tanggal 26 April 2014 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

masyarakat, CLD KHI tersebut akhirnya dibekukan oleh Menteri Agama saat itu.⁷⁸ CLD KHI berisi tiga bidang hukum sebagaimana KHI, yaitu bidang perkawinan, bidang kewarisan dan bidang perwakafan.

Dalam CLD KHI bidang perkawinan terdapat 19 bab dan 116 pasal. Di antara pasal-pasal tersebut banyak terdapat hal-hal yang dianggap kontroversial karena sama sekali berbeda dengan ketentuan fikih mazhab. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah poligami tidak diperbolehkan (pasal 3), wali bukan rukun nikah dan pencatatan sebagai gantinya (pasal 6), batas usia minimal menikah adalah 19 tahun baik laki-laki ataupun perempuan, dan apabila perempuan sudah berumur 21 tahun, sebagaimana laki-laki, dapat mengawinkan dirinya sendiri dengan tanpa wali (pasal 7) sehingga keduanya bisa melakukan ijab atau kabul (pasal 9), kedudukan laki-laki dan perempuan sama sebagai saksi (pasal 11), mahar diwajibkan bagi kedua calon mempelai, baik laki-laki maupun perempuan (pasal 16), perkawinan sementara waktu diperbolehkan sebagai bagian dari perjanjian perkawinan (pasal 22, 28 dan 56), status hukum anak tidak saja dinisbatkan kepada ibunya tetapi juga kepada bapak biologisnya (Pasal 47 dan 94), kedudukan suami dan isteri benar-benar setara dalam keluarga dan kehidupan sosial (pasal 49 dan 50), suami, sebagaimana isteri, dapat dimungkinkan melakukan nusyuz (pasal 53), perkawinan beda agama diperbolehkan (pasal 54), suami dan isteri memiliki hak yang sama dalam masalah perceraian (tidak ada perbedaan istilah talak dan gugat cerai) (pasal 59), dan iddah tidak hanya berlaku bagi isteri tetapi juga bagi suami (pasal 88 dan 112).⁷⁹

⁷⁸Menteri yang membekukan CLD KHI saat itu adalah Maftuh Basuni. <http://www.freelists.org/post/ppi/ppiindia-Menag-Maftuh-Basuni-Bekukan-CLD-KHI-Usulan-Tim-Gender-Depag>.

⁷⁹Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Depatemen Agama, 2004), 34-74.

Ketetapan-ketetapan CLD KHI tersebut ditawarkan sebagai pengganti pasal-pasal yang ada dalam KHI, karena menurut Tim PUG, KHI tidak lagi memadai untuk menyelesaikan problem hukum keluarga di tengah masyarakat Indonesia yang semakin kompleks, di samping juga tidak sesuai dengan hukum nasional dan konvensi internasional yang telah disepakati bersama. Bahkan, menurut Tim PUG, beberapa pasal yang ada dalam KHI secara prinsipil berseberangan dengan prinsip-prinsip dasar ajaran Islam, yang berupa prinsip persamaan, persaudaraan, keadilan, serta gagasan dasar bagi pembentukan masyarakat madani seperti pluralisme, kesetaraan gender, nilai-nilai Hak Asasi Manusia, demokrasi dan egalitarianisme.⁸⁰

KHI, menurut Tim PUG, kebanyakan hanya mentransfer pandangan-pandangan fikih klasik serta tidak berangkat dari realitas dan kebutuhan masyarakat Indonesia kontemporer. Berbeda dengan KHI, CLD KHI, menurutnya, diformulasi dari hasil penelitian dan kajian yang mendalam serta mempertimbangkan kearifan-kearifan lokal di satu sisi dan juga memperhatikan nilai-nilai kemanusiaan universal di sisi yang lain. CLD KHI ini juga dipandang sebagai alternatif dari tuntutan adanya formalisasi hukum Islam pada satu sisi dan keharusan menegakkan demokrasi dalam negara-bangsa Indonesia. Oleh karena itu, CLD KHI dirumuskan dengan menggunakan landasan pluralisme (*ta'addudiyyah*), nasionalitas (*muwāṭānah*), penegakan HAM (*iqāmah al-ḥuqūq al-insāniyyah*), demokratis, kemaslahatan dan kesetaraan gender (*al-musāwah al-jinsiyyah*).⁸¹ Dengan didasarkan pada prinsip-prinsip tersebut, dalam rumusan CLD KHI semua warga negara dirancang memiliki kedudukan yang sama dan memperoleh perlakuan yang adil, kaum

⁸⁰ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 7-8.

⁸¹ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 25-30.

minoritas dan perempuan juga dilindungi dan dijamin hak-haknya secara setara.⁸²

Basis metodologi yang digunakan oleh CLD KHI ini, sebagai dikemukakan Tim PUG, tidak berdasarkan pada pendekatan literalistik, karena pendekatan ini seringkali berupaya menundukkan realitas ke dalam kebenaran dogmatik nash dan mengabaikan kenyataan konkret yang ada di lapangan. Bahkan pendekatan literalistik ini terkadang digunakan dalam bentuk *eisegese*, yaitu membawa masuk pikiran atau ideologinya sendiri ke dalam nash, kemudian menariknya keluar dan mengklaimnya sebagai maksud Tuhan. Landasan metodologis dari rumusan-rumusan materi hukum yang ada dalam CLD KHI ini adalah *maqāṣid al-sharī'ah* (tujuan dasar syariat Islam). Tujuan dasar dari syariat ini adalah berupa penegakan nilai dan prinsip keadilan sosial, kemaslahatan umat manusia, kerahmatan semesta, dan kearifan lokal.⁸³

Dalam perumusannya yang berupaya mengaplikasikan tujuan dasar syari'at tersebut, secara metodologis-Ushul Fikih, CLD KHI memperhatikan beberapa hal, yaitu *pertama*, merevitalisasi dan mengaplikasikan kaidah Ushul Fikih marginal, baik yang jarang dikemukakan atau sering dikemukakan tetapi belum difungsikan secara optimal. Kaidah-kaidah tersebut antara lain *al-'ibrah bi khusūṣ as-sabab lā bi 'umūm al-lafaz*, sehingga yang diperhatikan dalam memahami nash adalah berdasarkan sebab dan latar belakang mengapa nash tersebut muncul, bukan bunyi nashnya itu sendiri. Kemudian kaidah *takhṣīṣ al-naṣṣ bi al-'aql wa takhṣīṣ al-naṣṣ bi al-'urf*, yaitu maksud suatu nash bisa dibatasi oleh akal dan 'urf masyarakat, serta kaidah *al-amr idhā ḍāqa ittasa'*, suatu permasalahan apabila dalam keadaan dibutuhkan maka menjadi

⁸²Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 4.

⁸³Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 4 dan 22.

longgar dan leluasa, dan bukan kaidah sebaliknya yang sering dipraktekkan, yaitu *al-amr idhā ittasa' dāqa*, apabila dalam keadaan leluasa maka perlu diperketat.

Kemudian apabila langkah di atas tidak bisa memadai untuk menyelesaikan permasalahan, maka upaya *kedua* adalah membongkar bangunan paradigma ushul fikih lama, yaitu dengan (1) mengubah paradigama dari teosentrisme ke antroposentrisme, dari elitis ke populis, (2) bergerak dari eisegese ke exegese, sehingga para penafsir berupaya semaksimal mungkin untuk menempatkan nash sebagai obyek dan penafsir sendiri sebagai subyek dalam suatu dialektika yang seimbang, (3) memfikih-kan atau merelatifkan syariat. Syariat harus diposisikan sebagai jalan dan sarana (*wasīlah*, dalam tingkatan *hājīyyah*) yang berfungsi bagi tercapainya prinsip-prinsip Islam (*ghāyah*, dalam tingkatan *daruriyyah*) berupa keadilan, persamaan, kemaslahatan dan penegakan Hak Asasi Manusia, (4) menjadikan kemaslahatan sebagai rujukan dari seluruh kerja penafsiran, dan (5) mengubah cara berpikir deduktif (*istinbā'i*) ke induktif (*istiqrā'i*), sehingga kearifan lokal benar-benar perlu diperhatikan.⁸⁴

Dari landasan paradigmatic tersebut, menurut Tim PUG, dapat melahirkan beberapa kaidah, misalnya kaidah *al-'ibrah bi al-maqāsid la bi al-alfāz*. Menurut kaidah ini, dalam melakukan interpretasi nash yang menjadi perhatian adalah bukan bunyi nashnya tetapi maqashid yang dikandungnya, yaitu cita-cita moral dari sebuah ayat atau Hadis, dan bukan legislasi spesifik atau formulasi literalnya. Di sinilah pentingnya mengetahui konteks ketika ayat atau Hadis itu diturunkan, baik konteks spesifik berkaitan dengan suatu ayat atau Hadis maupun konteks umum keadaan masyarakat dan peradaban saat itu. Kemudian kaidah *jawāz naskh al-nuṣuṣ bi al-maṣlaḥah*, yaitu kebolehan menganulir dan

⁸⁴Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 22-23.

mengganti ketentuan-ketentuan yang ada dalam nash dengan menggunakan logika kemaslahatan. Kaidah ini ditetapkan karena tujuan syariat Islam adalah mewujudkan kemaslahatan kemanusiaan universal dan menolak segala bentuk kemafsadatan (*jalb al-maṣāliḥ wa daʿu al-mafāsīd*). Prinsip ini seharusnya menjadi dasar dan substansi dari seluruh persoalan hukum Islam, dan sebaliknya penyimpangan dari prinsip ini berarti menyalahi cita-cita hukum Islam. Kaidah lain yang timbul adalah *tanqīḥ an-nuṣūṣ bi al-ʿaql al-mujtamaʿ*, yaitu bahwa akal publik dapat menyaring dan mengamandemen sejumlah ketentuan dogmatik agama yang menyangkut perkara-perkara publik, sehingga apabila terjadi pertentangan antara akal publik dengan bunyi *nash* secara tekstual, maka akal publik memiliki otoritas untuk membatasi, mentakhsis dan menafsirkan nash tersebut.⁸⁵

Dari uraian di atas terlihat dengan jelas bahwa kecenderungan nalar dari CLD KHI adalah mendahulukan maqashid dan substansi dari pada *nash*. *Nash* dapat diinterpretasi, dibatasi bahkan diganti dengan ketetapan yang didasarkan pada masalah, akal dan realitas empiris kebutuhan masyarakat. Bangunan metodologi semacam ini, apabila dimasukkan dalam klasifikasi yang dibuat oleh Ash-Shāṭibī, adalah masuk pada kelompok *al-mutaʿammiqun fī al-qiyās*, yaitu kelompok rasionalis-liberal yang lebih mementingkan dan mendahulukan *al-maʿāni* (substansi dan *maqāṣid*) dari pada *al-alfāz* (nash secara tekstual).⁸⁶ Hal ini berbeda dengan KHI yang berupaya

⁸⁵Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 23-25.

⁸⁶Ash-Shāṭibī mengklasifikasikan kelompok pemikiran hukum Islam menjadi empat, yaitu kelompok tekstualis (*zāhiriyyah*) yang lebih mengutamakan lafadh secara literal dari pada makna yang terkandung dalam nash, kelompok rasionalis-liberal (*mutaʿammiqun fī al-qiyās*) yang lebih mendahulukan makna rasional nash dari pada bunyi teksnya, kelompok intuisionis-sufistik (*batiniyyah*) yang lebih mendahulukan makna bathin dari pada bunyi teks, dan terakhir kelompok ulama mayoritas (*jumhur al-ʿulama*) yang mendialektikkan secara seimbang antara lafadh dan makna rasional nash serta antara ayat-ayat partikular

mendialektikkan secara sejajar antara nash dan masalah atau maqashid, bahkan lebih cenderung mendahulukan nash. Dalam arti, secara metodologis, langkah pertama yang ditempuh KHI dalam melakukan penetapan hukum adalah menganalisis nash dengan pendekatan bahasa, baru kemudian menggunakan analogi terhadap nash dan terakhir menggunakan dasar masalah. Walaupun demikian, dalam melakukan interpretasi terhadap nash, sebagaimana juga dilakukan oleh CLD KHI, KHI mempertimbangkan juga nash lain, akal dan al-‘urf yang ada dalam masyarakat Indonesia. Dengan kata lain, akal, masalah dan al-‘urf pada tingkat tertentu dapat membatasi dan mentakhsis maksud nash. Demikian juga dalam menggunakan analogi dan metode yang didasarkan pada masalah, KHI menjadikan al-‘urf sebagai dasar pertimbangan dalam menetapkan hukum.

Namun demikian, apabila dicermati, dalam masalah interpretasi dan pembatasan makna nash oleh akal, *maṣlaḥah* (*maqāṣid*) dan *al-‘urf* ini terdapat perbedaan antara KHI dan CLD KHI. CLD KHI memandang bahwa mendahulukan maqashid dari pada nash merupakan prinsip dasar, karena maqashid ini yang menjadi tujuan dasar (*ghāyah*) sementara nash hanya sebagai sarana (*wasīlah*). Di Indonesia, hal ini sejalan dengan pendapat Masdar F. Mas’udi yang menyatakan bahwa masalah merupakan hal yang qath’i, sementara nash-nash partikular merupakan hal yang *dhannī*, sehingga apabila keduanya bertentangan maka yang qath’i lebih diutamakan dari pada yang *dhannī*.⁸⁷ Sementara itu, menurut KHI, pembatasan makna nash oleh akal, masalah dan al-‘urf ini sebagai langkah alternatif terakhir yang digunakan apabila memang dibutuhkan secara mendesak. Dengan demikian, pembatasan dan

dan ayat-ayat universal. Abū Ishaq Ash-Shāṭibī, *Al-Muwāfaqat*, II: 273-275. Ahmad ar-Raisuni, *Nazāriyyah al-Maqāṣid ‘inda al-Imām al-Shāṭibī* (Herndon: IIT, 1992), 271-283.

⁸⁷R. Michael Feener, *Muslim Legal Thought in Modern Indonesia* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 176.

takhsis makna nash oleh masalah dan al-‘urf tersebut bersifat pengecualian (*al-istitsnā’i*) untuk suatu kondisi dan waktu yang benar-benar dibutuhkan, jadi bukan menjadi prinsip dasar dalam bangunan dan kerangka metodologi-Ushul Fikihnya, sebagaimana pada kerangka metodologi yang dibangun oleh CLD KHI.

Respon terhadap KHI yang lain adalah RUU HMPA Bidang Perkawinan yang sebenarnya telah masuk dalam prolegnas DPR RI tahun 2010-2014, namun karena dianggap masih memerlukan banyak kajian, kemudian sampai dengan melewati tahun 2014 belum berhasil diundangkan. Muatan isi dari RUU HMPA ini secara umum tidak jauh berbeda dengan KHI Bidang Perkawinan. Hanya saja, berbeda dengan KHI, RUU HMPA ini memuat sanksi pidana bagi orang yang melanggar terhadap ketentuan yang ada. Perbuatan hukum dalam bidang perkawinan yang mendapat sanksi pidana tersebut adalah:

1. Tidak mencatatkan pernikahan, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000,- (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan paling lama 6 (enam) bulan (pasal 143).
2. Melakukan kawin mut’ah, dihukum dengan penjara selamalamanya 3 (tiga) tahun, dan perkawinannya batal karena hukum (pasal 144).
3. Poligami tanpa izin pengadilan, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000,- (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan paling lama 6 (enam) bulan (pasal 145).
4. Menceraikan isteri tidak di depan sidang pengadilan, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000 (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan paling lama 6 (enam) bulan (pasal 146).
5. Perzinaan yang menyebabkan perempuan tersebut hamil sedang ia menolak mengawininya dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) bulan (pasal 147).

6. Pejabat Pencatat Nikah yang melanggar kewajibannya dalam masalah pencatatan pernikahan, dikenai hukuman kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak Rp. 12.000.000,- (dua belas juta rupiah) (pasal 148).
7. Pejabat Pencatat Nikah dan/atau wali hakim palsu, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun (pasal 149).
8. Bertindak sebagai wali nikah palsu, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun (pasal 150).

Perkara pidana ini, menurut RUU HMPA dilaksanakan sesuai dengan mekanisme hukum pidana yang ada, sehingga melibatkan kepolisian, kejaksaan dan juga pihak pelapor. Dalam beberapa pasalnya dinyatakan bahwa sebelum perkara pidana di atas diperiksa dan diputus oleh Pengadilan Agama, sebelumnya dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan oleh Kepolisian dan Kejaksaan Negeri, setelah mereka menerima laporan dari masyarakat atau dari pihak-pihak yang berkepentingan. Sementara itu, hukum Acara yang berlaku dalam memeriksa dan memutus perkara pidana tersebut adalah Hukum Acara Pidana yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum (Pasal 152, 153 dan 155).

Ketetapan sanksi pidana yang dikemukakan RUU HMPA bukan berarti sudah dipandang tepat dan sesuai, tetapi masih memerlukan perbaikan dan kajian lebih lanjut. Misalnya, RUU HMPA ini masih menetapkan tidak adanya sanksi bagi pelaku zina, namun yang ada adalah sanksi bagi laki-laki yang menolak untuk menikahi wanita yang telah dihamilinya, yaitu penjara 3 bulan.⁸⁸Sanksi ini lebih rendah, misalnya, dari pada poligami yang dilakukan tanpa izin pengadilan. yang diancam pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000,- (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan

⁸⁸CLD KHI Pasal 147.

paling lama 6 (enam) bulan.⁸⁹Sanksi ini, apabila dicermati, tidak saja tidak sesuai dengan pesan hukum Islam yang menganggap lebih madarat zina atau perbuatan laki-laki yang tidak bertanggung jawab terhadap anaknya dari pada praktek poligami yang secara normatif telah disyaratkan adanya tanggung jawab dan sikap adil, tetapi juga sebenarnya dampak yang ditimbulkannya adalah lebih berbahaya perbuatan zina yang berkibat penelantaran anak dari pada poligami sirri, khususnya bagi hak-hak anak menyangkut material maupun psikologis.

Dari uraian tentang respon terhadap KHI di atas terlihat bahwa di samping terdapat upaya revisi dan tawaran hukum baru bagi KHI, juga terdapat tawaran mengenai efektifitas implementasinya dengan adanya sanksi pidana pada beberapa pelanggaran. Sementara itu, KHI, sebagaimana dikemukakan, secara metodologis lebih mengutamakan nash, baru kemudian berpegang pada masalah (*maqāṣid*), hanya saja kerangka metodologinya tersebut tidak diaplikasikan secara konsisten bagi upaya pembaruan hukum perkawinan, di samping juga implementasi materi hukumnya yang kurang efektif dalam masyarakat, bahkan setelah adanya keputusan pengadilan.

Dalam tataran metodologi, KHI telah berusaha mendialektikakan antara nash dan masalah (*maqāṣid*), tetapi pada prakteknya kemudian lebih mendahulukan *nash*. Karena itu, pembaruan materi hukum yang ditetapkan KHI dipandang belum sepenuhnya dapat menjawab kebutuhan masyarakat. Dalam metodologi hukum Islam, apabila dicermati, *nash* dan masalah (*maqāṣid*) dan juga al-‘urf memiliki posisi yang sama pentingnya.⁹⁰ Suatu kecenderungan pemikiran mempengaruhi pandangannya

⁸⁹CLD KHI Pasal 145.

⁹⁰Kecenderungan pada salah satu dari tiga hal di atas, apabila dicermati, menimbulkan kecenderungan pada sub-disiplin ilmu hukum yang lebih dipegangi, yaitu ilmu hukum murni atau normatif, filsafat hukum atau sosiologi hukum. Demikian pula dengan kajian dalam ilmu hukum Islam.

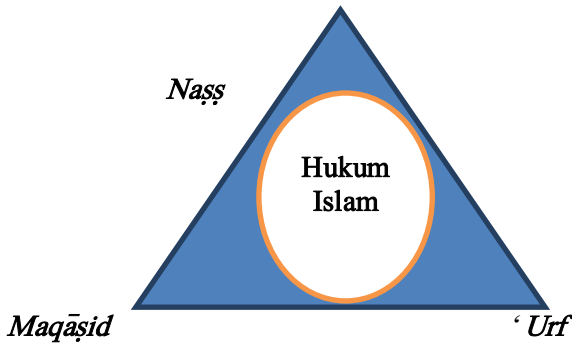
untuk mendahulukan salah satunya. Apabila suatu pemikiran hukum lebih mendahulukan *naṣṣ* maka pemikiran hukumnya akan cenderung tekstual, sementara yang lebih mendahulukan masalah maka akan cenderung rasional, dan yang lebih mendahulukan al-‘urf akan lebih cenderung empiris-sosiologis.

Dari kajian terhadap landasan metodologi KHI terlihat bahwa tiga hal, yaitu *naṣṣ*, *al-maṣlahah (maqāṣid)* dan *al-‘urf*, yang memiliki peran yang penting dalam proses penetapan materi hukum; ketika menetapkan materi hukum yang didasarkan pada *naṣṣ*, sebagaimana telah dikemukakan, KHI juga mempertimbangkan *al-‘urf* dan juga *maṣlahah* untuk menafsirkan nash tersebut, walaupun KHI tidak memberlakukannya secara konsisten dan tidak menempatkan posisi ketiganya secara sejajar, yaitu nash lebih didahulukan dari pada *maqāṣid* dan *al-‘urf*.⁹¹ Oleh karena itu, dalam bangunan metodologi hukum Islam, tidak terkecuali yang diterapkan dalam KHI atau upaya pembaruannya, seharusnya menempatkan tiga hal tersebut secara dialektis dalam posisi yang sejajar.⁹² Apabila digambarkan, maka bangunan metodologi yang

⁹¹ Konsep-konsep metodologi klasik, pada dasarnya dapat diaplikasikan dalam konteks kontemporer. Konsep masalah dan ‘urf menjadi hal yang sangat penting dalam upaya pembaruan hukum Islam, terutama hukum keluarga Islam, di era kontemporer. John L. Esposito, “Muslim Family Law Reform: Towards an Islamic Methodology”, *Islamic Studies*, Vol. 15, No. 1 (SPRING 1976), 46. Felicitas Opwis, “Islamic Law and Legal Change: The Concept of Maslahah in Classical and Contemporary Islamic Legal Theory” dalam Abbas Amanat dan Frank Griffel (Eds.), *Shari‘a: Islamic Law in the Contemporary Context* (Stanford, California: Stanford University Press, 2007), 79. Mahdi Zahraa, “Unique Islamic Law Methodology and the Validity of Modern Legal and Social Science Research Methods for Islamic Research”, *Arab Law Quarterly*, [2003], 243.

⁹² Bangunan dialektika antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan ‘urf ini pada dasarnya diambil dari *hermeneutical circle* yang terdiri dari teks (*naṣṣ*), pengarang dan pembaca. Dalam melakukan interpretasi, secara metodologis, ketiganya dipandang sebagai suatu kesatuan yang antar bagiannya saling berhubungan. Lihat misalnya Joseph Bleicher, *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique* (London: Routledge & Kegan Paul, 1980), 267.

seharusnya dijadikan landasan bagi upaya pembaruan KHI Bidang Perkawinan adalah:



Dari gambar di atas, tiga hal saling terkait satu sama lain dan berdialektika secara simultan dalam proses penetapan hukum. *Nash* ditempatkan di atas karena merupakan hal yang diwariskan oleh Rasulullah SAW dan hampir semua kelompok Islam sepakat menerimanya sebagai sumber rujukan hukum, bahkan ajaran Islam secara keseluruhan. Sementara itu, *maqāsid* adalah makna substansi dari *nash* yang disimpulkan secara rasional dan 'urf adalah realitas empiris yang berkembang dalam masyarakat yang akan diterapi hukum. Dengan bangunan dialektis di atas, suatu permasalahan hukum yang terdapat dalam *nash*, ketika akan ditetapkan bagi masyarakat Indonesia, misalnya, maka interpretasi *nash*-tekstual harus melibatkan *maqāsid* atau nilai substansial dari nash tersebut dan juga kebiasaan dan budaya masyarakat Indonesia terkait permasalahan hukum yang akan ditetapkan dan diterapkan.⁹³ Demikian juga, ketika suatu permasalahan hukum yang tidak ada

⁹³ Pendekatan yang digunakan umumnya di dunia Islam kontemporer adalah interpretasi kontekstual dan sintesis antara kecenderungan libertarianisme dan literalisme. Sayed Sikandar Haneef, "Debate on Methodology of Renewing Muslim Law: A Search for a Synthetic Approach", *Global Jurist*, Vol. 10, Iss. 1 [2010], 14. Rachel M. Scott, "A Contextual Approach to Women's Rights in the Qur'an: Readings of 4:34", *The Muslim World*, Vol. 99, 2009, 80-81.

nashnya, maka ditetapkan berdasarkan hasil dialektika antara nilai substansial nash, yaitu yang terdapat pada *maqāshid*, dengan *al-‘urf* yang merupakan kebiasaan dan realitas yang berlaku dalam masyarakat.⁹⁴ Sementara itu, apabila suatu permasalahan tersebut disinggung oleh nash, namun *maqāshid* dan atau *al-‘urf* menghendaki lain, maka dalam keadaan sangat dibutuhkan (darurat) bunyi nash secara tekstual untuk sementara waktu dapat dikecualikan oleh nilai-nilai yang termuat dalam maqashid dan juga realitas *al-‘urf* (*al-istihsān*)--sebagaimana juga *al-‘urf* masyarakat yang berlaku dapat, bahkan harus, dibatasi dan diarahkan oleh nash dan *maqāshid*. Dengan adanya dialektika metodologis tersebut, materi hukum Islam yang akan ditetapkan tidak saja bersifat dinamis dengan mengikuti perkembangan zaman, tetapi juga bersifat fleksibel, dalam arti ada ruang ijtihad yang menjadi tempat diskusi dan penelitian dalam penetapan hukum Islam. Di samping itu, bagaimanapun dinamika masyarakat yang terjadi, hukum Islam tidak akan lepas dari nash, sehingga nash tetap menempati posisi dan kedudukan yang penting dalam hukum Islam kontemporer.⁹⁵

Dalam bahasa Al-Shātibī, antara *naṣṣ* yang merupakan ketentuan-ketentuan partikular (*al-juḥūḍiyah*) dan *maqāshid al-sharī‘ah* yang merupakan ketentuan-ketentuan universal (*al-kulliyah*) keduanya harus berdialektika dan bukan berarti saling bertentangan. Karena itu, menurut al-Shātibī, sebuah proses ijtihad harus memperhatikan dan mendialogkan antara keduanya, sehingga

⁹⁴ Syariah-syariah lokal yang asli dan unik di Asia Tenggara, tidak terkecuali di Indonesia, berpengaruh penting dalam pembentukan hukum Islam di wilayah masing-masing. M.B. Hooker, “Southeast Asian Shari‘ahs”, *Studia Islamika, Indonesian Journal for Islamic Studies*. Vol. 20, No. 2, 2013, 236-7.

⁹⁵ Hal ini berbeda dengan kelompok rasionalis-liberal yang berpegang pada substansi nash dan tidak begitu memandang penting nash. Pandangan ini, seiring dengan perkembangan zaman dan peradaban, dikhawatirkan lambat laun akan menjauh dan meninggalkan nash. Padahal nash sampai kapanpun, sebagaimana juga substansi nash, merupakan hal yang penting sebagai pertimbangan dalam menetapkan hukum Islam.

suatu ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada *naṣṣ* yang partikular dan bertentangan dengan nilai-nilai universal syariah, dan sebaliknya, ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada nilai-nilai universal syariah dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan syari'ah yang partikular.⁹⁶ Begitu pula menurut al-Khādīmī, dalam proses ijtihad yang didasarkan pada *maqāṣid al-sharī'ah* perlu didasarkan pada tiga unsur, yaitu nass, realitas (*al-waqi'*) dan subyek hukum (*al-mukallaḥ*). Dua hal yang disebut terakhir ini dapat diwakili dalam konsep *al-'urf* yang memuat realitas kebiasaan yang dihadapi oleh subyek hukum dalam waktu dan tempat tertentu.⁹⁷

Bangunan metodologi-Ushul Fikih tersebut, dengan demikian, berbeda dengan KHI yang secara umum lebih mengutamakan *naṣṣ* secara tekstual dari pada *maqāṣid* dan *al-'urf*, namun juga berbeda dengan pemikiran rasional-liberal yang secara umum mendahulukan *maqāṣid* dari pada bunyi *naṣṣ* secara tekstual. Hal ini kemudian berimplikasi pada produk materi hukum yang dihasilkannya; Materi hukum KHI dipandang masih belum dapat menjawab kebutuhan masyarakat Indonesia dan sebaliknya materi hukum yang liberal akan menimbulkan kontroversi di tengah masyarakat. Aplikasi dari bangunan metodologi yang mendialektikkan secara sejajar antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan *'urf* di atas dapat dilihat dari beberapa contoh di bawah ini.

1. Poligami

Beristeri lebih dari satu orang, istilah yang digunakan oleh KHI untuk menyebut poligami,⁹⁸ dibolehkan dengan beberapa

⁹⁶Ash-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt fī Ushūl al-Aḥkām*, edisi Abdullāh Darrāz, Cet. 2. (Mesir: al-Maktabah at-Tijāriyyah al-Kubrā, 1975), III: 7-10.

⁹⁷Nuruddin Ibn Mukhtar al-Khādīmī, *Al-Ijtihād al-Maqāsid: Ḥujjiyyatuh, Dawābituh, Majallatuh* (Qatar: Dār al-Kutub al-Qatariyyah, 1998), II: 57.

⁹⁸Istilah Poligami sendiri sebenarnya netral, yaitu seseorang, baik suami ataupun isteri, yang memiliki pasangan lebih dari satu. Apabila seorang suami memiliki beberapa orang isteri disebut poligini, sementara apabila isteri memiliki

syarat, yaitu suami harus mampu berbuat adil terhadap isteri-isteri dan anak-anaknya (Pasal 55 KHI) dan sebelum poligami suami terlebih dahulu harus mendapat izin dari Pengadilan Agama (Pasal 56). Izin pengadilan Agama tersebut akan dikeluarkan dengan didasarkan pada kondisi isteri yang tidak dapat menjalankan kewajiban, mendapatkan cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan, dan tidak dapat melahirkan keturunan (Pasal 57). Di samping itu, izin Pengadilan Agama tersebut juga mempertimbangkan adanya persetujuan isteri dan adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak (Pasal 58).

KHI, sebagaimana dikemukakan, mendasarkan ketetapan tentang poligaminya pada makna *an-nash* dari QS. An-Nisā (4) ayat 3, yaitu makna yang dimaksud oleh suatu ayat karena makna tersebut sesuai dengan konteks ketika ayat itu diturunkan. Sesuai dengan konteksnya, ayat tersebut harus dipahami bahwa praktek poligami dalam masyarakat perlu dibatasi secara ketat, dengan syarat adil dan lainnya. Walaupun perlu dibatasi dengan syarat-syarat secara ketat, namun sesuai dengan bunyi secara tekstual dalam nash, praktek poligami masih diperbolehkan dan dimungkinkan oleh KHI, karena pada dasarnya KHI tidak mau meninggalkan nash tekstual.

Dengan kerangka metodologi yang mendialektikakan antara *nash*, *maqāṣid (maṣlahah)* dan ‘urf Indonesia, maka praktek poligami di Indonesia masih dimungkinkan (sesuai dengan bunyi nash), namun harus benar-benar dibatasi dan dipantau secara ketat (sesuai dengan maqashid yang hendak meminimalisir, bahkan menghapus poligami), melalui regulasi aturan perundang-undangan yang disertai sanksi pidana bagi yang melanggarnya (sesuai dengan ‘urf).

beberapa orang suami disebut poliandri. Namun istilah poligami dalam prakteknya di Indonesia lebih merujuk pada pengertian yang disebut pertama. Victoria Neufeldt (Ed.), *Webster's New World Dictionary of American English* (New York: Prentice Hall, 1991), 1046-1047.

Secara metodologis, pembatasan poligami ini menggunakan metode *sadd adh-dharī'ah*, yaitu menutup jalan perbuatan yang sebenarnya dibolehkan oleh nash (mubah) karena alasan adanya mafsadah yang ditimbulkan. Hanya saja oleh KHI jalan tersebut tidak ditutup rapat sampai dengan pelarangan poligami. Oleh karena itu, praktek poligami di Indonesia, dengan melihat praktek yang ada, jalannya perlu ditutup lebih rapat, walaupun tidak ditutup secara mutlak. Syarat-syarat yang dikemukakan dalam KHI, misalnya, perlu dipertegas, di samping adanya sanksi pidana bagi yang melanggarnya. Tanpa sanksi, pemberlakuan hukum akan sulit dilaksanakan di tengah masyarakat.

2. Wali Nikah dan Pencatatan Perkawinan

Wali nikah menurut KHI merupakan rukun nikah sehingga keberadaannya harus ada dalam akad nikah yang bertindak untuk menikahkan mempelai perempuan (Pasal 14 dan 19).⁹⁹ Wali nikah ini, baik wali nasab maupun wali hakim, di samping disyaratkan harus berakal, muslim dan dewasa (baligh) juga harus laki-laki (Pasal 20), sehingga perempuan tidak dapat bertindak sebagai wali nikah.

Sebagaimana dikemukakan, para ulama mazhab berbeda pendapat dalam menginterpretasi nash mengenai perlu adanya wali atau tidak bagi perempuan dewasa.¹⁰⁰ KHI memilih interpretasi yang mengharuskan adanya wali. Sesuai dengan konteks Indonesia kontemporer, kedewasaan tersebut pada dasarnya ditafsirkan oleh KHI dengan umur 21 tahun, baik bagi laki-laki maupun perempuan. Dengan demikian, sebenarnya pendapat dan posisi kompromistis (*al-jam'ū wa at-taufīq*) antara pendapat yang mengharuskan adanya wali nikah dengan pendapat yang menyatakan tidak perlu wali

⁹⁹ Selain wali nikah, rukun nikah yang lain menurut KHI Pasal 14 adalah calon suami, calon isteri, dua orang saksi, dan ijab kabul.

¹⁰⁰ Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtahid*, II: 7-9.

nikah, yaitu dengan menyatakan bahwa wali nikah perlu ada ketika calon mempelai belum berumur 21 tahun, sementara apabila calon mempelai tersebut telah mencapai umur 21 tahun maka tidak perlu ada wali nikah. Pendapat ini merupakan upaya mendialektikkan antara nash yang ada dengan masalah dan ‘urf sesuai konteks Indonesia saat ini. Di samping itu, ketetapan ini dapat juga dikatakan keluar dari perbedaan ulama (*khilāf*) yang ada, dan beralih pada penetapan hukum dengan metode *al-qiyās*, yaitu menganalogikan adanya pencatatan nikah terhadap pencatatan hutang piutang yang dinyatakan dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 282, serta memosisikannya sebagai pengganti dari wali yang diperselisihkan tersebut.

3. Perkawinan Sementara Waktu

Suami dan isteri, menurut CLD KHI, dapat menentukan jangka waktu perkawinan. Adanya jangka waktu perkawinan ini merupakan salah satu bentuk dari perjanjian perkawinan. Setelah jangka waktu perkawinan berakhir, suami isteri tersebut dapat memperpanjang waktu perkawinan sesuai dengan kesepakatan bersama yang dibuat di hadapan Pegawai Pencatat Perkawinan (Pasal 22 dan 28). Pandangan CLD KHI ini memberi pengertian bahwa perkawinan lebih merupakan akad kontrak dan perjanjian antar individu, yaitu akad yang dilakukan oleh seorang laki-laki dan perempuan untuk membentuk keluarga yang pelaksanaannya didasarkan pada kerelaan dan kesepakatan kedua belah pihak (Pasal 2 CLD KHI), sehingga kemudian waktunya dapat diatur sesuai dengan kesepakatan bersama antara suami dan isteri. Berbeda dengan itu, KHI memandang perkawinan lebih merupakan ibadah kepada Allah (Pasal 2 KHI).

Berkaitan dengan perkawinan berjangka waktu, atau dalam istilah hukum Islam biasa disebut dengan nikah mut’ah, ini terjadi perbedaan pendapat antara mazhab Sunni dan Syi’i. Kelompok

Sunni berpendapat bahwa hadis nikah mut'ah bagi para sahabat yang berada di medan perang telah dihapus (*mansūkh*) oleh hadis lain, sementara menurut kelompok Syi'ah hadis tersebut masih berlaku karena tidak ada hadis yang menghapusnya.¹⁰¹ Terlepas dari perbedaan pendapat yang ditimbulkan dari interpretasi terhadap nash tersebut, sebenarnya apabila dilihat maqashid dari ayat-ayat perkawinan, maka pernikahan merupakan ikatan yang sangat kuat (*mithāqan ghalizā*) yang tidak gampang begitu saja diputuskan, apalagi sudah dibuat perjanjian sejak awal, di samping perceraian atau putusnya berkawinan dipandang sebagai sesuatu yang dibenci Allah walaupun halal. Ini berarti dalam hukum Islam seharusnya perceraian merupakan jalan keluar dari kondisi darurat (*emergency exit*) yang tidak bisa dihindari. Dengan demikian, pada dasarnya pernikahan sementara tersebut tidak sesuai dengan maqashid dari perkawinan dalam Islam, dan apabila terjadi permasalahan yang tidak bisa diselesaikan dalam perkawinan, maka jalan keluarnya adalah perceraian. Apalagi dalam realitasnya (*al-wāqī'*, *al-'urf*), pernikahan sementara atau kawin kontrak ini banyak disalahgunakan. Walaupun nanti harus dicatatkan dan keharusan adanya syarat-syarat lain sebagaimana perkawinan biasa, dengan disahkannya kawin kontrak ini upaya penyalahgunaannya menjadi semakin terbuka. Dalam ketentuan metodologi-Ushul Fikih, upaya menghambat munculnya kerusakan dan kemudaratannya ini perlu dilakukan sedini mungkin, dengan tidak membuka jalan dan sarana yang mengarah pada munculnya kemudaratannya tersebut (*sadd adh-dhari'ah*).

4. Status Hukum Anak

KHI, sebagaimana dikemukakan, telah berupaya meningkatkan perlindungan terhadap anak, yaitu antara lain dengan cara mendefinisikan anak sah sebagai anak yang dilahirkan dalam

¹⁰¹Hallaq, *Shari'a*, 272.

atau akibat perkawinan yang sah dan juga hasil pembuahan suami isteri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut (Pasal 99 KHI). Dengan definisi tersebut, KHI, berbeda dengan fikih mazhab, telah mengakui anak yang pembuahannya sebelum perkawinan namun lahir setelah perkawinan terjadi. KHI dalam hal ini mensyaratkan sahnya status anak secara hukum apabila bapak yang mengawini ibunya adalah bapak biologis (pemilik benih) dan ketika anak tersebut lahir telah terjadi akad nikah antara ibu dan bapak biologisnya tersebut.

Status anak ini berimplikasi hukum terhadap hubungan anak dan bapaknya, seperti hak *ḥaḍānah*, hak nafkah, dan hak waris. Semangat KHI sebenarnya adalah dalam rangka menjaga hak-hak anak supaya tetap terjaga dan terlindungi, walaupun kedua orang tuanya telah berbuat salah. Dengan kata lain, secara metodologis-Ushul Fikih KHI berupaya menjaga *maqāṣid* hak-hak anak, dalam hal ini adalah *ḥifẓ al-nafs* (jiwa) dan *ḥifẓ al-māl* (harta) dari anak-anak tersebut, karena seringkali hak-hak mereka terabaikan padahal kedua orang tuanya yang berbuat salah. Namun demikian, upaya menjaga hak anak tersebut berbenturan dengan adanya nash mengenai larangan berzina dan pentingnya lembaga perkawinan yang perlu dihormati, sehingga pada dasarnya anak sah adalah anak yang lahir dari adanya pernikahan yang sah.

Kemaslahatan anak tersebut oleh pendapat-pendapat kontemporer lebih didahulukan dari pada ketentuan yang ada dalam nash, karena dipandang bahwa anak tidak bersalah dan tidak sepatutnya menanggung kesalahan orang tua.¹⁰² Sementara itu, KHI berupaya mendialektikakan antara nash dan kemaslahatan, sehingga kemudian mensyaratkan antara ibu dan bapak biologisnya tersebut harus sudah menikah sebelum anaknya lahir. Syarat ini juga sesuai

¹⁰² Pandangan ini antara lain didukung oleh putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46 Tahun 2010 yang menyatakan bahwa anak dan bapak biologisnya, walaupun tidak terjadi pernikahan dengan ibunya, memiliki hubungan keperdataan.

dengan adat kebiasaan di beberapa daerah bahwa seorang wanita yang hamil di luar nikah harus menikah sebelum anaknya lahir, sehingga ketika anak tersebut lahir sudah ada bapaknyanya. Hanya saja KHI mensyaratkan bahwa laki-laki yang menikahi wanita hamil tersebut adalah harus bapak biologisnya, sehingga memiliki hubungan darah dengan anak yang akan dilahirkan. Ketentuan KHI ini telah berupaya mendialektikakan antara nash, masalah dan ‘urf. Di samping itu, KHI masih berupaya untuk menjaga dan menjunjung tinggi kesakralan akad pernikahan dengan membedakan secara tegas antara *al-nikāḥ* (nikah) dan *as-sifāḥ* (zina). Namun demikian, untuk lebih menekankan tentang kesakralan pernikahan, ketentuan hukum yang ada dalam KHI tersebut, perlu ada sanksi bagi para pelaku zina yang tidak sampai meneruskan ke jenjang perkawinan.

5. Mahar dan Iddah

KHI mewajibkan hanya calon mempelai laki-laki untuk memberikan mahar kepada calon isterinya dan tidak sebaliknya (Pasal 30), sementara CLD KHI menetapkan bahwa baik calon suami ataupun calon isteri harus sama-sama memberikan mahar kepada calon pasangannya (Pasal 16). Di samping itu, CLD KHI menetapkan adanya masa transisi (‘iddah) bagi suami, sebagaimana isteri. Dalam pasal 88 CLD KHI dinyatakan bahwa masa iddah bagi duda selama seratus tiga puluh hari apabila perkawinan putus karena kematian, dan apabila perkawinan putus karena perceraian maka masa ‘iddah duda tersebut adalah sama dengan masa ‘iddah mantan isterinya. Dalam arti, duda, sama dengan mantan isterinya, selama masa ‘iddah tidak boleh meminang dan tidak boleh kawin dengan orang lain (Pasal 90). Oleh karena itu, masa berkabung (*iḥḍad*) baik suami maupun isterinya adalah selama masa transisi tersebut (Pasal 112). Sementara itu, KHI, sebagaimana fikih mazhab, menetapkan bahwa masa tunggu (*‘iddah*) hanya berlaku bagi isteri, tidak bagi

suami (Pasal 153). Adapun masa berkabung bagi pasangannya yang meninggal dunia, KHI menetapkan adanya perbedaan masa berkabung antara isteri dan suami, yaitu masa berkabung isteri adalah sama dengan masa *iddahnya*, yaitu empat bulan sepuluh hari, sementara masa berkabung suami tidak ditentukan tetapi hanya dinyatakan menurut kepatutan (Pasal 170).

Ketentuan pemberian mahar oleh calon suami kepada calon istri dan adanya *'iddah* bagi isteri, sebagaimana pendapat KHI, berdasarkan pada bunyi *naş*. Dengan demikian KHI menetapkan ketentuan hukum sebagaimana bunyi *naş* yang ada, yaitu calon isteri mendapat mahar dari calon suami dan isteri memiliki masa *'iddah*, sementara CLD KHI dengan tetap memberlakukan ketentuan yang ada dalam *naş*, juga memperlebar makna *nash* bagi hal yang tidak disebutkan dalam *nash* (*al-maskūt 'anhu*), yaitu suami. Dengan demikian, secara metodologis dengan menggunakan metode *dalālah ad-dalālah*, CLD KHI memberlakukan hukum yang ada pada isteri (*al-manṭūq bih*) kepada suami (*al-maskūt 'anhu*) juga, dalam arti suami berhak menerima mahar pemberian dari isteri dan suami memiliki *'iddah* sama dengan isteri. Penggunaan metode *dalālah ad-dalālah* ini diberlakukan oleh CLD KHI, tampaknya didasarkan pada *maqāşid* tentang prinsip kesetaraan antara laki-laki dan perempuan. Kemudian dalam pandangan sebagian masyarakat, khususnya masa berkabung selama seratus tiga puluh hari, sudah sewajarnya diberlakukan juga bagi suami, sebagai bentuk penghormatan terhadap isteri dan keluarga isteri.

Tawaran produk materi hukum di atas merupakan contoh dari hasil analisis metodologis yang didasarkan pada dialektika antara *naş*, *maqāşid* dan *'urf* secara sejajar. Tawaran tersebut apabila dibandingkan maka dalam tingkat tertentu hasilnya berbeda dengan KHI dan juga berbeda dengan dua yang meresponnya, yaitu CLD KHI dan RUU HMPA.

Upaya mendialektikkan antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan ‘urf pada dasarnya merupakan proses ijtihad. Ijtihad, sebagai sebuah interpretasi, akan menghasilkan beberapa kemungkinan pendapat dan di sinilah terdapat apa yang disebut sebagai ruang ijtihad. Atas dasar itu, ijtihad yang dilakukan dalam konteks pembaruan hukum perkawinan di Indonesia, khususnya upaya revisi KHI, seharusnya dilakukan secara kolektif. Dengan ijtihad kolektif (*ijtihād jamā’ī*) ini,¹⁰³ penetapan hukum Islam tidak saja melibatkan ahli dan ulama hukum Islam tetapi juga ilmuwan-ilmuwan bidang terkait. Di Indonesia, walaupun proses legislasi melibatkan beberapa lembaga, seperti pemerintah melalui kementerian terkait sebagai pengusul dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang mensahkannya, namun dalam prakteknya sedikit sekali melibatkan ahli-ahli ilmu sosial seperti sosiolog, antropolog, psikolog dan ahli hukum Adat. Oleh karena itu, untuk melakukan pembaruan KHI Bidang Perkawinan, perlu keterlibatan tidak saja ahli hukum Islam dan hukum adat tetapi juga para ilmuwan sosial budaya yang telah melakukan penelitian mendalam mengenai kondisi dan perkembangan sosial, budaya bahkan psikologi masyarakat Indonesia, khususnya bidang sosiologi, antropologi dan psikologi keluarga. Hal ini karena, sebagaimana dikemukakan di atas, ijtihad dalam menetapkan hukum Islam, termasuk hukum perkawinan Islam di Indonesia, merupakan upaya dialektis dalam mendialogkan antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan ‘urf Indonesia.

¹⁰³Hasaballah, *Uṣūl at-Tashrīḥ*, 18.

Bab VI

Penutup

Pembaruan KHI Bidang Perkawinan tidak dapat dilepaskan dari konteks pembaruan hukum keluarga yang dilakukan di negara-negara muslim secara umum. Permasalahan-permasalahan yang menjadi fokus pembaruan juga hampir sama dengan permasalahan yang berkembang di negara muslim lainnya. Berdasarkan penelitian terhadap pembaruan hukum perkawinan dalam KHI, model pembaruan yang dilakukan oleh KHI adalah pembaruan dengan cara mengkompromikan antara pendapat fikih konvensional dan adanya tuntutan dan perubahan zaman. Keterkaitan yang erat antara materi pembaruan KHI Bidang Perkawinan dengan pembaruan hukum keluarga di negara-negara muslim menimbulkan pandangan bahwa KHI hanya mengikuti pembaruan yang berkembang. Namun pandangan ini tidak sepenuhnya benar, karena dalam prosesnya upaya pembentukan hukum materiil bagi pengadilan agama ini sebenarnya telah lama dilakukan, yaitu terutama mulai sejak tahun 1970 pasca terbitnya undang-undang pokok-pokok kekuasaan kehakiman yang menempatkan peradilan agama sejajar dengan peradilan lainnya. Di samping itu, pemilihan materi pembaruan hukum perkawinan yang ada dalam KHI, di samping ada pengaruh pembaruan dari negara muslim lain dengan segala segi modifikasinya, juga merupakan upaya kompromi dari berbagai pihak dan elemen masyarakat yang ada di Indonesia.

Kerangka metodologis yang digunakan oleh KHI dalam melakukan pembaruan bidang perkawinan adalah kebanyakan berpegang kepada *naşş* yang diinterpretasi dengan menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan. Sementara metode *al-Qiyās* (Analogi)

dan metode yang didasarkan pada masalah hanya digunakan pada beberapa masalah. Penggunaan masalah ini dilakukan KHI apabila dianggap sangat penting, yaitu dengan cara masalah tersebut digunakan untuk mengkhususkan dan mengecualikan makna yang terkandung dalam *naṣṣ* (metode *al-istiḥsān*). Dominasi analisis kebahasaan terhadap *naṣṣ*, dan minimnya penggunaan metode yang didasarkan pada kemaslahatan menandakan bahwa KHI Bidang Perkawinan memiliki kecenderungan yang moderat dan berusaha hati-hati dalam pemikiran metodologi hukum Islam (Ushul Fikih)-nya. Kaidah-kaidah kebahasaan mengenai relasi antara lafazh dan makna lafazh yang digunakan sebagai dasar pembaruan oleh KHI adalah lafazh *naṣṣ* yang digunakan pada masalah pembatasan poligami, dalalah al-isharah yang digunakan pada masalah persetujuan rujuk istri, dalalah al-dalalah pada masalah masa berkabung suami, dan dalalah al-‘ibarah pada masalah batas minimal usia nikah, pengasuhan anak, perkawinan wanita hamil, perceraian diputus oleh pengadilan dan masalah perselisihan perkawinan harus melalui pengadilan. Penggunaan analisis bahasa yang digunakan oleh KHI pada dasarnya tidak semata-mata menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan (*al-qawā’id al-lughāwīyyah*) *an-sich*. Dalam menginterpretasi suatu nash, KHI Bidang Perkawinan berupaya mengopersonalkan petunjuk dan pertimbangan (*qarīnah*) yang ada, baik berupa nash yang lain, rasio ataupun *al-‘urf* masyarakat Indonesia, sehingga dapat menghasilkan ketetapan hukum yang tidak saja koheren dengan *naṣṣ* lain tetapi juga berkoresponden dengan konteks masyarakat. Sementara itu, metode al-qiyas digunakan pada masalah persetujuan kedua calon mempelai, hak gugat cerai oleh istri, dan hak terhadap harta bersama (gono gini). Kemudian metode dengan menggunakan maqasid al-shari’ah (masalah) digunakan bagi masalah pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk serta masalah pengertian anak sah. Namun demikian, kerangka metodologi KHI Bidang Perkawinan di

atas tidak diberlakukan secara konsisten. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan dilakukan secara parsial hanya pada beberapa pasal, sementara beberapa pasal lain yang seharusnya bisa diperbarui dibiarkan tetap seperti pendapat mazhab klasik, sehingga dipandang kurang sesuai diterapkan dalam konteks masyarakat Indonesia kontemporer.

Banyak pihak yang berupaya merespon dan menawarkan revisi terhadap KHI, baik berupa pemikiran para tokoh yang bersifat informal, maupun Rancangan Undang-Undang Hukum Material Pengadilan Agama Bidang Perkawinan (RUU HMPA Bidang Perkawinan) yang bersifat formal. Dari respon terhadap KHI tersebut, semuanya setuju perlu dilakukan revisi terhadap KHI, hanya saja tawaran revisinya berbeda-beda. Para tokoh cenderung menawarkan revisi secara hati-hati dan menganjurkan perlunya dilakukan kajian yang mendalam terlebih dahulu terhadap kondisi riil masyarakat Indonesia. Sementara itu, RUU HMPA lebih menawarkan efektifitas implementasi materi hukum dengan adanya sanksi pidana pada beberapa pelanggaran. Apabila ditelusuri, bangunan metodologi-Ushul Fikih KHI secara umum lebih mengutamakan *naṣṣ* secara tekstual dari pada *maqāṣid* dan *al-‘urf*, dan ini berbeda dengan kecenderungan pemikiran rasional-liberal yang secara umum mendahulukan *maqāṣid* dari pada bunyi *naṣṣ* secara tekstual. Hal ini kemudian berimplikasi pada produk materi hukum yang dihasilkannya, yaitu materi hukum KHI dipandang masih belum sepenuhnya dapat menjawab kebutuhan masyarakat Indonesia sehingga masih memerlukan revisi dan pembaruan. Oleh karena itu, untuk menutupi kekurangan tersebut, maka perlu adanya konstruksi metodologi yang mendialektikakan secara sejajar antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan *‘urf*, sehingga hasil formulasi materi hukumnya dapat menjadi titik temu bagi masyarakat Indonesia yang plural, baik dari segi kelompok keagamaan, budaya maupun kecenderungan pemikiran. Upaya mendialektikakan antara *naṣṣ*, *maqāṣid*

(*maṣlahah*) dan *'urf* pada dasarnya merupakan proses ijtihad yang dapat menghasilkan beberapa kemungkinan pendapat dan disinilah perlunya ijtihad kolektif (*ijtihād jamā'ī*) untuk menetapkan hukum yang paling sesuai. Dalam ijtihad kolektif ini tidak saja melibatkan ahli dan ulama hukum Islam tetapi juga ilmuwan-ilmuwan bidang terkait. Oleh karena itu, untuk melakukan pembaruan KHI Bidang Perkawinan, perlu keterlibatan tidak saja ahli hukum Islam dan hukum adat tetapi juga para ilmuwan sosial budaya yang telah melakukan penelitian mendalam mengenai kondisi dan perkembangan sosial, budaya bahkan psikologi masyarakat Indonesia, khususnya bidang sosiologi, antropologi dan psikologi keluarga.

Dari uraian di atas, dapat dikemukakan beberapa catatan dan rekomendasi. Pertama, karena sudah berumur lebih dari 20 tahun, maka perlu dilakukan revisi supaya lebih sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat Indonesia. Pembaruan yang akan dilakukan perlu bersifat menyeluruh dan konsisten bagi seluruh pasal-pasal yang ada, sehingga tidak hanya bersifat parsial yang secara metodologis memiliki kelemahan. Di samping itu, revisi tersebut perlu bersifat legal-positif, dalam arti tidak hanya berupa aturan yang mengandung perintah dan larangan tetapi juga mengandung sanksi bagi para pelanggarnya.

Kedua, pembaruan terhadap KHI, Bidang Perkawinan khususnya, secara metodologis perlu bersifat moderat dengan menempatkan antara *naṣṣ*, *maqāṣid* (*maṣlahah*) dan *'urf* dalam posisi yang sejajar dan dialektis. Kerangka metodologi seperti ini merupakan jalan tengah di antara kecenderungan liberal dan kecenderungan tekstualis. Pembaruan dengan kerangka metodologi dialektis tersebut perlu dilakukan secara kolektif, sehingga tidak saja melibatkan ulama, pemerintah dan DPR, tetapi juga melibatkan para peneliti dan ahli dalam bidang terkait, misalnya antropologi, sosiologi dan psikologi keluarga serta ahli hukum adat.

Ketiga, dan yang terakhir, Pemerintah, melalui Kementerian Agama dan Mahkamah Agung, perlu memfasilitasi dengan serius dan segera upaya pembaruan KHI ini, karena pembaruan hukum keluarga sangat diperlukan sebagai pedoman bertindak bagi masyarakat muslim Indonesia serta menjadi hukum materil di lingkungan peradilan agama bagi masyarakat yang mencari keadilan dan menyelesaikan permasalahan keluarganya.

Daftar Pustaka

Buku-Buku

- ‘Abid al-Jābirī, Muḥammad, *Binyah al-‘Aql al-‘Arābi, Dirāsah Taḥlīliyyah Naqdiyyah li Nuzūm al-Ma’rifah fī al-Thaqāfah al-‘Arabiyyah*. Beirut: Markaz Dirāsat al-waḥdah al-‘Arabiyyah, 1990.
- , *ad-Dīn wa ad-Dawlah wa Taṭbīq ash-Shari’ah*, cet- 1, Beirut: Markaz Dirāsat al-Waḥdah al-‘Arabiyyah 1996.
- Abdullah, Abdul Gani, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Gema Insani Press, 1994.
- Abdurrahman, *Kompilasi hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Akademika Pressindo, 1992.
- ‘Abd al-Ghānī al-Kafrawī, As’ad, *Al-Istidlāl ‘Inda al-Uṣūliyyīn*, Kairo: Dār as-Salim, 2005
- Adīb Ṣālih, Muḥammad, *Tafsīr al-Nuṣūṣ fī al-Fiqh al-Islāmī: Dirāsah Muqāranah* Ttp.: Manṣurāt al-Maktab al-Islāmī, t.t.
- Abu al-‘Ainain Badran, Badran, *uṣūl al-fiqh al-Islāmī* Iskandariyyah: Matba’ah M.K. Iskandariyyah, t.t.
- Abū Zahrah, Muḥammad, *Uṣūl al-Fiqh*, Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī, t.t.
- , *Abū Ḥanīfah: Ḥayātuh wa ‘Aṣruḥ Arāḩuh wa Fiqhuh* Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī, 1991.
- , *al-Shāfi’ī: Ḥayātuh wa ‘Ashruḥ Ārāḩuh wa Fiqhuh*. Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī, t.t.
- Ahmad Amrullah dkk, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional: Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Busthanul Arifin, SH*, Jakarta: Gema Insani Pers, 1996.
- Ahmad an-Nadwi, Ahmad, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, Damaskus: Dār al-Qālam, 1986.

- Alami (el-), Dawoud, *The Marriage Contract in Islamic Law in The Syiria and Personal Status Laws of Egypt and Marocoo*, London: Hartnoll Ltd, 1992.
- Alami (el-), Dawoud dan Doreen Hinchcliffe *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, London: the Hague, Boston: Kluwer Law International, 1996
- Arifin, Busthanul, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia, Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- ‘Aşqalāni (Al-), Ibnu Hajar, *Fatḥ al-Bāri bi Sharḥ al-Bukhāri*, Mesir: Muşţafā al-Bābi al-Halabi wa Aulāduh, 1961
- Atho Mudzhar, Mohamad, *Islam and Islamic Law in Indonesia: A Social-Historical Approach*. Jakarta: Office of Religious Research & Development, and Training, Ministry of Religious Affairs, 2003.
- , *Membaca Gelombang Ijtihad, antara Tradisi dan Liberasi*. Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998.
- , Studi Hukum Islam dengan Pendekatan Sosiologi, Pidato Pengukuhan Guru Besar Guru Besar Madya Ilmu Sosiologi Hukum Islam, 15 September 1999. Yogyakarta : IAIN Sunan Kalijaga.
- , *Fatwas of The Council of Indonesian ‘Ulama: A Study of Islamic Legal Thought in Indonesia 1975-1988, Disertasi PhD*. Los Angeles: UCLA, 1990.
- Atho Mudzhar, Mohamad dan Khoiruddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* . Jakarta: Ciputat Press, 2003.
- Audah, Jaser, *Al-Maqasid untuk Pemula*, terjemah dari *Maqāṣid Al-Sharī’ah: A Beginner’s Guide*. Yogyakarta: Suka Press, 2013.
- Basyir, Ahmad Azhar, *Pokok-Pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam*. Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1990.
- Būti (al-), Muhammad Said Ramaḍān, *Dawābiṭ al-Maslaḥāḥ fī al-Sharī’ah al-Islāmiyyah*, Kairo: Muassasah Risālah, 1973

- Coulson, Noel J., *A History of Islamic Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990.
- Donohue, John dan John L. Esposito, Islam dan Pembaharuan Ensiklopedi Masalah-Masalah. Kata Pengantar M. Amin Rais. Terj. Machnun Husein dari judul asli *Islam in Transition: Muslim Perspective*, Jakarta : Radjawali Press. 1995
- Daud Ali, Muhammad, “*Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya*” dalam “*Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktis*, Tjun Suryaman, (ed). Bandung: Rosdakarya, 1991.
- Elias, Elias A, *Qāmus al-Ilyās al-Aṣri: ‘Arabī-Injlizi*, Kairo: Shirkah Dār Ilyās al-Aṣriyyah, 1979.
- Fauzi, Muhammad Latif, “Islamic Law in Indonesia: Debates on Islamic Family Law in the *Reformasi* Era”. Tesis pada Leiden University Tahun 2008.
- Feener, R Michael, *Muslim Legal Thought in Modern Indonesia*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Fuady, Munir, *Teori-teori dalam Sosiologi Hukum*, Jakarta: Prenada Media, 2011
- Ghazāli (al-), Abū Hāmid, *al-Mustaṣfā fi’Ilm al-Uṣūl*, Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1993.
- Gupta, Kiran, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States”, A Study in Comprative Law”, Islamic and Comparative Law review*, vol. Xii, no. 2, Summer, 1992
- Gunaryo, Achmad, *Pergumulan politik & Hukum Islam: Reposisi Peradilan Agama dari Peradilan “Pupuk Bawang” Menuju Peradilan Seseungguhnya*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.
- Hallaq, Wael B., *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Uṣūl al-Fiqh*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Ḥasaballāh, ‘Alī, *Uṣūl al-Tashri’ al-Islamī* . Kairo: Dār al-Ma’arif, 1971.

- Hasan Basri, Cik, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*. Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999.
- Hashim Kamali, Muhammad, *Principles of Islamic Jurisprudence* (Selangor: Pelanduk Publications, 1989).
- Ḥasaballah, Alī, *Uṣūl at-Tashrī' al-Islāmī* Mesir: Dār al-Ma'ārif, 1971.
- I. Doi, Abdurrahman, *Women in Shari'ah (Islamic Law)*, Kuala Lumpur: A.S. Noordeen, 1992.
- Ḥusainī (al-), Taqiyyuddīn *Kifāyah al-Akhyār fī ḥalli Ghayar al-Ikhtilāf*, Pekalongan: Maṭba'ah Raja Murah, t.t.
- Ibn Naṣīr al-Shaṭārī, Sa'ad, *Al-Qaṭ' wa al-Zann 'Inda al-Uṣūliyyin*, Riyāḍ: Dār al-Ḥabīb, 197.
- Jābir Ṣalaḥ, Muḥammad, *Tajdīd Sinn al-Zawāj, Ḥatmiyyah Ijtīmā'iyah wa Iqtisādiyyah*, Yaman: Muṣassasah Nadwah az-Zawāj, 2008
- Jawwad Mugniyyah, Muḥammad, *'Ilm uṣūl al-fiqh fī Saubiḥ al-Jadīd*. Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malāyin, 1975.
- , *Fiqh Lima Madzhab*, Alih Bahasa Masykur, cet IV Jakarta: Lentera, 1999
- Jum'ah, 'Alī, *Aliyyat al-Ijtihād*, Kairo: Dār ar-Risālah, 2004
- Keputusan Menteri Agama RI Nomor 154 Tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991.
- Khallāf (al-), 'Abd al-Wahhāb, *Khulāṣah Tārikh al-Tashī' al-Islāmiy*. Jakarta: al-Majlis al-A'la al-Indūnīsi li ad-Da'wah al-Islāmiyyah, 1968.
- , *al-Ijtihād bi al-Ra'yi*. Mesir: Maktabah Dār al-Kitāb al-'Arabi, 1950.
- , *'Ilm uṣūl al-fiqh*. Kuwait: Dār al-Qalām, 1978.
- , *Maṣādir al-Tashī' fī mā lā Naṣṣa fih*. Kuwait: Dār al-Qalam, 1972.
- , *Ahkam al-Ahwāl al-Shakhsīyyah 'ala Wafqī Madhhabī Abī Ḥanīfah wamā al-'Amal fī al Muḥakām*, Kuwait: Dār al-Qalām, 1990.

- Khīnn (al-), Muṣṭafā Sa'id, *Athār al-Ikhtilāf fī al-Qawā'id al-Uṣūliyyah fī Ikhtilāf al-Fuqāhā*. Ttp.: Muṣassasah ar-Risālah, 1972
- Khumashi (al-), Aḥmad, al-Ta'liq 'alā Qānūn al-Akhwāl ash-Shakhsīyyah, Ttp: Tnp, 1994
- Mahmood, Tahir, *Family Law Reform in the Muslim World* . Bombay: N.M. Tripathi PVT. LTD, 1972.
- Maḥmasanī, Subḥī, *Falsafah al-Tashrī' fī al-Islām*. Beirut: Dār al-'ilm li al-Malayīn, 1961.
- Manan, Abdul, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2006.
- Mehdi, Rubya, *The Islamization of The Law in Pakistan*, Surrey: Curzon Press, 1994.
- Mawardi, Imam, "A Socio-Political Backdrop of the Enactment of The *Kompliasi Hukum Islam*", Tesis MA. Montreal: McGill University, 1998.
- Minhaji, Akh. , "Hukum Islam antara Sakralitas dan Profanitas", Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam bidang Sejarah Sosial Pemikiran Hukum Islam pada Fakultas Syari'ah di hadapan Rapat Senat Terbatas UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 25 September 2004.
- , "Reorientasi Kajian Ushul Fiqh", dalam *al-Jami'ah Journal of Islamic Studies*, IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, No. 63/VI/1999.
- Mir-Hosseini, Ziba, "Strategis of Selection: Differing Nations of Marriage in Iran and Marocco, dalam Camillia Fawzi El-Solh and Judi Mabro (eds), *Muslim Womens Chioces: Religious Belief and Social Reality*, Oxford: Berg Publisher, 1994.
- Munawar (Al-), Said Agil Husin, *Fikih Antar Agama*, Jakarta: Ciputat Press, 2005
- Mulia, Siti Musdah, "Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia", dalam Komaruddin Hidayat dan Ahmad Gaus

- AF (Ed.), *Islam Negara dan Civil Society*, Jakarta: Paramadina, 2005
- Mustafā Shalabī, Muḥammad, *Ta'fīl al-Aḥkām*. Beirut: Dār al-Nahḍah al-'Arabiyyah, 1981.
- Muzaffar (al-), Muhammad Riḍa, *Uṣūl al-Fiqh*. Ttp.: tnp., t.t.
- Na'im, Abdullahi A. An- (Ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*. London: Zed books Ltd, 2002.
- Naṣīr al-Shatharī, Sa'd Ibn, *Al-Qaṭ' wa al-dhann 'Inda al-Uṣuliyyin*, Riyāḍ: Dār al-Habīb, 1997.
- Nasution, Khoiruddin, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia*, Yogyakarta: Tazzafa, ACAdemia, 2010.
- Neufeldt, Victoria (ed), *Webster's New World Dictionary of American English*. New York: Prentice Hall, 1991.
- Nurlaelawati, Euis, *Modernization, Tradition and Identity: The Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in The Indonesian Religious Courts*. Amsterdam: University Press, 2010.
- Pearl, David and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition, London: Sweet and Maxwell, 1998.
- Qaraḍāwī (al-), Yūsuf al-Madkhal li Dirāsah al-Shaī'ah al-Islāmiyyah, Cct. 4. Kairo: Maktabah Wahbah, 2001.
- , *Al-Ḥalāl wa al-Ḥarām fī al-Islām*, Ttp: Dar al-Ma'rifat, 1985.
- , *Keluasan dan Keluwesan Hukum Islam*, terj. Said Agil Husin al-Munawar, Semarang: Dina Utama, 1993.
- Qudāmah, Ibnu al-Maqdisī, *Al-Mughnī*, Kairo: Dar Hijrin, 1409.
- Raffia Arshad, *Islamic Family Law*. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Raisuni (al-), Ahmad, *Naẓariyyah al-Maqāṣid 'inda al-Imām al-Shātibī*. Herndon: IIIT, 1992.
- Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008.

- Rāzī (al-), Fakhrudin, *al-Maḥshūl fī ‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1988.
- Rushd, Ibnu, *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyah al-Muqtaṣid*, Ttp.: Shirkah An-Nūr Asia, t.t.
- Sa’di (al), ‘Abd al-Ḥākīm, *Mabāhith al-‘Illah fī al-Qiyās ‘Inda al-Uṣūliyyin*, Beirut: Dār al-Basha’ir al-Islāmiyah, 1421/2000.
- Sosroatmojo, Asro, Wasit Aulia, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, cet-3, Jakarta: Bulan Bintang, 1981.
- Shamil Jeppie, Ebrahim Moosa, Richard L. Roberts (Eds.), *Muslim Family Law in Sub-Saharan Africa*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2010.
- Shalabī, Muḥammad Muṣṭafā, *Ta’fīl al-Ahkām*. Beirut: Dār al-Nahḍah al-‘Arabiyyah, 1981.
- , *Ahkām al-Uṣrah fī al-Islām: Dirāsah Muqāranah baina al-Fiqh al-Mazāhib al-Sunniyah wa al-Mazhab al-Ja’farī wa al-Qānūn* Beirut: al-Dār al-Jami’iyyah, 1413/1993.
- Shātībī (al-), Abū Ishāq, *al-Muwāfaqat fī Uṣūl al-Ahkām*, Edisi al-Hudar Husain Ttp.: Dār al-Fikr, t.t.
- , *al-I’tisām*. Riyad: Maktabah al-Riyādh al-Ḥadīthah, t.t.
- Shiddieqy (ash-), T.M. Hasbi, *Dinamika dan Elastisitas Hukum Islam*, Cet. 2. Jakarta: Tintamas, 1982.
- , *Falsafah Hukum Islam*, Cet. 4, Jakarta: Bulan Bintang, 1990.
- , *Pengantar Hukum Islam*, Cet. 6 . Jakarta: Bulan Bintang, 1981.
- Sabiq, Sayyid, *Fiqh al-Sunnah*, Mesir: *al-Fatḥ li al-‘Allam al-‘Arab*, t.t.
- Sarakhsī (al-), Syamsuddīn, *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1993.
- Sarṭāwī (al-), Maḥmūd ‘Alī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah*, Ttp: Dār al-Fikr,tt.
- Pagar, *Pembaharuan Hukum Islam Indonesia, Kajian Terhadap Sisi Keadilan Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam*, Bandung: Cita Pustaka, 2007

- Tahido Yanggo dkk, Huzaemah, *Membendung Liberalisme*. Jakarta: Penerbit Republika, 2004.
- Taimiyah Ibnu, *Majmu' Fatawā*, Ttp: Dār al-Wafā, 1426/2005.
- Tim dari Hephaestus Books, *Articles on Islamic Family Law*. Singapura: Hephaestus Books, 2011.
- Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*. Jakarta: Departemen Agama, 2004.
- Tono, Sidik dan Amir Mu'allim, *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*. Yogyakarta: UII Press, 1999.
- Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf.
- Undang-Undang Peradilan Agama Nomor 3 Tahun 2006.
- Undang-Undang RI No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Instruksi Presiden RI No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.
- Voorhoeve, Maaiké, *Family Law In Islam: Divorce, Marriage and Women in The Muslim World*. New York: I.B. Tauris & Co. Ltd, 2012.
- Wahid, Marzuki dan Rumadi, *Fiqh Madzhab Negara, Kritik atas Politik Hukum Islam diIndonesia*. Yogyakarta: LKiS, 2001.
- Wahidin, Samsul dan Abdurrahman, *Perkembangan Ringkas Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 1. Jakarta: Akademika Pressindo, 1984.
- Wehr, Hans, *A Dictionary of Modern Written Arabic :Arabic-English*, Beirut: Brairie du Liban, 1980.
- Welchman, Lynn (ed.), *Women's Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform*. New York: Zed Books Ltd., 2004.
- Welchman, Lynn, *Women and Muslim Family Laws in Arab States: A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy*. Amsterdam: ISIM and Amasterdam University Press, 2007.

- Yūsuf Mūsa, Muhammad, *Tārīkh al-Fiqh al-Islāmī*. Mesir: Dār al-Kitāb al-‘Arabī, 1958.
- Zaidān, ‘Abd al-Karīm, *al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh*. Kairo: Dār al-Ṭaba’ah wa al-Nashr al-Islāmiyyah, 1993.
- [Zain](#), Muhammad dan [Mukhtar Alshodiq](#), *Membangun Keluarga Humanis: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam yang Kontroversial itu*. Jakarta: Graha Cipta, 2005.
- Zarqā, Ahmad al-, *Sharḥ al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*. Damaskus: Dār al-Qalam, 1989.
- Zein, Satria Effendi M., "Metodologi Hukum Islam", dalam Amrullah Ahmad, SF, *et.al* (eds.), *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*. Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Zuhailī (al-), Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*. Damaskus: Dār al-Fikr, 1986.

Artikel Jurnal

- Adams, Charles C, “Abu Hanifah Champion of Liberalism and Tolerance in Islam”. *The Muslim World*, July 1946.
- Ali S ‘Rights of the Child under Islamic Law and Laws of Pakistan: a Thematic Overview’ *Journal of Islamic State Practices in International Law* Volume 2 2006.
- Andrea Büchler, “Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law”, dalam [International Journal of Law in Context](#) , Volume 8 , Special Issue 02 , June 2012.
- Anderson, J.N.D. *Islamic Law in the Modern World*, New York; New York University Press, 1959.
- , “Modern Trend in Islam: Legal Refomr and Modernization in the Middle East”, *International and Comparative law Quartely*, 20, Jan, 1971.
- , “Recent Development in Shari’a Law III: The Contract of Marriage”, dalam *The Muslim World*, 41, 1951.

- , "Recent Development in Sharia Law VIII: The Yordanian Law of Family Rights 1951", *The Muslim World*, 42, 1952.
- , "The Syrian Law of Personal Status" *Bulletin in the School Of Orinetal and African Stuides*, No. 17 1955.
- , "The Tunisian Law of Personal Status", *International and Comparative Law Quarterly* 7 April, 1958.
- , "Reforms in Family Law in Marocco", *Journal of African Law*, No. 2, 1958.
- Archer, Brad, "Family Law Reform and the Feminist Debate: Actually-Existing Islamic Feminism in the Maghreb and Malaysia", *Journal of International Women's Studies*, Volume 8 Number 4, 2007.
- Buskens, Leon, "Recent Debates On Family Law Reform In Morocco: Islamic Law As Politics In An Emerging Public Sphere", *Islamic Law and Society*, Volume 10, Number 1, 2003..
- Butt, Tahseen & Associates, *Muslim Marrisage Law in Pakistan*, artikel diakses pada tanggal 29 Oktober 2012 dari http://www.tahseenbutt.com/divorce_lawyers_pakistan.html. Diunduh pada tanggal 6 februari 2014.
- Bedir, Murteza, "*The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas?*", *Islamic Studies*, Vol. 42. No. 1. Spring 2003.
- Bleicher, Joseph, *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique*, London: Routledge & Kegan Paul, 1980.
- Cammack, Mark, Lawrence A. Young, Tim Heaton, "Legislating Social Change in an Islamic Society: Indonesia's Marriage Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996.
- , "Islamic Law in Indonesia's New Order", *The International and Comparative La Quertely*, Vol. 38 No. 1 Jan, 1989.

- Cammack, Mark E. and R. Michael Feener, "The Islamic Legal System in Indonesia", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 21 NO. 1, Januari 2012.
- Chandrawila Supriadi, Wila, *Hukum Perkawinan Indonesia dan Belanda*, Bandung: Mandar Maju, 2002.
- Centre for Human Rights and Democratic Development, Kanada, "Family Law Reform and Women's Rights in Muslim Countries: Perspectives and Lessons Learned". Seminar Report, June, 2010.
- Chowdhury, Farah Deeba, "Dowry, Women, and Law in Bangladesh", *International Journal of Law, Policy and Family*, Volume 24 Number 2, 2010, 198-221.
- Esposito, John L. "Muslim Family Law Reform: Towards an Islamic Methodology", *Islamic Studies*, Vol. 15, No. 1 (SPRING 1976).
- Fahrullah, Ade Fariz, "Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam (CLD KHI): Produk Fikih Liberal", *Hukum Islam*, Vol. VII No. 5. Juli 2007.
- Gupta, Kiran, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States*, *A Study in Comparative Law*, *Islamic and Comparative Law review*, vol. Xii, no. 2, Summer, 1992
- Haneef, Sayed Sikandar "Debate on Methodology of Renewing Muslim Law: A Search for a Synthetic Approach", *Global Jurist*, Vol. 10, Iss. 1, 2010.
- Haq (al-), Ikram "Ta'addud Azwaj al-Nabiy Shallallahu 'alaihi wa Sallam wa al-Mustasyriqun", *Al-Qalam*, Desember 2010, 272-281.
- Rachel M. Scott, "A Contextual Approach to Women's Rights in the Qur'an: Readings of 4:34", *The Muslim World*, Vol. 99, 2009Hasan, Ahmad, "The Principle of Istihsan in Islamic Jurisprudence", *Islamic Studies*. Vol. 16, No. 4, Winter, 1977.
- <http://> Zainah Anwar and Jana S. Rumminger, *Justice and Equality in Muslim Family Laws: Challenges, Possibilities, and*

Strategies for Reform”, 64 WASH. & LEE L. scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol64/iss4/12.

<http://gubugbudaya.wordpress.com/2006/04/23/belajar-dari-kegagalan-cld-khi/>;

<http://www.freelists.org/post/ppi/ppiindia-Menag-Maftuh-Basuni-Bekukan-CLD-KHI-Usulan-Tim-Gender-Depag.>

<http://www.impowr.org/content/law-reform-efforts-marriage-or-child-marriage-indonesia.>

<http://www.mediaumat.com/media-nasional/1729-35-pasal-gila-gilaan-draft-amandemen-uu-perkawinan.html>;

<http://ar.wikipedia/mudawwanah> al-usrah al-maghribi. Diakses pada 4 Mei 2015.

Hashim Kamali, Muhammad, *Sumber, Sifat Dasar dan Tujuan-Tujuan Syari'ah*, terj. dalam *al-Hikmah Jurnal Studi-Studi Islam* no. 10, Juli-September 1993

-----, “Islamic Family Reform: Problems and Prospects” *Pluto Journals* ICR No. 3.1, 42. ICR.Plutojournals.org

Hooker, M.B. “Southeast Asian Shari’ahs”, *Studia Islamika, Indonesian Journal for Islamic Studies*. Vol. 20, No. 2, 2013

Huda, Nurul “Kawin Hamil dalam Kompilasi Hukum Islam (Tinjauan Maqashid Syariah)”, *Ishraqi*, Vol. 5, No. 1, Januari-Juni 2009.

Minhaji, Akh. , "Reorientasi Kajian Ushul Fiqh", dalam *al-Jami'ah Journal of Islamic Studies*, IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, No. 63/VI/1999.

Mohammad Hashim Kamali, “Islamic Family Law Reform: Problems and Prospects”, *Islam and Civilisational Renewal* Volume 3, Number 1, Oktober, 2011

Moors A “Public Debates On Family Law Reform Participants, Positions, And Styles Of Argumentation In The 1990s”, *Islamic Law And Society*, Volume 10, Number 1, 2003.

- Noor, Zanariah, "Gender Justice and Islamic Family Law Reform in Malaysia", *Kajian Malaysia*, Jld. XXV, No. 2, Desember 2007, 121-156.
- Opwis, Felicitas, "*Maslahah in Contemporary Islamic Legal Theory*", *Islamic Law and Society*, Vol. 12 92, 2005.
- , "Islamic Law and Legal Change: The Concept of Maslaha in Classical and Contemporary Islamic Legal Theory" dalam Abbas Amanat dan Frank Griffel (Eds.), *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford, California: Stanford University Press, 2007.
- Qadumi, Marwan "Jihaz al-Marah fi Dha'u asy-Syari'ah wa Qanun al-Ahwal asy-Syakhsiyyah", *Al-Najah li al-Abhas*, Vol 19 (1), 2005.
- Rangkuti, Ramlan Yusuf "Pembatasan Usia Kawin dan Persetujuan Calon Mempelai dalam Perspektif Hukum Islam", *Jurnal Equality*, Vol. 13 No. 1, Pebruari 2008, 72.
- Rehman, Javaid, "The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq", *International Journal of Law, Policy dan Family*, volume 21, Number 1 2007.
- Sayeed, Asma, "Gender and Legal Authority: An Examination of Early Juristic Opposition to Women's Hadith Transmission", *Islamic Law and Society*, Vol. 16 2009
- Syamsuddin, Sahiron, "Abu Hanifah's Use of the Solitary Hadith as a Source of Islamic Law", *Islamic Studies*, Vol. 40, No.2 Summer 2001.
- Syehabi, Nabil, "Illat and Qiyas in Early Islamic Legal Theory", *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 102, No. 1 Jan-Mar 1982.
- Syamuddin, Rahman, "Sejarah Pemberlakuan Hukum Keluarga di Pakistan", *Paper*
<http://syariahalauddin.com/2011/10/17/sejarah-pemberlakuan-hukum-keluarga-di-pakistan/>. Diunduh pada tanggal 2 Februari 2014.

- Wahid, Marzuki, *Counter Legal Draft Komplilasi Hukum Islam (CLD KHI) Dalam Perspektif Politik Hukum Di Indonesia*, dalam <http://ern.pendis.depag.go.id/DokPdf/ern-vi-03.pdf>.
- Y. Musa, "Al-Shafi'I, the Hadith and the Concept of the Duality of Revelation", *Isalmic Studies*, Vol. 46, No. 2 Summer 2007.
- Zahraa, Mahdi, "Unique Islamic Law Methodology and the Validity of Modern Legal and Social Science Research Methods for Islamic Research", *Arab Law Quarterly*, 2003.

Glosarium (Keterangan Istilah)

- Al-Nuṣūs al-Sharīah* : Teks-teks syari'ah
- Al-Qiyās* : Menyamakan sesuatu yang tidak ada naṣnya pada suatu hukum yang ada naṣnya karena keduanya memiliki kesamaan *'illat*.
- Al-Istiḥsān* : Mengecualikan hukum yang diterapkan oleh keumuman naṣ atau ketentuan qiyās pada suatu peristiwa dengan pertimbangan kemaslahatan.
- Al-Istiḥāb* : Menetapkan keberlakuan hukum yang telah ada dan membolehkan hukum sesuatu disebabkan tidak adanya naṣ yang melarang.
- Al-Iṣṭinbāḥ* : Menggali hukum secara dalam dari sumbernya
- Al-Iṣṭislāḥ* : Menetapkan suatu hukum terhadap sesuatu yang tidak ada naṣnya dengan pertimbangan kemaslahatan.
- Al-Kulliyāt al-Khams* : Lima aspek pokok dalam kehidupan manusia yang dipelihara kemaslahatannya; Agama, Jiwa, akal, keturunan atau harga diri, dan harta.
- Al-Siyasah al-Shar'īyah* : Aturan dan kebijakan yang bersifat prosedural-administratif sesuai dengan tuntutan zaman modern.
- 'Amm* : Lafaz yang mencakup seluruh satuan-satuan yang dikandungnya
- Amr* : *Lafaz khāṣ* yang menunjukkan perintah untuk mengerjakan sesuatu

- Bayan al-Zarūrah* : Petunjuk makna yang didiamkan *Naş* yang dapat dipahami dengan mudah.
- Dalālah* : Petunjuk yang ada dalam teks wahyu
- Dalālah al-Naş* atau *Dalālah ad-Dalālah* : Petunjuk suatu lafaz yang memberi pengertian bahwa hukum dari suatu perbuatan yang disebutkan dalam *naş* (*manţuq bih*) berlaku juga bagi perbuatan yang tidak disebutkan (*maskut anhu*), karena dari pengertian secara bahasa kedua perbuatan tersebut memiliki kesamaan ‘*illat* yang menjadi dasar bagi penetapan hukumnya.
- Extra Doctriner Reform* : Pembaruan yang tidak lagi merujuk pada konsep fikih konvensional, tetapi dengan melakukan reinterpretasi terhadap *naş*
- Haqīqah* : Lafaz yang digunakan untuk makna aslinya menurut bahasa atau istilah
- Ibārah al-Naş* : Petunjuk suatu lafaz yang dapat dipahami dengan segera dan memang hal itu dimaksudkan oleh konteks kalimat (makna tersurat).
- ‘*Illat* : Suatu sifat yang terdapat pada ashal (pokok) yang menjadi dasar untuk menetapkan hukum pada ashal dan untuk mengetahui hukum pada cabang yang hendak dicari hukumnya.
- Intra Doctriner Reform* : Pembaruan Hukum yang merujuk pada konsep fikih konvensional
- Ishārah al-Naş* : Petunjuk lafaz terhadap maknanya yang tidak dapat segera dipahami, namun merupakan makna yang melekat yang tidak

- dapat dilepaskan dari maksud lafaz tersebut (makna tersirat).
- Istishāb* : Menetapkan hukum sesuatu menurut keadaan yang terjadi sebelumnya, sampai ada dalil yang merubahnya.
- Iqtidā al-Naş* : Penyisipan terhadap *naş* agar supaya ada kelurusan dan kesempurnaan makna.
- Khāfi* : Lafaz yang petunjuk maknanya jelas namun tersembunyi oleh sebab lain dan menimbulkan interpretasi ketika diterapkan.
- Khās*: Lafaz yang maknanya menunjukkan satuan tertentu.
- Mafhum al-Mukhālafah* : Berlakunya kebalikan dari hukum yang ada pada *naş* bagi sesuatu yang tidak ada dalam *naş* .
- Majaz* : Lafaz yang digunakan bukan untuk makna aslinya menurut bahasa dan istilah.
- Maqāşid al-Sharīah* : Maksud dan tujuan-tujuan dari syari'ah yang berupa kemaslahatan.
- Muḥkam* : Lafaz yang petunjuk maknanya sangat jelas sehingga tidak mungkin untuk diinterpretasi lain bahkan tidak dapat dihapus (*naskh*).
- Mufassar* : Lafaz yang petunjuk maknanya sangat jelas dan tidak dapat diinterpretasi lain, namun masih mungkin di *naskh*.
- Mujmāl* : Lafaz yang petunjuk maknanya tidak jelas sehingga masih memerlukan penjelasan lebih lanjut dari pembicaranya.
- Muqayyad* : Lafaz *khās* yang menunjukkan pada satuan yang dibatasi oleh suatu batasan.
- Mutashābih* : Lafaz yang petunjuk maknanya tidak dapat diketahui karena ketidakjelasan.

- Muṭlaq* : Lafaz *khāṣ* yang menunjukkan pada satuan yang tidak dibatasi oleh batasan apapun.
- Mushkil* : Lafaz yang petunjuk terhadap maknanya tidak jelas baik disebabkan tidak ada penjelasan yang memadai ataupun karena memang mengandung multi makna.
- Mushtarak* : Lafaz yang memiliki minimal dua makna yang berbeda
- Nahy* : Lafaz *khāṣ* yang menunjukkan larangan untuk mengerjakan sesuatu.
- Naş* : Lafaz yang petunjuk maknanya jelas sesuai dengan konteks kalimat serta masih dapat menerima interpretasi lain.
- Naskh* : Menghapus hukum yang lebih dahulu datang dengan hukum yang kemudian.
- Qawāid Lughāwiyah* : Pendekatan bahasa yaitu mendekati sumber hukum Islam (al- Qur'an dan as-Sunnah) dari sisi kebahasaan
- Qawāid Ma'nawiyah* : Pendekatan makna yaitu mendekati sumber hukum Islam dari sisi makna rasional dan tujuan yang terkandung di sebalik teks.
- Sadd al-Dharī'ah* : Mencegah sesuatu yang dibolehkan karena apabila tidak dilarang maka akan menimbulkan kemafsadatan.
- Ta'aruf al-'Adillah* : Perlawanan antara kandungan salah satu dari dua dalil yang sama derajatnya dengan kandungan dalil yang lain.
- Takhayyur* : Memilih salah satu pendapat yang lebih relevan bagi masyarakat
- Takhsīs al-Qaḍā* : Menerapkan Hukum Islam melalui pengadilan dengan cara membatasi penerapan syariah pada aspek hukum perdata Islam yang menjadi kompetensi pengadilan.

- Talfiq* : Mengambil pendapat dari seorang mujtahid kemudian mengambil dari seorang mujtahid lain, baik dalam masalah yang sama maupun berbeda.
- Tarfih* : Memilih salah satu dalil yang terkuat
- 'Urf* : Setiap hal yang telah dibiasakan oleh masyarakat dan dijalankan terus-menerus baik berupa perkataan maupun perbuatan
- Zāhir* : Lafaz yang petunjuk maknanya jelas tetapi bukan yang dimaksud oleh konteks kalimat serta dapat menerima interpretasi makna lain.

Indeks

‘
‘Illat, 37, 38, 151, 189
‘Urf, 188

A

Al-An’ām, 162, 205
Al-Baqarah, 30, 31, 53, 123,
132, 140, 143, 144, 146,
147, 150, 166, 170, 172,
173, 187, 195, 207, 218,
219, 233, 259
Ali Hasaballah, 11
Al-Istidlāl, 156, 191
Al-Qiyās, 184, 200, 202, 204,
208
Al-Taftazānī, 55
An-Nūr, 194

B

Bustanul Arifin, 111

H

Ḥanābilah, 72
Ḥanafīyyah, 38, 39, 40, 41,
54, 58, 59
Hallaq, 3, 12, 23, 121, 163,
226, 260
Hashim Kamali, 15, 46, 47,
127, 205

I

Ibnu ‘Ashūr, 16

Indonesia, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8,
9

Irak, 79, 81, 131, 174, 229

Iran, 1, 78, 79, 81, 87, 91, 94,
97, 98, 100, 171, 174, 177

Islamic Law and Society, 124,
210

Istihsan, 205, 212

J

J.N.D Anderson, 76, 83

Jaser Audah, 15, 16, 67, 178

Jhon L. Esposito, 98

K

Khāfi, 29

KHI, 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 28,
69, 86, 101, 106, 108, 109,
110, 111, 113, 114, 115,
116, 117, 118, 119, 121,
122, 126, 127, 129, 135,
137, 139, 141, 142, 143,
144, 147, 148, 150, 152,
153, 155, 157, 158, 159,
160, 162, 163, 164, 167,
168, 169, 170, 172, 173,
175, 177, 178, 179, 180,
181, 182, 183, 185, 185,
187, 189, 190, 191, 191,
192, 194, 195, 197, 198,

200, 201, 202, 202, 203,
204, 205, 208, 209, 210,
211, 212, 213, 214, 216,
217, 218, 219, 220, 221,
222, 223, 224, 226, 227,
228, 229, 230, 231, 232,
233, 234, 235, 236, 237,
239, 240, 241, 242, 243,
244, 245, 246, 248, 249,
250, 251, 252, 253, 256,
257, 258, 259, 260, 261,
262, 263, 264, 265, 267,
268, 269

L

Libanon, 75, 134

M

Maroko, 5, 76, 85, 86, 90, 94,
98, 101, 108, 134, 140, 162,
166, 174

Maslaḥah, 184

Mazhab, 64, 87, 100, 101, 118

Mesir, 1, 2, 5, 11, 39, 44, 58,
72, 74, 83, 86, 87, 89, 90,
94, 96, 99, 108, 124, 130,
189, 209, 228, 256

Mufassar, 185

Muḥkām, 26, 185

Muḥkam, 185

Mujmal, 185

Mushkil, 185

N

Nas, 18, 28, 29, 32, 42, 54,
138, 184, 248, 254

Noel J. Coulson, 2, 3

P

Pakistan, 2, 72, 79, 83, 88, 91,
92, 93, 96, 97, 134, 171,
174, 238

Q

Qanūn, 70, 132

S

Sadd al-Dharī'ah, 42, 53, 63
Shāfi'iyah, 37, 39, 40, 41, 54
Sharakhṣī, 55
Siyāsah Shar'iyah, 85

T

Tahir Mahmood, 2, 73, 95,
96, 97, 131, 150, 160, 165

Takhayyur, 2, 84

Talfiq, 85

Tunisia, 1, 72, 75, 80, 134,
135, 165, 174, 186, 238

Turki, 1, 2, 5, 70, 72, 73, 74,
75, 86, 89, 91, 95, 100, 104,
108, 111, 134, 135, 174,
238

U

Uṣūl al-Fiqh, 11, 43, 53, 54,
121, 122, 184, 185, 194,
202

W

Wahbah az-Zuḥaiḫī, 199, 202,
217

Y

Yordania, 74, 75, 88, 90, 98,
100, 122, 134, 154, 165,
171, 174, 238

Yusūf al-Qarḏāwī., 272

Z

Zāhir, 185, 210
Zaidan, 144

Biografi Penulis



Dr. Wardah Nuroniyah, S.H.I, MSI, lahir pada 05 November 1981 di Mertapada Kulon, Astanajapura Kabupaten Cirebon Provinsi Jawa Barat.

Sekilas mengenai pendidikan formal Penulis yaitu menyelesaikan pendidikan Sekolah Dasar (MI Nurul Ikhwan Mertapada Kulon, Astanajapura, Cirebon-Jawa Barat) lulus pada tahun 1993. Sekolah Menengah Pertama (MTS Nurul Huda, Munjul Pesantren, Cirebon, Jawa Barat) lulus pada tahun 1996. Sekolah Menengah Atas (MAK Yayasan Ali Maksum Kranyak, Yogyakarta) lulus pada tahun 1999.

Pada tahun yang sama, Penulis meneruskan pendidikan strata satu (S1) di IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, Fakultas Syariah Jurusan Perbandingan Mazhab dan Hukum (PMH) dan meraih gelar sarjana pada tahun 2004. Selanjutnya pada tahun yang sama 2004, Penulis meneruskan studinya di Program Pascasarjana (PPS) UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, Program Studi Hukum Islam Konsentrasi Hukum Keluarga, lulus pada tahun 2006. Pada tahun 2012, penulis melanjutkan pendidikan strata tiga (S3) di Sekolah Pascasarjana (SPs) UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, Program Studi Pengkajian Islam Konsentrasi Syariah-Fikih dan meraih gelar doktor pada tahun 2016.

Selain pendidikan formal, Penulis juga mengenyam pendidikan non-formal di beberapa pondok pesantren, yaitu: Pondok Pesantren Nurul Huda Munjul Cirebon Jawa Barat tahun 1993-1996 dan Pondok Pesantren Yayasan Ali Maksum Kranyak

Yogyakarta tahun 1996-1999. Penulis dapat dihubungi melalui *wardah.faz@yahoo.com*.

**KONSTRUKSI USHUL FIKIH
KOMPILASI HUKUM ISLAM:**
Menelusuri Basis Pembaruan Hukum
Perkawinan Islam di Indonesia

Wardah Nuroniyah



KONSTRUKSI USHUL FIKIH KOMPILASI HUKUM ISLAM:

Menelusuri Basis Pembaruan Hukum Perkawinan Islam di Indonesia

Penulis : Wardah Nuroniyah
Editor : Zahrul Athriah
Desain Sampul : Nounna
Layout : Nukmah Yusriyyah

ISBN : 978-602-6902-40-5

Penerbit

Cinta Buku Media

Redaksi:

Alamat : Jl. Musyawarah, Komplek Pratama A1 No.8
Kp. Sawah, Ciputat, Tangerang Selatan
Hotline CBMedia 0858 1413 1928
e_mail: cintabuku_media@yahoo.com

Cetakan: Ke-1 Agustus 2016

All rights reserved

Hak cipta dilindungi Undang-Undang

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara apapun tanpa ijin tertulis dari penerbit

Kata Pengantar

Topik tulisan ini muncul dari pengamatan penulis tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI), khususnya bidang perkawinan, yang telah berlaku selama seperempat abad tetapi belum ada perubahan, baik dari sisi materi hukumnya maupun dari sisi bentuknya yang masih berupa Instruksi Presiden (Inpres). Padahal, Indonesia merupakan negara yang memiliki penduduk muslim terbesar di dunia, namun perkembangan bidang hukum keluarganya tidak seprogresif beberapa negara muslim lainnya.

Atas dasar itu, upaya pembaruan terhadap KHI sebenarnya merupakan sebuah keharusan. Namun demikian, sebelum dilakukan pembaruan, penulis merasa perlu terlebih dahulu untuk meneliti dan mengkaji landasan Ushul Fikih dari pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI, khususnya bidang perkawinan. Hasil dari penelitian dan pengkajian inilah yang terdapat dalam tulisan ini. Tulisan ini tidak saja mengkaji pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI dan landasan metodologis-Ushul Fikihnya yang digunakan, tetapi juga memaparkan kritik dan upaya pembaruan terhadap KHI bidang perkawinan tersebut.

Terlepas dari muatan pasal-pasal yang belum dilakukan pembaruan, terdapat tiga belas topik pembaruan dalam KHI Bidang Perkawinan. Landasan dari tiga belas masalah tersebut secara metodologis bervariasi, ada yang didasarkan pada interpretasi kebahasaan terhadap teks Al-Qur'an dan As-Sunnah, dan ada juga yang didasarkan pada penalaran Analogi (*al-qiyas*) dan pertimbangan kemaslahatan (*al-maslahah*) walaupun jumlah tidak banyak. Namun demikian, interpretasi kebahasaan yang ada dalam KHI Bidang Perkawinan tersebut tidak semata-mata menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan (*al-qawa'id al-lugawiyah*), tetapi juga menjadikan *al-'urf* (adat kebiasaan) masyarakat Indonesia sebagai

pertimbangan (*al-qarinah*) dalam melakukan interpretasi kebahasaan tersebut.

Kajian metodologis terhadap pasal-pasal pembaruan KHI Bidang Perkawinan memperkuat asumsi bahwa sebuah produk hukum, tidak terkecuali aturan perundang-undangan, diformulasi melalui logika, alasan dan pertimbangan tertentu, sehingga pada dasarnya sebuah produk pemikiran hukum (fikih) tersebut dapat berubah dan dapat diubah secara kontekstual sesuai dengan perkembangan kondisi masyarakat. Terhadap KHI pun sebenarnya sudah banyak pihak yang berupaya merespon dengan menawarkan revisi dan pembaruan. Tulisan ini, karena itu, juga memaparkan beberapa respon terhadap KHI Bidang Perkawinan tersebut, yaitu Counter Legal Draft KHI (CLD KHI), Rancangan Undang-Undang Hukum Material Pengadilan Agama (RUU HMPA) Bidang Perkawinan, serta wawancara untuk melihat respon dari para akademisi hukum Islam dan tokoh-tokoh ormas keislaman.

Tulisan ini, dengan demikian, merupakan kajian awal dan sebagai pembuka bagi upaya pembaruan KHI, khususnya Bidang Perkawinan, tidak saja muatan materi hukumnya tetapi juga kedudukannya secara formal dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Namun demikian, penulis menyadari bahwa dalam tulisan ini masih banyak kekurangan, sehingga saran-saran konstruktif sangat diharapkan dari para pembaca sekalian.

Tulisan ini juga tidak mungkin dapat diselesaikan tanpa dorongan dan bantuan dari berbagai pihak. Oleh karena itu, penulis mengucapkan terima kasih terutama kepada Prof. Dr. H. Said Agil Husain Al-Munawwar dan Prof. Dr. H. M. Atho Mudzhar, MA, MA yang telah memberikan bimbingan, koreksi dan saran-saran perbaikan yang berharga. Penulis juga berterima kasih atas masukan dan saran-saran perbaikan dari Prof. Dr. Masykuri Abdillah, MA, Prof. Dr. H. Abdul Ghani Abdullah, SH, Prof. Dr. Hasanuddin, AF, MA dan Prof. Dr. Huzaimah Tahido Yanggo, MA. Kemudian penulis juga berterima kasih kepada pihak UIN Syarif Hidayatullah,

khususnya Rektor dan Direktur Sekolah Pascasarjana, dan para dosen Pascasarjana yang telah memberikan pendidikan dan bimbingan akademis selama ini, serta tidak lupa juga terimakasih ditujukan kepada para staf Tata Usaha yang telah memberikan kemudahan terutama dalam proses administrasi penyelesaian tulisan ini. Di samping itu, penulis juga berterima kasih kepada teman-teman yang ada di Sekolah Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah yang namanya tidak mungkin penulis sebutkan satu persatu.

Penulis tentu saja juga mengucapkan terima kasih yang mendalam terutama kepada Bapak dan Mimi yang telah banyak memberikan doa dan selalu memotivasi untuk menyelesaikan studi S3 ini. Penulis juga tentu saja harus berterima kasih kepada suami dan anak (Faza) tercinta, yang telah banyak memberikan motivasi selama proses penyusunan tulisan ini. Tanpa Cinta, kesabaran, doa dan dorongan mereka semua, tulisan ini tidak mungkin dapat diselesaikan.

Akhirnya penulis berharap mudah-mudahan tulisan ini dapat memberikan manfaat bagi pengembangan pemikiran hukum Islam, khususnya pemikiran hukum Islam di Indonesia.

Ciputat, 21 Juli 2016

Wardah Nuroniyah

Transliteration

Table of the system of transliteration of Arabic words and names
used by the Institute of Islamic Studies, McGill University.

b	=	ب	z	=	ز	f	=	ف
t	=	ت	s	=	س	q	=	ق
th	=	ث	sh	=	ش	k	=	ك
j	=	ج	s	=	ص	l	=	ل
ḥ	=	ح	d	=	ض	m	=	م
kh	=	خ	ṭ	=	ط	n	=	ن
d	=	د	ẓ	=	ظ	h	=	ه
dh	=	ذ	‘	=	ع	w	=	و
r	=	ر	gh	=	غ	y	=	ي

Short: a = اَ ; i = اِ ; u = اُ

Long: ā = اَآ ; ī = اِي ; ū = اُو

Diphthong: ay = اِي ; aw = اُو

Daftar Isi

Kata Pengantar	iii
Pedoman Transliterasi	vii
Daftar Isi	ix

BAB I

Pendahuluan	1
--------------------------	---

BAB II

Ushul Fikih Sebagai Metode Penemuan Hukum Islam	11
A. <i>Maqāṣid Shari'ah</i> Sebagai Landasan Penetapan Hukum Islam	13
B. Relasi antara <i>Maqāṣid Shari'ah</i> dan <i>Naṣ</i> (Teks Syariah) ..	18
C. Metode Penemuan Hukum Islam: Antara Pendekatan Bahasa dan Pendekatan Makna.....	22
D. Relasi antara Lafaz, Makna Lafaz dan <i>Maṣlahah</i> dalam Metode Penetapan Hukum Islam	28
1. Relasi antara <i>Lafaz</i> dan Makna <i>Lafaz: Lafaz al-Khāfi</i> , <i>Lafaz al-Naṣṣ</i> , <i>Ibārah al-Naṣṣ</i> , <i>Ishārah al-Naṣṣ</i> dan <i>Dalālah al-Naṣṣ</i>	28
2. Relasi antara <i>Naṣ</i> dan <i>Maṣlahah: Al-Qiyās</i> , <i>Al-Istiṣhāb</i> , <i>Al-Istiṣlāh</i> , serta <i>Al-Istiḥsān</i> dan <i>Sadd al-Dharī'ah</i>	41

BAB III

KHI Bidang Perkawinan Dalam Perspektif Pembaruan Hukum Keluarga Di Dunia Islam	69
A. Sejarah dan Perkembangan Hukum Keluarga di Dunia Islam	69
B. Pembaruan Materi Hukum Perkawinan dalam Aturan Perundang-Undangan di Negara-Negara Muslim	82
1. Pencatatan Perkawinan	86
2. Pembatasan Usia Nikah	89
3. Poligami	91

4.	Perceraian.....	95
5.	Perjanjian Perkawinan	99
C.	Sejarah dan Proses Pembentukan KHI	101
D.	Pembaruan Hukum Perkawinan Islam di Indonesia dalam KHI	112
1.	Pencatatan Perkawinan.....	113
2.	Pembatasan Usia Nikah dan Persetujuan Mempelai	113
3.	Poligami	114
4.	Perceraian	115
5.	Relasi suami dan Isteri.....	116
6.	Perjanjian Perkawinan	117

BAB IV

Pembaruan Materi Hukum Perkawinan KHI

	Dalam Perspektif Ushul Fikih	121
A.	Kesetaraan Laki-Laki dan Perempuan	122
1.	Persetujuan Kedua Calon Mempelai	126
2.	Mempersulit Poligami	133
3.	Hak Berceraai dan Rujuk	140
4.	Hak Terhadap Harta Bersama	145
5.	Masa Berkabung	149
B.	Perlindungan Hak-Hak Anak	152
1.	Batas Minimal Usia Nikah	153
2.	Perkawinan Wanita Hamil	156
3.	Status Anak Sah	159
4.	Pengasuhan Anak	163
C.	Peran Lembaga Pemerintah dalam Perkawinan	166
1.	Pencatatan Perkawinan, Cerai dan Rujuk	167
2.	Perceraian Melalui Pengadilan	172
3.	Perselisihan Perkawinan	175

BAB V

Kerangka Metodologis dan

	Respon Terhadap KHI Bidang Perkawinan.....	183
A.	Kerangka Metodologis-Ushul Fikih dalam KHI Bidang Perkawinan	183
1.	Interpretasi Kebahasaan terhadap <i>nass</i>	184

2.	Analogi (<i>Al-Qiyās</i>)	199
3.	Metode dengan Landasan <i>Maṣlahah</i>	204
B.	Kritik Metodologis terhadap KHI Bidang Perkawinan.....	210
C.	Respon terhadap KHI	
	Bidang Perkawinan di Indonesia	227
1.	Poligami	256
2.	Wali Nikah dan Pencatatan Perkawinan	258
3.	Perkawinan Sementara Waktu	259
4.	Status Hukum Anak	260
 BAB VI		
	Penutup	265
	 Daftar Pustaka.....	271
	Glosarium.....	285
	Index	291
	Biodata Penulis	295

Bab I

Pendahuluan

Hukum keluarga Islam, berbeda dengan bidang hukum Islam lain, merupakan hukum yang diberlakukan hampir di seluruh negara-negara muslim saat ini. Pemberlakuan hukum keluarga Islam di dunia muslim tersebut umumnya dalam bentuk aturan per-undang-undangan negara secara formal.¹ Negara-negara muslim dari mulai wilayah Afrika Utara, Timur Tengah, Asia Selatan sampai Asia Tenggara hampir seluruhnya memiliki aturan perundang-undangan hukum keluarga, tidak terkecuali di Indonesia dengan Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam (KHI).² Ini menunjukkan bahwa bidang hukum keluarga merupakan bidang hukum Islam yang sangat penting karena diimplementasikan secara merata di dunia Islam saat ini.

Negara-negara muslim secara terus menerus melakukan upaya pembaruan dan perubahan undang-undang hukum keluarga. Turki merupakan negara pertama yang melakukan pembaruan hukum keluarga, yaitu mulai tahun 1917, kemudian diikuti oleh Mesir pada tahun 1920, Iran tahun 1931, Syria tahun 1953, Tunisia tahun 1956,

¹Peraturan per-undang-undang-an (*qānūn*, undang-undang) mengenai hukum keluarga Islam merupakan salah satu produk pemikiran hukum Islam, selain hasil pemikiran dalam kitab-kitab fikih, fatwa, dan *qaḍā'* (putusan hakim). Mohamad Atho Mudzhar, *Islam and Islamic Law in Indonesia: A Social-Historical Approach* (Jakarta: Office of Religious Research & Development, and Training, Ministry of Religious Affairs, 2003), 94-104.

² Undang-Undang RI No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Instruksi Presiden RI No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

Pakistan tahun 1961 dan termasuk Indonesia pada tahun 1974.³ Negara-negara tersebut dan juga negara-negara muslim lainnya sampai dengan sekarang terus berusaha untuk melakukan pembaruan undang-undang hukum keluarganya sesuai dengan tuntutan dan perkembangan zaman kontemporer.⁴

Adanya pembaruan hukum keluarga di negara-negara muslim tersebut pada awalnya karena dirasa bahwa memegang doktrin dari satu mazhab fikih saja tidak lagi memadai. Karena itu kemudian untuk menyusun materi aturan perundangan hukum keluarga, banyak negara muslim melakukan *takhayyur*, yaitu proses seleksi terhadap pendapat-pendapat ulama dari berbagai mazhab demi untuk mendapatkan jawaban yang paling sesuai dengan konteks perubahan masyarakat.⁵ *Takhayyur*, bukan ijhtihad, dilakukan sebagai langkah awal umat Islam meninggalkan masa jumud dan fanatik mazhab yang telah dilaluinya hampir delapan setengah abad (dari pertengahan abad 4 H sampai dengan akhir abad 13 H).⁶

Tahap lebih maju dari *takhayyur* adalah melakukan interpretasi baru terhadap masalah-masalah tertentu dalam Al-Quran dan Sunnah Nabi SAW sebagai solusi terhadap kebutuhan masyarakat modern, seperti pembatasan poligami, mempersulit terjadinya perceraian dan pembatasan usia perkawinan. Interpretasi

³M. Ato Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 1.

⁴ Lihat misalnya Tahir Mahmood, *Family Law Reform in the Muslim World* (Bombay: N.M. Tripathi PVT. LTD, 1972). Abdullahi A. An-Na'im (Ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book* (London: Zed books Ltd, 2002).

⁵Untuk melihat tahapan pelaksanaan prinsip *takhayyur* beserta contoh-contoh kasusnya dalam beberapa masalah hukum keluarga, lihat misalnya Noel J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990), 185-201 dan 203.

⁶Awal munculnya pemikiran hukum Islam pada masa modern ini, menurut Khallāf, dimulai pada akhir abad 13 H di Turki Usmani dan kemudian di Mesir. 'Abd al-Wahhab Khallāf, *Khulāṣah Tārīkh al-Tashrī' al-Islāmiy* (Jakarta: al-Majlis al-A'la al-Indūnīsi li al-Da'wah al-Islāmiyyah, 1968), 103-105.

seperti itu pada dasarnya hanya merupakan *quasi-ijtihad*, karena belum menggunakan pendekatan yang sistematis dan metodologi yang konsisten. Fikih (materi hukum Islam) yang diformulasi dengan menggunakan *takhayyur* dan *quasi-ijtihad* memang dapat menghasilkan ketetapan hukum yang sesuai dengan kebutuhan masyarakat modern, namun keduanya tidak ditopang dan dilandasi oleh bangunan Ushul Fikih (filsafat dan teori hukum Islam) yang sistematis dan terpadu sehingga sering menimbulkan inkonsistensi penalaran dan memberi kesan oportunistik yang hanya merupakan penyelesaian sementara bagi masalah hukum yang dibutuhkan masyarakat. Atas dasar itu, prinsip *takhayyur* dan *quasi-ijtihad* ini pada dasarnya memiliki kelemahan Ushul Fikih yang serius.⁷ Pembaruan hukum keluarga Islam di negara-negara muslim, dengan demikian, selayaknya berangkat dan diawali dari pembaruan bangunan Ushul Fikih-nya, tidak terkecuali di Indonesia.

Upaya pembaruan dan reformulasi fikih dalam bidang hukum keluarga (*al-ahwāl al-shakhsīyah*) di Indonesia secara lengkap sesungguhnya baru dilakukan pada tahun 1991, yaitu dengan munculnya KHI yang memuat bidang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan.⁸ Sementara UU Nomor 1 Tahun 1974 hanya memuat hukum perkawinan yang tidak saja diberlakukan bagi warga negara muslim tetapi juga warga negara lainnya. Penyusunan KHI berlangsung selama enam tahun, yaitu dari tahun 1985 sampai tahun 1991,⁹ dan setelah mendapat masukan dari berbagai pihak dan sosialisasi kepada masyarakat luas, pada tanggal 10 Juni 1991 KHI

⁷Noel J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990), hlm. 185-201 dan 203. Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Uṣūl al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 211.

⁸ Khusus tentang perwakafan sudah diterbitkan undang-undang, yaitu Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf.

⁹ KHI ini disusun secara resmi berdasarkan keputusan bersama antara Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama yang ditandatangani pada tanggal 21 Maret 1985.

ditetapkan menjadi Instruksi Presiden (Inpres) No.1 Tahun 1991 untuk dijadikan sebagai pedoman dalam bidang hukum keluarga bagi masyarakat luas, termasuk para hakim di lingkungan Peradilan Agama di seluruh Indonesia.¹⁰ Dengan munculnya KHI ini para hakim Pengadilan Agama memiliki pedoman yang sama dan keputusan-keputusannya dapat diseragamkan, sehingga hal ini kemudian dapat menghilangkan keresahan di tengah masyarakat akibat beragamanya keputusan Pengadilan Agama untuk suatu kasus yang sama. Keragaman keputusan hakim Pengadilan Agama tersebut disebabkan karena beragamanya sumber pengambilan hukum yang berasal dari kitab-kitab fikih klasik yang jumlahnya banyak.¹¹ KHI ini, walaupun berupa Inpres, sampai saat ini menjadi pedoman, rujukan dan sumber hukum materil bagi para hakim pengadilan agama dalam memutuskan perkara hukum keluarga di Indonesia.¹²

¹⁰ Bandingkan Keputusan Menteri Agama RI Nomor 154 Tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991.

¹¹ Menurut Surat Edaran Biro Peradilan Agama Tanggal 18 Pebruari 1958 Nomor B/I/735, terdapat 13 kitab klasik yang menjadi sumber hukum materil Peradilan Agama saat itu, dan semuanya dari mazhab Syafi'i. Kitab-kitab tersebut adalah *al-Bajuri*, *fath al-Mu'in*, *Sharqawi 'ala al-Tahrir*, *Qalyubi*, *Fath al-Wahhab*, *Tuhfah al-Muhtaj*, *Tadrib al-Mustaghfiin*, *Qawamin Shar'iyah li Sayyid Yahya*, *Qawānīn Shar'iyah Li Sayyid Ṣadaqah Dahlan*, *Shamsuri fi al-Farūid*, *Bughyatul Mustarshidin*, *al-Fiqh 'alā al-Madhāhib al-Arba'ah* dan *Mughnī al-Muhtāj*. Lihat *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, 1993/1994), 129-130.

¹² Di dalam kenyataan, sesungguhnya para hakim Peradilan Agama dalam memeriksa dan memutuskan perkara-perkara perkawinan, tidak hanya mengacu kepada UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tetapi juga UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang kemudian diubah dengan UU No. 3 Tahun 2006 dan UU No. 50 Tahun 2011 dan Peraturan Perundangan terkait lainnya. Selain itu terdapat pula naskah Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinilai sebagai *ijma'* (consensus) ulama Indonesia yang kemudian menjadi lampiran Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang sosialisasi dan penerapannya. Isi KHI terkadang memperkuat isi UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, terkadang menyandarkan diri pada UU itu, terkadang menjelaskannya, dan terkadang pula memperkenalkan pemikiran baru yang boleh jadi dalam masyarakat menjadi bahan ikhtilaf. KHI itu sendiri terdiri atas tiga buku, yaitu Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan, dan Buku III tentang Hukum

Penyusunan materi KHI di samping bersumber dari beberapa kitab fikih klasik juga dari hasil studi banding ke Mesir, Maroko dan Turki yang telah lebih dahulu mengkodifikasikan hukum keluarga secara formal.¹³ Oleh karena itu, dalam KHI terdapat beberapa pembaruan materi hukum yang berbeda dengan pandangan fikih klasik, misalnya tentang pencatatan nikah,¹⁴ batas usia pernikahan,¹⁵ adanya izin pengadilan agama untuk melakukan poligami,¹⁶ ahli waris pengganti,¹⁷ dan wasiat wajibah bagi anak dan orang tua angkat.¹⁸ Namun demikian, apabila dicermati, KHI dan juga UU Perkawinan yang merupakan hukum materil di Pengadilan Agama tersebut memiliki beberapa kelemahan. Kelemahan tersebut antara lain masih banyaknya aturan-aturan hukum yang hanya berupa anjuran moral dan bukan berupa norma hukum yang mengikat dan mengandung adanya sanksi secara positif. Aturan seperti ini kemudian menimbulkan pandangan sebagian ahli hukum umum bahwa hukum Islam hanya mengatur hubungan antara individu manusia dengan Tuhannya, karena perintah dan larangan yang ada hanya bersifat anjuran moral, dan bukan berupa norma hukum yang positif. Oleh karena itu, muncul pemahaman bahwa hukum Islam

Perwakafan. KHI ini unik, pertama karena bentuknya seperti UU disusun dengan urutan Bab dan Paalnya, dan Kedua karena KHI sesungguhnya bukanlah UU dan tidak pernah melalui pembahasan di Parlemen, tetapi isinya dapat menjadi hukum positif yang mengikat ketika digunakan oleh Hakim Peradilan Agama dalam putusannya. Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

¹³ Abdurrahman, *Kompilasi hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Akademika Pressindo, 1992), 105

¹⁴ Pasal 5 dan 6, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Depag RI, 1998/1999), 15

¹⁵ Pasal 15 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

¹⁶ Pasal 56 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34

¹⁷ Pasal 185 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 86

¹⁸ Pasal 209 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 94

hanya sesuai untuk mengatur individu supaya menjadi manusia sempurna dan tidak sesuai untuk mengatur ketertiban dan ketentraman masyarakat secara umum.¹⁹

Dalam masalah pencatatan perkawinan, misalnya, dinyatakan bahwa setiap perkawinan harus dicatatkan sehingga pelaksanaannya harus dilakukan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah, dan karena itu perkawinan yang tidak dicatatkan tidak memiliki kekuatan hukum.²⁰ Pasal ini bertujuan untuk menertibkan administrasi perkawinan, karena perkawinan merupakan perbuatan hukum yang mempunyai banyak relasi dan implikasi hukum, terutama antara suami-istri dan orang tua-anak. Dengan adanya pencatatan ini, di samping untuk ketertiban administrasi, juga pada gilirannya untuk melindungi hak-hak hukum, terutama istri dan anak, seperti dalam masalah nafkah, harta warisan, serta kejelasan status dan nasab. Hanya saja KHI ataupun UUP, dengan pasal-pasal yang ada, tidak secara tegas mengharuskan adanya pencatatan tersebut dalam setiap perkawinan, sehingga masih banyak masyarakat yang melangsungkan perkawinan tanpa dicatat, dan ini dianggap sebagai hal yang biasa serta tidak melanggar hukum.

Tidak adanya ketegasan sebagai aturan hukum yang positif tersebut juga terjadi pada pasal-pasal yang lain, seperti keharusan adanya izin dari pengadilan bagi suami yang akan melakukan poligami, adanya kemampuan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak,²¹ pemberian mut'ah oleh suami kepada istri yang dicerai, pemberian nafkah oleh suami kepada isteri yang ada dalam masa 'iddah, dan pemberian biaya *hadānah* (pemeliharaan) oleh bapak

¹⁹ Samsul Wahidin dan Abdurrahman, *Perkembangan Ringkas Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 1 (Jakarta: Akademika Pressindo, 1984), 83-86.

²⁰ Pasal 5, 6, dan 7 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan (UUP).

²¹ Pasal 55, 56, 58, dan 82 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 33-34. Pasal 4, 5, dan 65 Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974, (Surabaya: Gita MediaPress,tt), 2,3 dan 20 .

untuk anak-anaknya, termasuk anak-anak yang tinggal bersama mantan istri sampai umur 21 tahun.²² Dalam KHI dan UUP, aturan-aturan tersebut sama sekali tidak diikuti oleh sanksi apabila kemudian dilanggar. Ini berarti aturan-aturan tersebut hanya berupa anjuran kepada masyarakat tanpa memberikan penegasan sebagai aturan hukum yang positif bahwa aturan-aturan tersebut harus dilaksanakan. Karena itu, sering kali putusan-putusan pengadilan agama yang berkaitan dengan pelanggaran terhadap hal-hal di atas kurang dapat terlaksana secara efektif, dan kemudian pada umumnya yang banyak dirugikan oleh ketidaktegasan aturan yang ada dalam KHI dan UUP tersebut adalah perempuan dan anak-anak.

Atas dasar itu, setelah berjalan selama hampir dua belas tahun, aturan perundang-undangan hukum keluarga di Indonesia, khususnya KHI, dirasa masih banyak kekurangan. Oleh karena itu, pada tahun 2003 muncul RUU HTPA (Hukum Terapan Peradilan Agama) dan tahun 2004 muncul CLD KHI (*Counter Legal Draft* Kompilasi Hukum Islam) yang berusaha menawarkan upaya pembaruan untuk memperbaiki dan menyempurnakan aturan hukum keluarga Islam yang ada. RUU HTPA yang kemudian menjadi RUU HMPA (Hukum Materil Peradilan Agama) sejak tahun 2003 sampai dengan saat ini masih dalam tahap pembahasan dan sosialisasi serta belum diproses untuk menjadi undang-undang. RUU HMPA ini hanya memuat bidang perkawinan, bukan keseluruhan bidang hukum keluarga Islam. Sementara itu, CLD KHI merupakan tawaran pemikiran yang langsung dimaksudkan untuk melakukan pembaruan terhadap KHI. Oleh karena itu, format dan materi bahasan CLD KHI hampir sama dengan KHI, yaitu tentang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan, hanya saja berbeda dalam hal pendapat dan pemikiran yang dikandungnya. CLD KHI ini dibentuk karena memandang bahwa KHI sudah tidak relevan lagi untuk diterapkan saat ini. KHI dipandang tidak saja tidak sesuai

²²Pasal 149 *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 69.

dengan masyarakat modern yang egaliter, pluralis, dan demokratis tetapi juga beberapa pasalnya bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar ajaran Islam.²³ Oleh karena itu, CLD KHI ini hendak membaca ulang KHI dan menyusunnya kembali dalam perspektif baru yang lebih sesuai dengan kondisi masyarakat Indonesia saat ini.²⁴

Di sinilah letak signifikansi dari adanya penelitian yang hendak melakukan upaya pengembangan dan pembaruan yang berangkat dari aturan hukum keluarga yang telah ada dan sedang berlaku, sehingga hasil penelitiannya dapat memberikan kontribusi dan masukan bagi RUU HMPA secara khusus, atau bagi pengembangan hukum materil peradilan agama di Indonesia secara umum. Atas dasar itu, penelitian ini hendak berupaya melakukan kajian materi hukum keluarga, khususnya bidang perkawinan, yang terdapat dalam KHI, serta berusaha menelusuri Ushul Fikih (filsafat serta teori dan metodologi hukum Islam) yang dijadikan landasan oleh KHI. Dengan diketahui landasan Ushul Fikih yang digunakan, pada gilirannya akan dapat dikembangkan konstruksi Ushul Fikih seperti apa yang dapat dibangun sehingga dapat memberikan kontribusi bagi upaya pembaruan hukum perkawinan di Indonesia, khususnya hukum materil perkawinan yang akan diberlakukan di lingkungan peradilan agama.²⁵

²³ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Departemen Agama, 2004), 7 dan 9.

²⁴ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 8.

²⁵ Aturan perundangan yang mengatur Peradilan Agama adalah Undang-Undang RI Nomor 7 Tahun 1989, yang kemudian ada amandemen terhadap beberapa pasal sehingga menjadi Undang-Undang Peradilan Agama Nomor 3 Tahun 2006. Pasal 49 Undang-Undang Peradilan Agama (UUPA) Nomor 3 Tahun 2006 menyatakan bahwa Pengadilan Agama bertugas dan berwenang untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam dalam bidang hukum keluarga, yaitu masalah perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan juga bidang ekonomi syariah.

Dengan demikian, upaya pembaruan materi hukum perkawinan Islam perlu diawali oleh pengkajian teori dan metodologi hukum Islam yang sistematis, bahkan juga landasan filsafat hukum Islamnya, sehingga pembaruan hukum perkawinan tersebut secara epistemologis dapat dipertanggung jawabkan serta memiliki pijakan yang kuat. Kemudian, dengan mengkaji Ushul Fikih bagi upaya pembaruan hukum perkawinan ini dimungkinkan pembaruan tersebut dilakukan secara konsisten dan sistematis serta selalu dapat menjawab tantangan masyarakat modern. Dalam diskursus pemikiran hukum Islam kontemporer dinyatakan bahwa problem yang dihadapi sebenarnya adalah bukan hanya pada materi hukum Islam seperti apa yang sesuai dengan konteks masyarakat saat ini, tetapi lebih dari itu adalah formulasi teori dan metodologi (Ushul Fikih) seperti apa yang digunakan supaya hukum Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan Sunnah Nabi SAW tersebut sesuai dengan konteks masyarakat kontemporer.²⁶ Dengan demikian, berangkat dari penelusuran terhadap Ushul Fikih yang menjadi landasan KHI bidang perkawinan ini, pembaruan hukum perkawinan Islam dapat diformulasi secara lebih sistematis dan kontekstual.

Atas dasar itu, tulisan ini membahas tentang konstruksi Ushul Fikih KHI Bidang Perkawinan. Hanya saja tulisan ini diawali dengan pembahasan secara umum tentang kerangka ushul fikih sebagai metode penemuan hukum Islam. Kemudian dikaji juga hukum perkawinan di Indonesia dilihat dari perspektif pembaruan hukum keluarga di dunia Islam. Setelah itu baru kemudian diuraikan pembaruan KHI bidang perkawinan dalam prespektif ushul fikih. Selanjutnya dipaparkan analisis kritis terhadap kerangka ushul fikih-metodologis yang dibangun oleh KHI bidang perkawinan tersebut,

²⁶Untuk mencapai tujuan terbentuknya hukum Islam modern, hal pertama yang harus dilakukan adalah mereformulasi teori hukum Islam (Ushul Fikih) supaya sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat kontemporer. Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia* (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008), 110.

dan kemudian dikemukakan respon dan upaya pembaruan terhadap KHI. Pembahasan ini diakhiri dengan penutup yang berisi kesimpulan dan saran sebagai tawaran tindak lanjut yang perlu dilakukan.

Bab II

Ushul Fikih

Sebagai Metode Penemuan Hukum Islam

Secara bahasa kata *uṣūl al-fiqh* terdiri dari dua kata, yaitu *uṣūl* yang antara lain berarti dalil (*al-dalīl*), kaidah (*al-qā'idah*) dan yang lebih kuat (*al-rājih*), dan *al-fiqh* yang berarti pemahaman (*al-fahm*), sehingga ushul fikih berarti dalil-dalil atau kaidah-kaidah atau juga bisa dikatakan sebagai dasar-dasar atau fondasi dari fikih (hukum Islam).¹ Sementara itu, secara terminologis *uṣūl al-fiqh* dapat didefinisikan sebagai metode-metode yang digunakan oleh ulama hukum Islam untuk menyimpulkan dan mengeluarkan (*istikhrāj*) hukum Islam dari sumber-sumbernya (Al-Qur'an dan As-Sunnah), baik sumber hukum tersebut berupa dalil partikular dan terperinci (*tafṣīlī*) maupun dalil yang bersifat global (*ijmālī*).² Dari definisi *uṣūl al-fiqh* tersebut dapat dilihat bahwa ada empat hal penting yang menjadi fokus bahasan dalam ilmu *uṣūl al-fiqh*, yaitu 1) hukum syar'i (hukum Islam) sebagai produk akhir dari proses formulasi hukum Islam. 2) sumber-sumber hukum (*maṣādir al-aḥkām* atau *adillah al-aḥkām*), 3) metode-metode ijtihad (*manāhij, qawā'id*) dalam menyimpulkan dan menetapkan hukum, serta 4) ulama ahli hukum Islam (*faqīh, mujtahid*) yang menggunakan metode-metode tersebut untuk menyimpulkan hukum syar'i dari sumber-sumbernya.³

¹ Wahbah al-Zuhaili, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmi* (Damaskus: Dār al-Fikr, 1986), I: 16 dan 18.

² Ali Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī' al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Ma'ārif, 1971), 3.

³ Abū Hāmid al-Ghazālī, *al-Mustaşfā fī 'Ilm al-Uṣūl* (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1993), 7.

Oleh karena itu, pada prinsipnya pokok bahasan *uṣūl al-fiqh* adalah empat hal di atas, namun sebagai metodologi penetapan hukum Islam maka pokok bahasan *uṣūl al-fiqh* yang paling utama adalah sumber hukum Islam (*maṣādir aw adillah al-aḥkām al-shar'iyah*) dan metode-metode penafsirannya (*qawā'id wa manāhij al-istinbāt*). Proses penggunaan metode-metode tersebut dalam menetapkan hukum Islam pada dasarnya adalah sebuah proses ijtihad, sehingga dengan demikian *uṣūl al-fiqh* dapat juga dipandang sebagai metodologi ijtihad dalam menetapkan hukum Islam. Sebagai metodologi ijtihad, *uṣūl al-fiqh* selayaknya tidak hanya bermanfaat bagi pembentukan fatwa hukum Islam tetapi juga bagi proses perumusan aturan perundang-undangan dalam suatu negara. Dengan demikian, *uṣūl al-fiqh* seharusnya tidak kehilangan signifikansinya dalam dunia kontemporer dewasa ini. Selama ini terdapat pandangan bahwa *uṣūl al-fiqh* dipandang telah menjadi ilmu baku yang tidak dapat dioperasionalkan dalam menetapkan hukum. Kalaupun dapat digunakan, maka hanya menetapkan hukum bagi masalah-masalah lama. Sementara untuk menjawab tantangan dunia kontemporer, *uṣūl al-fiqh* dipandang tidak dapat digunakan, apalagi kemudian untuk memenuhi kebutuhan adanya pembaruan hukum Islam dalam bentuk undang-undang yang diberlakukan dalam suatu negara.⁴ Oleh karena itu, fungsi *uṣūl al-fiqh* tersebut harus dikembalikan kepada asalnya ketika diformulasi oleh para imam mujtahid, yaitu sebagai alat untuk menetapkan masalah hukum Islam yang timbul, baik bagi masalah-masalah lama maupun kontemporer, termasuk dalam memformulasi hukum Islam dalam bentuk aturan perundang-undangan dalam suatu Negara, tidak terkecuali di Indonesia.

Al-Qur'an dan As-Sunnah, sebagai sumber hukum Islam, menurut para ulama hukum Islam diturunkan kepada manusia

⁴Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 211.

dengan memiliki tujuan dan maksud umum, yang disebut sebagai *maqāṣid al-sharī'ah*. Oleh karena itu, sebelum membahas metode-metode penemuan hukum, terlebih dahulu dikaji konsep *maqāṣid al-sharī'ah*, karena *maqāṣid al-sharī'ah* inilah yang menjadi landasan para ulama dalam menetapkan hukum Islam, walaupun mereka memiliki perbedaan pandangan mengenai apa saja yang menjadi *maqāṣid* dari *al-sharī'ah* dan bagaimana cara menemukan *maqāṣid* tersebut, sebagaimana akan diuraikan dalam pembahasan di bawah ini.

A. *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai Landasan Penetapan Hukum Islam

Kata *maqāṣid* merupakan bentuk jamak dari kata *maqṣid*, yang berarti maksud dan tujuan. *maqāṣid al-sharī'ah* secara bahasa berarti maksud dan tujuan-tujuan dari syariah.⁵ Sementara syariah sendiri merupakan aturan-aturan yang datang dari *sharī'* (pembuat syariah, yaitu Allah dan Rasul-Nya) sebagaimana tertuang dalam Al-Qur'an dan Sunnah Nabi. Ketika menetapkan aturan-aturan hukum dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah, *sharī'* dengan demikian memiliki maksud dan tujuan yang hendak dicapai. Maksud dan tujuan *sharī'* dalam menetapkan setiap aturan-aturan hukum yang ada dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah inilah yang dalam literatur hukum Islam disebut sebagai *maqāṣid al-sharī'ah*.

Maksud dan tujuan hukum Islam tersebut tidak disebutkan secara eksplisit dalam Al-Qur'an dan Sunnah Nabi oleh *sharī'*, karena itu melalui aturan-aturan hukum yang terdapat dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah, para ulama ahli hukum Islam berusaha menemukan apa sesungguhnya maksud dan tujuan *sharī'* dalam aturan-aturan yang ditetapkannya tersebut. Setelah para ulama melakukan penelitian secara induktif (*istiqrā'*) terhadap ayat-ayat

⁵ Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic* (Beirut: Librairie Du Liban, 1980), 787.

Al-Qur'an dan Sunnah Nabi, mereka berkesimpulan bahwa tujuan yang hakiki dari hukum Islam secara umum adalah untuk mewujudkan kemaslahatan bagi manusia, baik di dunia maupun di akhirat.⁶ Ini juga berarti sebaliknya bahwa menolak setiap tindakan yang merusak dan membawa mafsadat adalah tujuan dari hukum Islam juga.

Maksud dan tujuan dari hukum Islam (*maqāṣid al-sharī'ah*) yang berupa kemaslahatan bagi manusia ini harus dipahami secara luas. Dalam arti bahwa hukum Islam pada dasarnya hendak mewujudkan kebaikan hidup yang hakiki bagi manusia, baik secara individu maupun secara sosial. Hukum Islam, khususnya melalui *sharī'ah 'ibādah*, bertujuan membentuk pribadi-pribadi yang memiliki jiwa bersih dan dekat dengan Tuhan-nya, sehingga ia selalu menjaga diri dari perbuatan-perbuatan buruk dan mungkar serta hal-hal yang merugikan orang lain. Pribadi-pribadi yang bersih jiwanya dapat menjadi sumber kebaikan bagi orang lain dan masyarakat. Sebuah masyarakat akan menjadi baik apabila individu-individu yang menjadi anggotanya merupakan orang-orang yang baik. Dengan kata lain melalui pembentukan individu yang baik Islam berupaya mencapai tujuan-tujuan sosialnya. Di samping itu, hukum Islam juga bertujuan untuk menegakkan kemaslahatan dan keadilan sosial. Al-Qur'an sendiri banyak sekali mengulang-ulang perintah untuk berbuat adil, karena apabila keadilan dapat ditegakkan, baik dalam wilayah keluarga, kehidupan bermasyarakat, politik, perdagangan, birokrasi maupun dalam wilayah-wilayah yang lain, niscaya keadilan sosial akan terwujud. Aturan-aturan hukum

⁶Menurut al-Shāṭibī, memang tujuan yang utama dari diturunkan dan ditetapkannya syari'ah adalah untuk kemaslahatan manusia, namun di samping itu juga bertujuan untuk dapat dipahami, untuk dijadikan taklif, dan memasukkan manusia di bawah ketentuan syari'ah. Abū Ishāq al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt fī Uṣūl al-Aḥkām*, Edisi al-Hudār Husain (TTP.: Dār al-Fikr, t.t.), II: 2-3.

Islam, khususnya dalam *shari'ah mu'amalah* pada dasarnya semuanya mengacu pada kemaslahatan dan penegakan keadilan ini.⁷

Tujuan hukum Islam yang secara umum berupa mewujudkan kemaslahatan tersebut, setelah diteliti dari aturan-aturan hukum yang ada dalam Al-Qur'an maupun Sunnah Nabi pada dasarnya adalah hendak memelihara kemaslahatan dari lima aspek pokok (*al-kulliyāt al-khams*) dalam kehidupan manusia, yaitu agama (*al-dīn*), jiwa (*al-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan atau harga diri (*al-nasl aw al-'ird*), dan harta (*al-māl*).⁸ Lima hal inilah secara umum yang hendak dipelihara oleh hukum Islam; memelihara dan menjaga lima hal ini akan mendatangkan *maṣlahah*, dan sebaliknya mengabaikan dan merusak lima hal ini akan mendatangkan *mafsadah* serta menolak *mafsadah* adalah *maṣlahah*.⁹

Menurut Jaser Audah, konsep maqashid ini kemudian berkembang. Para ulama kontemporer berpendapat bahwa konsep maqashid yang dikemukakan oleh ulama klasik masih bersifat umum dan tidak meliputi tujuan-tujuan spesifik dari sebuah aturan hukum yang membahas topik-topik tertentu secara detail. Kemudian maqashid klasik juga lebih tertuju pada individu dari pada keluarga, masyarakat ataupun manusia secara umum. Subyek pokok dalam konsep maqashid klasik adalah individu seperti kehidupan, harga diri dan harta individu, bukan masyarakat. Dalam masa kontemporer ini, konsep maqashid ini perlu diorientasikan terutama pada masyarakat seperti harga diri bangsa atau kekayaan dan ekonomi nasional. Para ulama kontemporer, menurut Audah, kemudian memperluas konsep maqashid meliputi cakupan yang lebih luas

⁷Aḥmad Azhār Bashīr, *Pokok-Pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam* (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1990), 27-29. Muhammad Hashim Kamali, *Sumber, Sifat Dasar dan Tujuan-Tujuan Syari'ah*, terj. dalam *al-Hikmah Jurnal Studi-Studi Islam* no. 10, Juli-September 1993, 57-62.

⁸Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, II: 4.

⁹Muhammad Muṣṭafā Shalabī, *Ta'īl al-Aḥkām* (Beirut: Dār al-Naḥḍah al-'Arabiyyah, 1981), 278.

dengan cara menyimpulkan langsung dari teks-teks suci dan bukan dari literatur fikih mazhab klasik. Dengan cara seperti itu, kemudian dihasilkan bahwa *maqāṣid al-sharī'ah* tidak hanya terbatas pada lima hal pokok sebagaimana dikemukakan para ulama klasik tetapi juga misalnya martabat dan hak asasi manusia, sehingga masuk di dalamnya mengenai hak-hak perempuan dan kebebasan beragama.¹⁰

Ibnu 'Ashūr (w.1393H), misalnya, juga mengembangkan konsep *maqāṣid* ini antara lain dengan menjaga keharmonisan keluarga. Ia menjelaskan tentang tujuan-tujuan dan nilai-nilai moral dari hukum Islam mengenai keluarga. Konsep ini bisa saja dipahami sebagai interpretasi ulang terhadap *maqashid* untuk “menjaga keturunan” atau memang penggantian dari konsep klasik tersebut. Ibnu Ashūr (w. 1393H) dalam hal ini telah berusaha untuk mengembangkan konsep *maqāṣid* tersebut. Namun demikian, sebagian ulama kontemporer tetap menolak konsep-konsep baru seperti keadilan dan kebebasan untuk dimasukkan dalam *maqāṣid*. Mereka lebih cenderung untuk memasukkan muatan konsep-konsep baru tersebut pada konsep yang telah ada. Hal ini diambil sebagai langkah hati-hati yang sedikit berlebihan untuk menolak pengembangan konsep *maqāṣid*.¹¹

Terlepas dari adanya pengembangan konsep atau tidak, mengetahui *maqāṣid al-sharī'ah* ini merupakan keharusan bagi para ahli hukum Islam, karena dengan mengetahui maksud dan tujuan hukum Islam para ahli hukum dapat menganalisis landasan yang digunakan oleh *shāri'* ketika menetapkan suatu hukum, sehingga dapat mengaplikasikan dan menyelaraskan aturan yang ada dalam teks Al-Qur'an dan as-Sunnah dengan realitas empiris yang terjadi dan juga dapat mengembangkan dan menetapkan aturan-aturan

¹⁰Jaser Audah, *Al-Maqāṣid untuk Pemula*, terjemah dari *maqāṣid al-sharī'ah: A Beginner's Guide* (Yogyakarta: Suka Press, 2013), 12-15.

¹¹Jaser Audah, *Al-Maqāṣid untuk Pemula*, terjemah dari *Maqāṣid Al-Sharī'ah: A Beginner's Guide*, 52-53.

hukum yang belum diatur dalam teks Al-Qur'an dan as-Sunnah. Maksud dan tujuan hukum Islam yang berupa kemaslahatan ini secara metodologis menjadi landasan bagi setiap penetapan hukum (*manāṭ al-ḥukm*), yang dalam *uṣūl al-fiqh* klasik menjadi landasan bagi metode *al-qiyās*, *al-istiṣlāḥ*, *al-istiḥsān*, dan *sadd al-dharā'ah*.

Dengan mengetahui maksud dan tujuan hukum Islam, dapat diketahui alasan mengapa *sharī'* menetapkan suatu hukum tertentu (khususnya dalam *sharī'ah mu'āmalat*), sehingga berdasarkan alasan itu dapat diketahui kapan suatu aturan hukum dapat diterapkan dan kapan tidak, sebagaimana kaidah yang berbunyi *al-ḥukmu yadūru ma'a 'illatīhi wujūdān wa 'adamān*, hukum itu ditetapkan berkisar atau berdasarkan pada ada atau tidak adanya '*illat* (alasan yang mendasarinya). Dengan kata lain, suatu aturan hukum pada dasarnya dapat berubah apabila kemaslahatan, yang merupakan tujuan hukum Islam, menghendaknya, karena kemaslahatan sebagaimana dikemukakan merupakan '*illat* atau *manāṭ al-ḥukm* (alasan yang mendasari adanya suatu hukum). Dari sini kemudian para ulama menyatakan bahwa *taghayyur al-aḥkām bi taghayyur al-azmān wa al-amkinah wa al-aḥwāl wa al-'awā'id*, suatu hukum dapat berubah karena adanya perubahan waktu, tempat, keadaan, dan adat kebiasaan,¹² dan perubahan tersebut didasarkan pada '*illat* yang menjadi landasan hukumnya.

Kemaslahatan yang berupa menjaga dan memelihara lima hal pokok (*al-kulliyāh al-khams* atau *al-umūr al-khamsah*), yaitu agama, jiwa, akal, keturunan atau harga diri, dan harta, serta konsep pengembangannya tersebut kemudian dibagi menjadi tiga peringkat, yaitu *danūriyyat* (tingkat primer), *ḥājiyyāt* (tingkat sekunder), dan *taḥsiniyyāt* (tingkat pelengkap), dan masing-masing peringkat tersebut memiliki unsur-unsur penyempurna (*mukammilāt*).¹³

¹²Subḥī Maḥmathāni, *Falsafah al-Tashrī' fī al-Islām* (Beirut: Dār al-'ilm li al-Malayīn, 1961), 201.

¹³Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 296-299.

Penentuan kemaslahatan menjadi tiga peringkat tersebut adalah untuk menentukan kemaslahatan yang mana yang paling kuat untuk menjadi *'illat* atau *manāṭ al-ḥukm* (landasan hukum), terutama apabila terjadi pertentangan kemaslahatan. Apabila terjadi pertentangan antar kemaslahatan, maka kemaslahatan dalam tingkat *danūriyyah* didahulukan untuk dijadikan *'illat* atau *manāṭ al-ḥukm* atau landasan penetapan hukum dari pada kemaslahatan dalam peringkat *ḥājiyyāt*, dan kemaslahatan peringkat *ḥājiyyāt* didahulukan dari kemaslahatan peringkat *taḥsiniyyāt*. Namun apabila pertentangan tersebut dalam peringkat yang sama, seperti sama-sama dalam peringkat *danūriyyāt* atau *ḥājiyyāt* atau sama-sama *taḥsiniyyāt*, maka ini pada dasarnya merupakan wilayah ijtihad yang sangat luas bagi para pemikir hukum Islam, untuk menentukan kemaslahatan yang mana yang paling kuat untuk dijadikan sebagai *'illat* atau *manāṭ* hukumnya.

B. Relasi antara *Maqāṣid al-Sharī'ah* dan *Naṣṣ* (Teks Syariah)

Maksud dan tujuan hukum Islam, sebagaimana telah dikemukakan, secara umum adalah untuk mewujudkan kemaslahatan bagi manusia, dan ini, menurut al-Shāṭibī (w. 790H), merupakan tujuan hukum Islam yang telah diakui oleh seluruh ulama dan tidak ada yang mengingkarinya.¹⁴ Ini berarti ketika para ulama hendak menetapkan hukum yang merupakan hasil interpretasi dan ijtihadnya, para ulama harus merujuk dan menyalurkan dengan maksud dan tujuan hukum Islam tersebut. Namun demikian, mereka berbeda pendapat tentang bagaimana dan di mana maksud dan tujuan hukum Islam itu dapat ditemukan, apakah dari teks (*naṣṣ*) syariah atau dari makna yang dikandungnya.

Perbedaan para ulama mengenai cara mengetahui *maqāṣid al-sharī'ah* ini secara garis besar dapat dikelompokkan menjadi empat

¹⁴Al-Shāṭibī. *Al-Muwāfaqāt*, II: 2-3.

aliran. *Pertama*, kelompok *ḥājiyyāt* (tekstualis), yang memandang bahwa maksud dan tujuan hukum Islam yang hendak dicapai oleh *sharī'* tidak dapat diketahui kecuali melalui bunyi teks secara *zāhir*. *Kedua*, kelompok *Bāṭiniyyah*, yang menyatakan bahwa maksud *sharī'* tidak dapat diketahui dari bunyi teks maupun pemahaman makna dari teks itu, tetapi hanya dapat diketahui melalui Imam *ma'ṣūm* (Imam yang terpelihara dari dosa yang merupakan pemimpin spiritual kaum Syi'ah). Dengan kata lain yang mengetahui tujuan hukum Islam dan yang berhak menafsirkan teks-teks *sharī'ah* adalah hanya Imam Shī'ah.

Kemudian kelompok *ketiga* adalah, kelompok *al-muta'ammiqūn fī al-Qiyās* (rasionalis-liberal), yang memandang bahwa tujuan hukum Islam hanya dapat diketahui melalui makna-makna hasil penalaran rasional yang diambil dari teks-teks *sharī'ah*. Teks-teks *sharī'ah* itu sesungguhnya hanya sarana yang mengikuti (*tabi'ah*) makna-makna yang dimaksud oleh *sharī'*, sehingga apabila makna hasil penalaran itu bertentangan dengan bunyi teks maka harus didahulukan makna hasil penalaran tersebut, karena makna itulah sebenarnya yang hendak dicapai oleh *sharī'* dalam penetapan hukumnya. Kelompok *keempat*, sebagai kelompok terakhir adalah kelompok moderat yang diikuti oleh mayoritas ulama. Kelompok ini memandang bahwa maksud dan tujuan hukum Islam dapat diketahui baik melalui teks *sharī'ah* maupun melalui makna yang dikandungnya. Antara teks dan makna, menurut mereka, keduanya berjalan seiring dan satu sama lain tidak bertentangan. Jadi menurut mereka bunyi yang tersurat dalam teks *sharī'ah* berjalan seiring dan tidak bertentangan dengan makna teks yang diperoleh dari hasil penalaran rasional.¹⁵

¹⁵Lihat Al-Shāṭibī, *Al-Muwāfaqat*, II., II: 273-275. Pandangan mayoritas ulama yang menyatakan bahwa *maqāsid al-sharī'ah* terletak pada teks dan makna, ini memberi pengertian bahwa untuk menemukan *maqāsid al-sharī'ah* bisa melalui analisis kebahasaan dan juga melalui analisis makna, baik makna yang dikandung oleh ayat atau hadis secara parsial (*'illat*) maupun makna universal dari syari'ah

Perbedaan tersebut pada dasarnya juga merupakan perbedaan pemikiran filsafat hukum mengenai apakah hakikat hukum Islam. Hakikat hukum Islam itu adalah teks syari'ah (*nuṣūṣ al-sharī'ah*) ataukah maksud dan tujuan di sebalik teks (*ma'āni wa maqāṣid al-sharī'ah*). Sebagaimana memandang hakikat hukum Islam tersebut, empat kecenderungan pemikiran di atas pada dasarnya timbul dari pemikiran tentang sejauhmana peranan akal dapat mengetahui dan menemukan tujuan hukum Islam yang hendak dicapai oleh *sharī'*. Bagi kelompok yang memposisikan akal dalam tempat yang tinggi maka menjadi kelompok rasionalis-liberal, sehingga bagi mereka cara mengetahui tujuan hukum Islam tersebut adalah hanya dengan akal, dan teks *sharī'ah* hanya dijadikan sebagai sarana dan perantara untuk mengetahui maksud *shāri'*. Sebaliknya kelompok yang kurang memberi peran kepada akal dalam mengetahui maksud dan tujuan hukum Islam, mereka menjadi kelompok tekstualis. Mereka memandang bahwa akal kurang mampu mengetahui tujuan hukum Islam, sehingga menurut mereka maksud dan tujuan *shāri'* dalam menetapkan hukum hanya dapat diketahui melalui bunyi teks-teks *sharī'ah*. Kemudian apabila dicermati sesungguhnya keempat kecenderungan pemikiran di atas masih terdapat pada zaman kontemporer sekarang ini, dan perbedaan kecenderungan ini akan berpengaruh pada konstruksi metodologi hukum Islam yang dibangun.

Konstruksi *uṣūl al-fiqh* saat ini secara umum adalah representasi dari pandangan mayoritas ulama (*jumhur al-'ulama'*), yaitu *uṣūl al-fiqh* yang berusaha memberlakukan baik lafazh maupun makna dari *naṣṣ* syariah sebagai landasan penetapan hukum Islam. Atas dasar itu, al-Shāṭibī (w. 790H) menyatakan bahwa adanya ketentuan-ketentuan makna universal (*al-kulliyah*) dan ketentuan-ketentuan lafazh yang partikular (*al-juziyyah*) dalam syariah Islam

Islam (*hikmah* atau *maṣlahah*). Bandingkan Ahmad ar-Raisuni, *Nazāriyyah al-maqāṣid 'inda al-Imām al-Shāṭibī* (Herndon: IIIT, 1992), 271-283.

bukan berarti keduanya bertentangan, tetapi justru selaras dan saling berdialog. Karena itu, sebuah proses ijtihad harus memperhatikan dan mendialogkan antara keduanya. Suatu ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada *naṣṣ* partikular dan bertentangan dengan nilai-nilai universal syariah, begitu pula sebaliknya, ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada nilai-nilai universal syariah dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan syari'ah yang partikular.¹⁶ Ijtihad yang hanya merujuk pada *naṣṣ* partikular akan cenderung menghasilkan pemahaman tekstualis, namun sebaliknya, ijtihad yang hanya mendasarkan pada nilai-nilai universal syariah akan cenderung menghasilkan corak hukum yang rasional-liberal. Oleh karena itu, keduanya, antara *naṣṣ* partikular (*al-fāz*) dan nilai-nilai universal (*ma'āni*), harus diperhatikan dan didialektikakan ketika menetapkan hukum.¹⁷ Pentingnya lafazh dan makna dalam *uṣūl al-fiqh* tersebut tergambar dalam konstruksi metode penetapan hukum Islam, yaitu dengan adanya kaidah-kaidah kebahasaan (*qawā'id lughawiyah*) dan kaidah-kaidah makna (*qawā'id ma'nawiyah*), sebagaimana dijelaskan lebih lanjut pada sub bab berikutnya.

Dalam literatur *uṣūl al-fiqh*, kaidah-kaidah kebahasaan ini menghasilkan pemahaman tekstual dari *naṣṣ* syariah sementara kaidah-kaidah maknawi menghasilkan *maqāsid al-sharī'ah* yang intinya adalah *maṣlahah*. Antara *naṣṣ* dan *maṣlahah* selayaknya tidak saling bertentangan, namun apabila dalam keadaan tertentu keduanya saling bertentangan maka hal ini menjadi kajian banyak para ulama. Sebagian ulama menyatakan bahwa tujuan hukum syar'i adalah kemaslahatan manusia sementara *naṣṣ-naṣṣ* partikular juga pada dasarnya mengandung kemaslahatan. Misalnya tidak boleh membunuh adalah demi untuk menjaga jiwa manusia, tidak boleh mencuri adalah demi untuk menjaga harta serta adanya pernikahan

¹⁶Al-Shātibī, *al-Muwāfaqāt*, III: 7-10.

¹⁷Al-Shātibī, *Al-Muwāfaqāt*, II: II: 273-275.

adalah demi menjaga kehormatan dan martabat manusia serta menjaga keturunan mereka. Dengan demikian, apabila keduanya bertentangan maka sesungguhnya yang bertentangan adalah bukan antara *maṣlahah* dan *naṣṣ* tetapi antara *maṣlahah* (*maqāṣid al-sharī'ah*) dengan *maṣlahah* lain terkandung dalam *naṣṣ* partikular. Pada kasus seperti ini, maka penyelsaiannya adalah dengan meneliti *maṣlahah* yang paling kuat dan paling sesuai dengan konteks yang akan diterapi hukum, dan umumnya adalah mendahulukan *maqāṣid* dari pada *maṣlahah* yang merupakan muatan sebuah *naṣṣ* partikular. Sebagian ulama menamakan hal ini dengan *takhsīṣ al-nāṣ bi al-maṣlahah*, yaitu mendahulukan *maṣlahah* dari pada *naṣṣ* sebagai bentuk pengecualian (*istisnā*) secara khusus pada kasus tertentu.¹⁸

Contoh dari mendahulukan masalah dari pada *naṣṣ* sebagaimana uraian di atas antara lain adalah kebolehan mengucapkan kata kufur demi untuk menyelamatkan jiwa dari siksaan dan pembunuhan (Al-Nahl ayat 106), kebolehan makan bangkai karena terpaksa dan kelaparan (Al-Mā'idah ayat 3), Rasulullah SAW pernah melarang hukuman potong tangan pencuri ketika masa perang demi untuk memperkuat pasukan muslimin serta Rasul demi kemaslahatan dan kemudahan bertransaksi masyarakat juga membolehkan akad *salam* (pesanan) padahal pada dasarnya jual beli barang yang belum ada barangnya itu tidak diperbolehkan. Begitu pula dengan contoh-contoh lain yang menggambarkan bahwa masalah pada kasus tertentu didahulukan dari pada aturan umum yang termuat dalam *naṣṣ* sebagai suatu pengecualian.¹⁹

C. Metode Penemuan Hukum Islam: Antara Pendekatan Bahasa dan Pendekatan Makna

Uṣūl al-fiqh pada dasarnya merupakan bidang ilmu yang berdasarkan pada nalar *bayānī*, yang menjadikan teks sebagai

¹⁸Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 177.

¹⁹Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 177-178.

sumber untuk mendapatkan pengetahuan (*sulḥah al-naṣṣ*, otoritas teks). Teks yang menjadi sumber utama dalam ilmu Usul al-Fiqh tersebut adalah teks al-Qurān dan as-Sunnah. Karena itu secara epistemologis, yang dikaji dalam ilmu Uṣūl al-Fiqh adalah petunjuk (*dalālah*) yang ada dalam teks wahyu, baik petunjuk secara tekstual (*dalālah al-naṣṣ*) yang membahas relasi antara lafazh dan makna lafazh, maupun petunjuk yang ada di sebalik teks (*dalālah ma'qūl al-naṣṣ*) yang membahas relasi antara *al-aṣl* (sumber asal, teks) dan *al-far'ū* (cabang, sesuatu yang tidak tertulis dalam teks) yang didasarkan adanya kesamaan *ma'qūl an-naṣṣ* (*'illat*).²⁰

Metode kajian tersebut dalam ilmu *uṣūl al-fiqh* dikenal dengan istilah *ṭurūq al-iṣṭinbāṭ* (metode-metode penyimpulan hukum Islam dari sumber-sumbernya). Dalam metode kajian tersebut ada dua pendekatan, yaitu *pertama*, pendekatan bahasa (*al-qawā'id al-lughāwiyah*), yang mendekati sumber hukum Islam (al-Qurān dan as-Sunnah) dari sisi kebahasaan, dan *kedua*, pendekatan makna (*al-qawā'id al-ma'nawiyah* atau *al-qawā'id al-syar'iyah*), yang mendekati sumber hukum Islam dari sisi makna rasional dan tujuan yang terkandung di sebalik teks.²¹ Apabila dalam pendekatan makna mengacu pada *maqāṣid al-sharī'ah al-'āmmah* (tujuan umum hukum Islam), kemudian dioperasionalisasikan melalui metode-metode *al-qiyās*, *al-istiṣlāḥ*, *al-istiḥsān* dan *al-dharī'ah*, maka dalam pendekatan bahasa yang dijadikan acuan adalah kaidah-kaidah yang ada dalam bahasa Arab, karena al-Qurān dan as-Sunnah sebagai sumber hukum Islam menggunakan bahasa Arab.

²⁰Nalar *bayani* dalam ilmu Uṣūl al-Fiqh ini hanya bersifat keumuman, karena al-Jabirī (w. 2010 M) sendiri mengungkapkan bahwa al-Shāṭibī (w. 790 H) telah menggabungkan antara nalar *bayani* dan nalar *burhani* dalam kajian *uṣūl al-fiqh*. Muhammad 'Ābid al-Jabirī, *Binyah al-'Aql al-'Arab, Dirāsah Taḥlīliyyah Naqdiyyah li Nuzūm al-Ma'rifah fī al-Thaqāfah al-'Arabīyyah* (Beirut: Markaz Dirāsah al-Waḥdah al-'Arabīyyah, 1990), 55-56, 538-539. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, 241-253.

²¹ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 201.

Dengan demikian, dalam hal penyimpulan dan penetapan hukum Islam, secara garis besar terdapat dua metode. *Pertama*, metode untuk memahami *naṣṣ* yang ada atau untuk menguatkan salah satu makna yang dikandungnya, dan *kedua*, metode untuk menemukan suatu hukum yang tidak ada *naṣṣ*nya dengan cara memperlebar makna dan kandungan *naṣṣ*, yang prosesnya sering disebut sebagai *ijtihād bi al-ṣayy* (ijtihad dengan menggunakan penalaran).²² Sebelum memahami *naṣṣ* melalui kaidah-kaidah bahasa, para ulama memandang perlu untuk melihat apakah suatu *naṣṣ* tampak bertentangan (*ta'āruḍ*) dengan *naṣṣ* lain atau tidak. Apabila tampak bertentangan, maka upaya pertama yang perlu dilakukan adalah mengkompromikannya (*al-jam'u wa al-tawfiq*). Pengkompromian tersebut di samping dengan jalan penggabungan makna, juga dengan jalan mentakwil (*ta'wīl*), mengkhususkan (*takhṣīṣ*), atau membatasi (*taqyīd*) makna dari suatu *naṣṣ*. Ketika tidak dapat dikompromikan lagi, maka dilakukan *tarjih* (memilih salah satu yang terkuat), baik dengan melihat tingkatan dan kekuatan dalil tersebut maupun dengan melihat tingkat kejelasan maknanya. Mengenai *naskh* (penghapusan hukum) dalam Al-Qur'an, sebagian ulama memilih sebagai jalan terakhir apabila tidak bisa dikompromikan, namun sebagian ulama lain seperti Abū Muslim al-Isfahānī (w. 322H) berpendapat untuk menolak adanya *naskh*. Masalah-masalah yang terlihat ada *naskh*, menurut mereka sebenarnya adalah hanya *istitsnā* (pengecualian), *takhṣīṣ* (pengkhususan), atau *taqyīd* (pembatasan).²³

Setelah *ta'āruḍ* itu dapat diselesaikan, maka untuk memahami *naṣṣ* digunakan kaidah-kaidah penafsiran *naṣṣ* (*qawā'id al-istinbāḥ* atau *qawā'id tafṣīr al-nuṣūṣ*). Kaidah-kaidah penafsiran *naṣṣ* ini

²²T.M. Hasbi ash-Shiddieqy, *Dinamika dan Elastisitas Hukum Islam*, Cet. 2. (Jakarta: Tintamas, 1982), 46.

²³Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, Cet. 6 (Jakarta: Bulan Bintang, 1981), II: 27-30.

dibagi menjadi dua, yaitu kaidah-kaidah yang didasarkan pada analisis kebahasaan, yang disebut *qawā'id lughawīyyah* (kaidah-kaidah kebahasaan), dan kaidah-kaidah yang didasarkan pada dasar-dasar dan tujuan *tashīr*' (penetapan hukum oleh Allah dan Rasul), yang disebut *qawā'id tashīriyyah* (kaidah-kaidah pen-syariah-an) atau disebut juga dengan kaidah-kaidah maknawi (*qawā'id ma'nawīyyah*). Para ulama *uṣūl al-fiqh* secara umum membagi kaidah-kaidah kebahasaan menjadi empat bagian. Pembagian tersebut adalah berangkat dari petunjuk suatu *naṣṣ* (*dalālah al-naṣṣ*) yang dilihat dari empat segi, yaitu segi petunjuk yang tersurat dan tersiratnya (*'ibārah al-naṣṣ*, *ishārah al-naṣṣ*, *dalālah al-naṣṣ*, *iqtiḍā al-naṣṣ*, *bayān al-darūrah*, dan *mafhūm al-mukhālafah*),²⁴ dari segi terang dan tersembunyinya makna (*muḥkām*, *mufassar*, *naṣṣ*, *zāhir*, *khafī*, *musykil*, *mujmal*, dan *mutashābih*),²⁵ dari segi makna yang

²⁴ *'Ibārah al-naṣṣ* adalah makna yang tersirat yang memang dimaksud oleh *naṣṣ*, *ishārah al-naṣṣ* adalah makna yang tersirat yang disimpulkan sebagai konsekuensi logis (makna yang melekat) dari *naṣṣ*, *dalālah al-naṣṣ* adalah berlakunya hukum dari yang ada dalam *naṣṣ* terhadap sesuatu yang tidak ada dalam *naṣṣ* karena adanya kesamaan *'illat* yang dapat dipahami secara bahasa, *iqtiḍā al-naṣṣ* adalah penyisipan terhadap *naṣṣ* supaya adanya kelurusan dan kesempurnaan makna, *bayān al-darūrah* adalah petunjuk makna yang didiamkan *naṣṣ* yang dapat dipahami dengan mudah, dan *mafhūm al-mukhālafah* adalah berlakunya kebalikan dari hukum yang ada pada *naṣṣ* bagi sesuatu yang tidak ada dalam *naṣṣ*. Hasaballah, *Uṣūl al-Tashīr*, 272-279 dan 284. Muhammad Adīb Ṣālih, *Tafsīr al-Nuṣūṣ fi al-Fiqh al-Islāmī: Dirāsah Muqāranah* (Ttp.: Manṣurāt al-Maktab al-Islāmī, t.t.), I: 525-526.

²⁵ *Muḥkām* adalah lafal yang petunjuk maknanya sangat jelas sehingga tidak mungkin untuk diinterpretasi lain bahkan tidak dapat dihapus (*naskh*), *mufassar* adalah lafal yang petunjuk maknanya sangat jelas dan tidak dapat diinterpretasi lain namun masih mungkin untuk dihapus, *naṣṣ* adalah lafal yang petunjuk maknanya jelas dan sesuai dengan konteks kalimat serta masih dapat menerima interpretasi lain, *zāhir* adalah lafal yang petunjuk maknanya jelas tetapi bukan yang dimaksud oleh konteks kalimat serta dapat menerima interpretasi makna lain, *khafī* adalah lafal yang petunjuk maknanya jelas namun tersembunyi oleh sebab lain dan menimbulkan interpretasi ketika diterapkan, *mushkil* adalah lafal yang petunjuk terhadap maknanya tidak jelas baik disebabkan tidak ada penjelasan yang memadai ataupun karena memang mengandung multi-makna, *mujmal* adalah lafal yang petunjuk maknanya tidak jelas sehingga masih memerlukan penjelasan lebih

diciptakan bagi suatu *naṣṣ* (*mushtarak*, *‘āmm*, *khāṣ*, *muṭlāq*, *muqayyad*, *amr* dan *nahy*),²⁶ dan dari segi penggunaan makna dalam *naṣṣ* (*ḥaqīqah* dan *majāz*).²⁷ Sementara, kaidah-kaidah pen-syariahan secara umum berisi bahasan tentang maksud dan tujuan ditetapkannya syariah (*maqāṣid al-sharī’ah*). Suatu hukum ditetapkan oleh *shāri’* (Allah dan Rasul) pasti memiliki maksud dan tujuan tertentu. Karena itu, *naṣṣ-naṣṣ* Al-Qurān dan as-Sunnah hanya dapat dipahami dengan baik dan tepat apabila diketahui maksud dan tujuan dari *shāri’* ketika menetapkan *naṣṣ-naṣṣ* tersebut.²⁸ Secara umum, maksud dan tujuan *shāri’* ketika menetapkan hukum melalui *naṣṣ* Al-Qurān dan as-Sunnah, sebagaimana dikemukakan, adalah memelihara kemaslahatan dan kebaikan lima hal pokok, yaitu memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.²⁹

Manfaat mengetahui *maqāṣid al-sharī’ah* ini adalah dapat memilih salah satu makna yang paling tepat dari suatu *naṣṣ* yang

lanjut dari pembicaraannya, dan *mutashābih* adalah lafal yang petunjuk maknanya tidak dapat diketahui karena ketidajelasannya. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 261-271.

²⁶ *Mushtarak* adalah suatu lafal yang memiliki minimal dua makna yang berbeda, *‘āmm* adalah lafal yang mencakup seluruh satuan-satuan yang dikandungnya, *khāṣ* adalah lafal yang maknanya menunjukkan satuan yang tertentu, *muṭlāq* adalah lafal *khāṣ* yang menunjuk pada satuan yang tidak dibatasi oleh batasan apapun, *muqayyad* adalah lafal *khāṣ* yang menunjukkan pada satuan yang dibatasi oleh suatu batasan, *amr* adalah lafal *khāṣ* yang menunjukkan perintah untuk mengerjakan sesuatu, dan *nahy* adalah lafal *khāṣ* yang menunjukkan larangan untuk mengerjakan sesuatu. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 210, 214, 219, dan 225.

²⁷ *Ḥaqīqah* adalah lafal yang digunakan untuk makna aslinya menurut bahasa atau istilah dan *majāz* adalah lafal yang digunakan bukan untuk makna aslinya menurut bahasa atau istilah. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 253. Kaidah-kaidah kebahasaan di atas oleh para ulama digunakan untuk memahami, menganalisis dan menyimpulkan suatu hukum dari *naṣṣ* Al-Qurān dan as-Sunnah.

²⁸ Di samping itu untuk mengetahui maksud dari suatu *naṣṣ*, Hasbi merujuk para ulama klasik menganjurkan untuk mengkaji sebab-sebab dan peristiwa yang melatarbelakangi turun dan munculnya *naṣṣ* tersebut (*asbāb al-nuzūl* dan *asbāb al-wurūd*). Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, II: 79.

²⁹ Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, II: 81-82.

memang biasanya memiliki lebih dari satu makna, atau dapat mengkompromikan antar *naṣṣ* yang sering kali kelihatan bertentangan.³⁰ *Maqāṣid al-sharī'ah* ini, dengan demikian sangat penting untuk membantu dan memperkuat kaidah-kaidah pengkompromian dan kaidah-kaidah kebahasaan yang dijelaskan di atas. Kemudian *maqāṣid al-sharī'ah* ini juga sebagai landasan bagi metode-metode penetapan hukum Islam bagi masalah-masalah yang tidak dapat dijangkau dengan pendekatan kebahasaan. Metode-metode yang mendasarkan diri pada maqashid syariah ini adalah metode-metode *ijtihād bi al-raʿyi* seperti *al-qiyās*, *al-istiṣlāḥ*, *al-istiḥsān*, dan *sadd al-dharī'ah*.³¹ Atas dasar itu, para ulama sering menyatakan bahwa apabila tidak ada *naṣṣ* maka dilakukan *ijtihād bi al-raʿyi* dengan menggunakan metode *al-qiyās*, *al-istiḥsān*, *al-istiṣlāḥ*, *sadd al-dharī'ah*, dan *al-istiṣḥāb*.³²

Dari uraian di atas dapat dipahami bahwa konstruksi ushul fikih yang dibangun oleh jumhur ulama adalah berusaha memadukan antara *naṣṣ* dan masalah. Oleh karena itu, dalam *uṣūl al-fiqh* ada dua corak metode, yaitu metode yang didasarkan pada analisis kebahasaan dan metode yang didasarkan pada *maqāṣid al-sharī'ah*. Keduanya berjalan seiring dan sejalan, hanya saja apabila antara *naṣṣ* dan masalah dalam suatu kasus bertentangan, maka dengan cara pengecualian sementara (*istisnā*), masalah tersebut dapat

³⁰Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, II: 79.

³¹Hasbi, *Pengantar Hukum Islam*, I: 214-215 dan 236-237.

³²*Al-Qiyās* adalah menyamakan sesuatu yang tidak ada *naṣṣ*nya pada hukum sesuatu yang ada *naṣṣ*nya karena keduanya memiliki kesamaan *'illat*, *al-istiḥsān* adalah mengecualikan hukum yang ditetapkan oleh keumuman *naṣṣ* atau ketentuan qiyas pada suatu peristiwa dengan pertimbangan kemaslahatan, *al-istiṣlāḥ* adalah menetapkan hukum terhadap sesuatu yang tidak ada *naṣṣ*nya dengan pertimbangan kemaslahatan, *sadd al-dharī'ah* adalah mencegah sesuatu yang dibolehkan karena apabila tidak dilarang maka akan menimbulkan kemafsadatan, dan *al-istiṣḥāb* adalah menetapkan keberlakuan hukum yang telah ada dan membolehkan hukum sesuatu disebabkan tidak adanya *naṣṣ* yang melarang. Hasbi, *Falsafah Hukum Islam*, Cet. 4 (Jakarta: Bulan Bintang, 1990), 320.

didahulukan dari bunyi *naṣṣ*. Batasan sebagai “pengecualian sementara” ini penting ditekankan karena apabila dibuka lebar secara mutlak bahwa masalah didahulukan dari pada *naṣṣ*, maka rambu-rambu syariah akan hancur dan hilang seiring dengan perkembangan zaman.³³

D. Relasi antara Lafazh, Makna Lafazh dan Masalahah dalam Metode Penetapan Hukum Islam

Ushul Fikih jumbuh ulama yang berupaya menggabungkan antara *naṣṣ* (teks, lafazh) dan masalahah, berarti menekankan adanya relasi antara lafazh (*lafz, alfāz*) dan makna lafazh (*ma'na, ma'anī*) sebagaimana dibahas dalam *qawā'id lughawiyah* dan juga antara lafazh (*naṣṣ*) dan masalahah (*al-maṣlahah*) sebagaimana dibahas dalam *qawā'id ma'nawiyah*. Dalam kaitan dengan pembahasan penelitian ini, yaitu bagaimana relasi antara *naṣṣ* dan masalahah yang diimplementasikan dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam) sebagai upaya pembaruan hukum perkawinan di Indonesia, maka secara khusus dibahas mengenai metode interpretasi dan perluasan makna lafazh yang dibahas dalam konsep *lafaz al-zāhir, al-Naṣṣ, dalālah al-'ibārah, dalālah al-ishārah, dan dalālah al-naṣṣ* dan juga mengenai metode penerapan masalahah dan relasinya dengan *naṣṣ* yang dibahas dalam konsep *al-qiyaṣ, al-istishāb, al-istislah* serta konsep *al-istihsān* dan *sadd al-dharī'ah*.

1. Relasi antara Lafaz dan Makna Lafaz: Lafaz al-Khāfi, Lafaz al-Naṣṣ, 'Ibārah al-Naṣṣ, Ishārah al-Naṣṣ dan Dalālah al-Naṣṣ

Sebagaimana dikemukakan, dari segi terang dan tersembunyinya makna, suatu lafazh diklasifikasikan menjadi delapan macam, yaitu *muḥkām, mufassar, naṣṣ, zāhir, khāfi, mushkil, mujmal, dan mutashābih*. Dalam hal ini dikemukakan dua macam lafazh di antaranya, yaitu *lafaz zāhir* dan *lafaz naṣṣ*. *Lafaz*

³³Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 181.

zāhir merupakan lafazh yang penunjukan terhadap maknanya segera dipahami, namun makna tersebut bukan maksud asli yang sesuai dengan konteks lafazh (ayat atau Hadis) tersebut ketika diturunkan. *Lafaz zāhir* seperti ini memungkinkan untuk ditafsirkan, ditakwilkan dan juga pada dasarnya dapat dinasakh pada masa Rasulullah SAW.³⁴ Salah satu contohnya adalah ayat QS. An-Nisā (4) ayat 3 tentang poligami: "...Maka kawinilah wanita-wanita yang kamu senangi: dua, tiga atau empat". Makna *zāhir* yang segera dapat dipahami dari ayat tersebut adalah kebolehan, bahkan anjuran, untuk melakukan poligami sampai dengan empat perempuan. Makna seperti ini, khususnya dalam masalah poligami, biasa dipahami oleh kebanyakan masyarakat muslim, sehingga praktek poligami sering dipahami sebagai sebuah anjuran. Padahal, dalam Ushul Fikih, makna *zāhir* ini bukan merupakan maksud asli dari ayat tersebut. Maksud asli dari suatu ayat atau Hadis dalam Ushul Fikih disebut dengan makna *naṣṣ*.

Lafazh *Naṣṣ* adalah lafazh yang penunjukan terhadap maknanya merupakan maksud asli yang sesuai dengan konteks lafazh ketika dikatakan. Lafazh *naṣṣ*, sama dengan lafazh *zhahir*, ini memungkinkan untuk ditafsirkan, ditakwilkan dan juga pada dasarnya dapat dinasakh pada masa Rasulullah SAW. Makna dari lafazh *naṣṣ* ini, dengan demikian, lebih kuat dari pada makna lafazh *zhahir* karena makna lafazh *naṣṣ* merupakan maksud asli dari lafazh itu yang sesuai dengan konteks pembicaraan. Ayat poligami di atas, apabila ditelusuri makna *naṣṣ*nya adalah bukan kebolehan poligami, apalagi anjuran, tetapi pembatasan praktek poligami. Saat ayat tersebut diturunkan praktek poligami dilakukan tanpa batas oleh masyarakat Arab. Poligami dilakukan dengan belasan bahkan puluhan isteri. Dalam konteks seperti itu, kemudian turun ayat poligami untuk melakukan pembatasan hanya boleh menikahi empat

³⁴ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 265-266. Wahbah, *Ushul al-Fiqh*, 317-318.

isteri, bahkan apabila dikhawatirkan berbuat tidak adil maka harus menikah dengan satu isteri saja.³⁵ Dengan demikian, makna ayat poligami tersebut adalah pembatasan, bahkan sebaiknya dihindari, bukan kebolehan, apalagi anjuran, untuk melakukan poligami.

Lafazh *ẓāhir* dan lafazh *naṣṣ* ini memungkinkan untuk ditafsirkan, ditakwilkan dan juga pada dasarnya dapat dinasakh pada masa Rasulullah SAW. Suatu lafazh masih dapat ditafsirkan berarti lafazh tersebut merupakan lafazh yang *ẓanni*. Dalam Ushul Fikih, Tafsir dibedakan dengan ta'wil. Tafsir adalah upaya menjelaskan maksud suatu lafazh dengan menggunakan dalil *qaṭ'ī*. Misalnya menjelaskan lafazh “shalat” dalam Al-Qur'an dengan hadis-hadis mutawatir tentang cara shalat Nabi. Sementara ta'wil adalah upaya menjelaskan maksud lafazh dengan menggunakan dalil *ẓanni*. Misalnya para ulama berbeda-beda dalam menggunakan dalil *ẓanni* untuk menjelaskan makna “*qurū'*” dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 228 tentang 'iddah bagi perempuan yang ditalak suaminya, apakah bermakna haid atau suci.³⁶ Sementara itu, lafazh *ẓāhir* dan lafazh *naṣṣ* karena merupakan hukum partikular maka pada dasarnya dapat dihapus (*mansukh*) apabila syari' menghendakinya. Hal ini karena dalam hukum Islam terdapat juga aturan-aturan hukum yang memang secara normatif tidak dapat, atau lebih tepatnya tidak mungkin dihapus bahkan oleh syari' sendiri, misalnya perintah untuk menegakkan keadilan, berbuat kebaikan, dan tujuan syari'ah yang berupa kemaslahatan.³⁷

Sementara itu, lafazh dilihat dari segi petunjuk yang tersurat dan tersiratnya, sebagaimana telah dikemukakan, dapat diklasifikasikan menjadi *'ibārah al-naṣṣ*, *ishārah al-naṣṣ*, *dalālah al-naṣṣ*, *iqtiḍā' al-naṣṣ*, *bayān al-darūrah*, dan *mafhūm al-mukhālafah*. Dalam kaitan dengan pembahasan ini, dikemukakan tiga petunjuk

³⁵ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 267. Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh*, 318-319.

³⁶ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 260.

³⁷ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 260-261.

lafazh yang disebut pertama, yaitu *'ibārah al-naṣṣ*, dan *ishārah al-naṣṣ* yang dibahas secara singkat serta *dalālah al-naṣṣ* yang dibahas lebih lengkap karena memang kajiannya lebih kompleks. *Tbārah al-naṣṣ* adalah petunjuk suatu lafazh yang dapat dipahami dengan segera dan memang hal itu dimaksudkan oleh konteks kalimat. *'Ibārah al-naṣṣ* ini dapat dipandang sebagai “makna tersurat”. Misalnya ayat poligami pada QS. Al-Nisā (4) ayat 3 di atas yang menyatakan: “..Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berbuat adil, maka kawinilah seorang isteri saja”. Makna tersurat dari ayat di atas dan memang sesuai dengan maksud ayat tersebut adalah pernikahan hanya dengan satu isteri apabila ada kekhawatiran tidak dapat berbuat adil.³⁸

Sementara itu, *ishārah al-naṣṣ* dapat dipandang sebagai “makna tersirat”, yang biasa didefinisikan sebagai petunjuk lafazh terhadap maknanya yang tidak dapat segera dipahami, namun merupakan makna yang melekat yang tidak dapat dilepaskan dari maksud lafazh tersebut. Misalnya QS. Al-Baqarah (2) ayat 236 yang menyatakan: “Tidak ada kewajiban membayar (mahar) atas kamu, jika kamu menceraikan isterimu sebelum kamu bercampur dengannya dan sebelum kamu menentukan maharnya”. Makna tersurat ayat tersebut adalah kebolehan terjadinya talak sebelum adanya hubungan badan antara suami isteri dan sebelum penentuan jumlah mahar. Makna tersirat dari ayat tersebut adalah bahwa akad nikah dapat dilangsungkan secara sah walaupun tanpa menentukan jumlah maharnya. Makna tersirat ini merupakan konsekuensi logis atau makna yang melekat (*ma'na iltizami*) karena talak tidak mungkin akan terjadi sebelum adanya akad nikah yang sah.³⁹

Selanjutnya adalah *Dalālah al-naṣṣ*. *Dalālah al-naṣṣ* biasa didefinisikan sebagai penunjukan suatu lafazh yang memberi pengertian bahwa hukum dari suatu perbuatan yang disebutkan

³⁸Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 272.

³⁹Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 273.

dalam *naṣṣ* (*manṭūq bih*) berlaku juga bagi perbuatan yang tidak disebutkan dalam *naṣṣ* (*maskūt ‘anhu*), karena dari pengertian secara bahasa kedua perbuatan tersebut memiliki kesamaan ‘*illat* yang menjadi dasar bagi penetapan hukumnya.⁴⁰ Dengan demikian *dalālah al-naṣṣ* ini mirip dengan *al-qiyās*. Sesuatu yang disebutkan dalam teks (*manṭūq bih*) dalam *dalālah al-naṣṣ* sejajar dengan *al-aṣl* (*al-māqīs ‘alaih*) pada *al-qiyās*, dan sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks (*maskūt ‘anhu*) dalam *dalālah al-naṣṣ* sejajar dengan *al-far’u* (*al-maqīs*) pada *al-qiyās*. Hanya saja dalam *dalālah al-naṣṣ*, ‘*illat*-nya dapat diketahui melalui pemahaman bahasa, sementara ‘*illat* pada *al-qiyās* harus ditemukan melalui penelitian dan penalaran yang mendalam.⁴¹ Karena itu, *dalālah al-naṣṣ* ini hanya merupakan penunjukan lafazh (*dalālah al-lafẓ*) bukan merupakan penalaran (*al-ijtihād bi al-ra’yi*) sebagaimana *al-qiyās*.

Penunjukan lafazh ini disebut dengan *dalālah al-naṣṣ* karena hukum yang ditetapkannya tidak dipahami dari lafazh secara langsung seperti pada *ibārah al-naṣṣ* (makna tersurat) dan *ishārah al-naṣṣ* (makna tersirat), tetapi dipahami dari jalan ‘*illat*-nya yang dapat diketahui dari konteks bahasa. Di samping itu *dalālah al-naṣṣ* disebut juga dengan *dalālah al-dalālah*, karena hukum yang ditetapkan pada dasarnya diambil dari “makna” yang dipahami dari “petunjuk lafazh”, sehingga makna yang didapat pada dasarnya adalah “petunjuk” yang termuat dalam “petunjuk lafaz” (*dalālah li dalālah al-lafẓ*).⁴²

Contoh yang sering dikemukakan misalnya adalah QS. al-Isrā (17) ayat 23 yang menyatakan “maka janganlah sekali-kali kamu mengatakan kepada kedua orang tuamu perkataan “ah” (*uff*) dan janganlah kamu membentak mereka” (*falā taqul lahumā uffin wa lā*

⁴⁰Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 275.

⁴¹Abd al-Karīm Zaidān, *al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh* (Kairo: Dār al-a’rba’ah wa al-Naṣṣr al-Islāmiyyah, 1993), 359.

⁴²Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 276. Wahbah al-Zuhailī, *Uṣūl al-Fiqh*, I: 353.

tanhar humā). Apa yang tertulis (*manṭūq bih*) dalam ayat tersebut adalah bahwa seorang anak tidak boleh membentak dan mengatakan kepada kedua orang tuanya perkataan “heh” (*uff*). Namun apakah yang dilarang itu hanya membentak dan mengatakan “heh”? Tentu saja tidak, karena setiap ahli bahasa akan mengetahui bahwa larangan membentak dan mengemukakan kata-kata “heh” kepada kedua orang tua itu karena ada sebab atau *‘illat*-nya, yaitu menyakiti (*idhā*) kedua orang tua. Oleh karena itu, melalui *dalālah al-naṣṣ*, setiap perbuatan yang menyakiti kedua orang tua walaupun tidak disebutkan dalam ayat (*maskūt ‘anhu*) hukumnya dilarang, seperti mencaci-maki dan memukul mereka. Dengan demikian mencaci-maki dan memukul kedua orang tua, berdasarkan *dalālah al-naṣṣ* dari ayat di atas, hukumnya juga dilarang sebagaimana membentak dan mengatakan “heh” kepada mereka. Dengan kata lain hukum larangan bagi sesuatu yang ada dalam ayat (*manṭūq bih*), yaitu mengatakan “heh” kepada kedua orang tua, berlaku juga bagi sesuatu yang tidak disebutkan dalam ayat (*maskūt ‘anhu*), yaitu mencaci-maki dan memukul mereka, karena keduanya mempunyai *‘illat* yang sama, yaitu menyakiti kedua orang tua.⁴³

Sementara itu Wahbah al-Zuhaiḥī mendefinisikan *dalālah al-naṣṣ* ini secara lengkap dengan menyatakan bahwa *dalālah al-naṣṣ* adalah penunjukan lafazh tentang berlakunya hukum dari masalah yang disebutkan dalam teks (*manṭūq bih*) bagi masalah yang tidak disebutkan dalam teks (*maskūt ‘anhu*), karena keduanya memiliki kesamaan *‘illat* yang dapat dipahami dari konteks bahasa, dengan tanpa memerlukan ijtihad syar’i. *Dalālah al-naṣṣ* ini mencakup baik ketika masalah yang tidak disebutkan dalam teks tersebut seimbang (*musāwīyan*) dengan yang ada dalam teks, karena memang setara dalam hal kedekatannya dengan *‘illat*, maupun ketika masalah yang tidak disebutkan dalam teks tersebut lebih utama (*aula*) hukumnya

⁴³ Zaidān, *al-Wajīz*, 358-359.

dari pada masalah yang disebutkan dalam teks, karena kuatnya *'illat* yang ada dalam masalah yang tidak disebutkan dalam teks tersebut.⁴⁴

Dari definisi yang dikemukakan Wahbah di atas, dapat dipahami bahwa *maskūt 'anhu* (sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks) apabila dihubungkan dengan *manṭūq bih* (sesuatu yang disebutkan dalam teks)-nya, maka ada dua macam hubungan, yaitu adakalanya *maskūt 'anhu* lebih utama (*aulā*) dibanding *manṭūq bih*-nya, dan adakalanya *maskūt 'anhu* tersebut seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*-nya. Baik *maskūt 'anhu* tersebut *al-aulā* maupun yang *al-musāwi* dengan *manṭūq bih*-nya, menurut definisi di atas keduanya masuk dalam kategori *dalālah al-naṣṣ*. Contoh jenis yang pertama telah dikemukakan di atas. Dalam contoh tersebut *maskūt 'anhu*-nya, yaitu mencaci maki dan memukul kedua orang tua, lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya, yaitu mengatakan “ah” (*uff*) pada kedua orang tua. Dalam hal ini, *maskūt 'anhu* lebih kuat dan lebih dekat dengan *'illat*-nya, yaitu menyakiti orang tua, dari pada masalah yang disebutkan dalam teks ayat. Dengan demikian dapat dipahami bahwa apabila mengatakan “heh” (*uff*) saja tidak boleh, apalagi mencaci maki dan memukul kedua orang tua, karena mencaci-maki dan memukul tersebut lebih menyakitkan.

Sementara contoh yang menggambarkan bahwa *maskūt 'anhu* seimbang (*musāwiyan*) dengan *manṭūq bih* antara lain adalah QS. an-Nisa (4) ayat 10 yang menyatakan “sesungguhnya orang-orang yang memakan harta anak yatim secara zalim, sebenarnya mereka itu menelan api ke dalam perutnya”. Secara bahasa dapat diketahui bahwa alasan atau *'illat* dari larangan memakan harta anak yatim secara zhalim adalah merampas dan merusak harta anak yatim tersebut dengan semena-mena, karena itu melalui *dalālah al-naṣṣ*, setiap perbuatan yang merusak harta anak yatim secara semena-

⁴⁴Wahbah al-Zuhailī, *uṣūl al-fiqh*, I: 353.

mena hukumnya juga dilarang, seperti membakar dan menenggelamkannya. Dalam hal ini *Maskūt ‘anhu*, yaitu membakar dan menenggelamkan harta anak yatim, seimbang tingkatannya dengan *manṭūq bih*-nya, yaitu memakan harta anak yatim. Keduanya sama-sama menghilangkan dan merusakkan harta anak yatim secara zalim.⁴⁵

Dari definisi yang dikemukakan oleh Wahbah al-Zuhailī di atas, dapat dilihat bahwa *dalālah al-naṣṣ* dapat dibedakan dan diperinci menjadi dua, yaitu *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya dan *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*-nya. Apabila dicermati, klasifikasi ini ditinjau dari sisi relasi antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih*-nya, dan klasifikasi inilah yang akan menjadi titik tolak dalam menganalisis dan memperjelas hubungan antara *dalālah al-naṣṣ* dengan *mafhūm al-muwāfaqāt* dan *al-qiyās al-jāli*. Adapun klasifikasi *dalālah al-naṣṣ* menjadi *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah* dan *dalālah al-naṣṣ al-ḥannīyyah*, sebagaimana dikemukakan oleh ulama Hanafiyah mutakhirin, merupakan tinjauan *dalālah al-naṣṣ* dari segi kekuatan *‘illat* yang menghubungkan antara *manṭūq bih* dan *maskūt ‘anhu*, apakah memang secara meyakinkan *‘illat*, yang dipahami dari konteks bahasa, itu yang menjadi landasan bagi penetapan hukum yang ada pada *manṭūq bih* atau hanya perkiraan saja. Namun klasifikasi *dalālah al-naṣṣ* menjadi *qaṭ’iyyah* dan *ḥannīyyah* ini tidak dijadikan dasar klasifikasi dalam tulisan ini, karena ternyata baik *maskūt ‘anhu* itu lebih utama (*aulā*) atau seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*-nya, bisa saja keduanya masuk dalam kategori *dalālah al-naṣṣ* yang *qaṭ’iyyah*, sebagaimana dua contoh yang telah dikemukakan di atas, di samping juga klasifikasi tersebut tidak menjadi fokus perhatian dalam definisi-definisi *dalālah al-naṣṣ* yang

⁴⁵Zaidān, *al-Wajīz*, 359.

dikemukakan oleh para penulis *uṣūl al-fiqh*.⁴⁶ Dengan demikian untuk memerinci dan menganalisis lebih jauh pengertian *dalālah al-naṣṣ*, maka akan digunakan klasifikasi *dalālah al-naṣṣ* yang dilihat dari segi relasi antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih*-nya, apakah *maskūt ‘anhu* itu lebih utama (*al-aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya atau seimbang (*al-musāwī*).

Klasifikasi pertama adalah *maskūt ‘anhu* lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*. Para ulama sepakat bahwa apabila sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks (*maskūt ‘anhu*) itu lebih utama (*aulā*) dari pada sesuatu yang disebutkan dalam teks (*manṭūq bih*), maka ini termasuk *dalālah al-naṣṣ*. Dalam arti bahwa menyamakan hukum dari sesuatu yang ada dalam teks terhadap sesuatu yang tidak disebutkan dalam teks, ini semata-mata melalui pemahaman bahasa dan penunjukan lafaz, bukan hasil penalaran. ‘*illat* yang menjadi titik temu antara keduanya juga disimpulkan dari teks bahasa secara meyakinkan (*qaṭ’ī*). Bahkan dalam hal ini ‘*illat* hukum tersebut lebih kuat didapati pada *maskūt ‘anhu*-nya, dari pada dalam *manṭūq bih*-nya. *Dalālah al-naṣṣ* yang seperti ini oleh sebagian Hanafiyyah disebut juga dengan *fahwa al-khiṭāb*, karena *fahwa al-khiṭāb* sendiri artinya adalah “makna pembicaraan”, dan *dalālah al-naṣṣ* ini dipahami dan disimpulkan dari sisi maknanya bukan dari

⁴⁶ *Dalālah al-naṣṣ* atau *dalālah al-dalālah* ini sering disebut juga dengan istilah *fahwa al-khiṭāb*, *lahn al-khiṭāb*, *dalālah al-aulā*, dan *mathūm al-muwāfaqah*, atau terkadang juga dengan sebutan *qiyās al-aulā*, *al-qiyās al-jalī*, dan *al-qiyās fī ma’na al-naṣṣ*. Namun sebagian ulama ada yang lebih memerincinya, dengan menyatakan bahwa sebagian *dalālah al-naṣṣ* ini ada yang masuk ke dalam *mathūm al-muwāfaqah* dan yang sebagiannya masuk ke dalam pengertian *al-qiyās al-jalī*. Di samping itu ulama mutakhir, terutama dari kalangan Hanafiyyah, membagi *dalālah al-naṣṣ* ini menjadi *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah* dan *dalālah al-naṣṣ al-zanniyyah*. Al-Jābirī, *Binyah al-‘Aql*, 60. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 276. Muhammad Adīb Ṣāliḥ, *Tafsīr al-Nuṣūṣ fī al-Fiqh al-Islāmī: Dirāsah Muqāranah* (Ttp.: Mansūrāt al-Maktab al-Islāmī, t.t.), I: 525-526.

lafaz secara langsung. Sementara ulama Shāfi'iyah menamakan hal ini dengan *mafḥūm al-muwāfaqah*.⁴⁷

Contoh *dalālah al-nass* jenis ini misalnya adalah QS. al-Nisā' (4) ayat 23 yang menyatakan “Diharamkan atas kamu (menikahi) ibu-ibumu, anak-anak perempuanmu, saudara-saudara perempuanmu, saudara-saudara bapakmu yang perempuan, saudara-saudara ibumu yang perempuan, anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki, anak-anak perempuan dari saudaramu yang perempuan...”. *Manṭūq bih* ayat tersebut menyatakan keharaman seorang laki-laki menikahi ibu, anak perempuan, saudara perempuan, bibi, dan keponakan perempuan. Setiap ahli bahasa akan mengetahui bahwa ‘*illat* hukum perempuan-perempuan tersebut haram dinikahi adalah adanya hubungan kerabat yang menuntut adanya penghormatan sebagai satu darah. Karena itu hukum keharaman menikahi yang ada pada *manṭūq bih* tersebut akan lebih layak diterapkan pada nenek dan cucu perempuan, walaupun nenek dan cucu perempuan tidak disebutkan dalam teks ayat (*maskūt ‘anhu*). Dengan kata lain bibi saja diharamkan untuk dinikahi apalagi nenek yang merupakan ibu dari bibi, begitu pula apabila keponakan perempuan saja haram dinikahi maka apalagi cucu perempuan yang hubungan darahnya lebih dekat.⁴⁸

Karena hubungan antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih* dalam hal ini diketahui dari segi bahasa secara meyakinkan (*qaṭi’yyah*), maka ulama sepakat bahwa penggunaan *dalālah al-nass*, semacam ini berlaku dalam semua masalah hukum, termasuk masalah *ḥudūd* dan *kafārah* (masalah-masalah hukuman pidana). Misalnya Hadis Nabi SAW yang menyatakan bahwa ada seorang laki-laki menghadap kepada Nabi dan menyatakan bahwa ia telah menggauli

⁴⁷Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 125-126. Muṣṭafā Sa’id al-Khinn, *Athār al-Ikhtilāf fī al-Qawā’id al-Uṣūliyyah fī Ikhtilāf al-Fuqāḥa* (Ttp.: Muʿassasah ar-Risālah, 1972), 131. Muhammad Riḍā al-Muzaffar, *Uṣūl al-Fiqh* (Ttp.: tnp., t.t.), I: 109-110.

⁴⁸Adīb Ṣafih, *Tafsīr al-Nuṣūṣ*, I: 521-522.

isterinya di siang hari bulan Ramadan, kemudian Nabi memerintahkan orang itu untuk membayar *kafārah* dengan memerdekakan budak atau puasa dua bulan berturut-turut atau kalau tidak sanggup maka memberi makan enam puluh orang miskin. Dalam *manṭūq bih* dinyatakan bahwa *kafārah* tersebut dikenakan pada orang yang menggauli isterinya di siang hari bulan Ramadan, maka dengan *dalālah al-naṣṣ* dapat disimpulkan bahwa *kafārah* tersebut dikenakan juga --bahkan lebih layak-- pada orang yang melakukan zina di siang hari Ramadan. Perbuatan yang pada asalnya halal saja dikenakan *kafārah* apalagi perbuatan yang haram, sehingga di sini *maskūt ‘anhu* lebih utama (*aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya.⁴⁹

Dengan demikian, *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya lebih utama dari pada *manṭūq bih* ini, sebagaimana dikemukakan, disebut juga dengan *fahwā al-khiṭāb*, atau menurut ulama Shafi’iyah dikenal dengan nama *mafḥūm al-muwāfaqah*. ‘Illat yang menghubungkan antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih* pada *dalālah al-naṣṣ* jenis ini dapat dipahami secara bahasa dengan jelas dan meyakinkan (*qaṭ’iyyah*), sehingga ulama Ḥanafiyah mutakhir memasukkan *dalālah al-naṣṣ* jenis ini ke dalam *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah*. Karena itu pula *dalālah al-naṣṣ* ini dapat diberlakukan pada semua masalah hukum, termasuk masalah-masalah *ḥudūd* dan *kaffārat*.

Kemudian klasifikasi kedua adalah *maskūt ‘anhu* seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*. Mengenai *Dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih* ini, para ulama berbeda pendapat; apakah secara konseptual masih dalam lingkup *dalālah al-naṣṣ* yang merupakan pendekatan kebahasaan (*al-qawā’id al-lughawiyyah*) atau sudah masuk ke metode *al-qiyās* yang berarti sudah merupakan pendekatan makna (*al-qawā’id al-*

⁴⁹Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī’*, 277.

ma'nawiyah atau *al-qawā'id al-shar'iyah*). Menurut mayoritas ulama ḥanafiyah, sebagaimana definisi yang dikemukakan Wahbah di atas, hal ini termasuk *dalālah al-naṣṣ* sehingga masih masuk dalam lingkup pendekatan bahasa. Konsekuensinya, *dalālah al-naṣṣ* jenis ini, sama halnya dengan *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt 'anhu*-nya lebih utama dari pada *manṭūq bih*, dapat diberlakukan pada semua masalah hukum, termasuk masalah *hudūd* dan *kaffarāt*. *Dalālah al-naṣṣ* jenis ini oleh sebagian ḥanafiyah disebut dengan *lahn al-khiṭāb*, karena *dalālah al-naṣṣ* jenis ini dipahami dari sisi maksud dan tujuan lafaz.⁵⁰

Sementara itu menurut Shāfi'iyah, apabila *maskūt 'anhu*-nya seimbang dengan *manṭūq bih* maka sudah masuk dalam metode *al-qiyās*, dan bukan masalah penunjukan lafaz (*dalālah al-lafẓ*), sehingga harus mengikuti syarat-syarat peng-*qiyās*-an. Menurut mayoritas mereka, berbeda dengan sebagian mereka dan pandangan ulama Ḥanafiyah, *al-qiyās* dapat juga diberlakukan pada masalah *hudūd* dan *kaffarāt*, dengan syarat proses peng-*qiyās*-an tersebut memenuhi persyaratan. Mereka menyebut relasi antara *maskūt 'anhu* dan *manṭūq bih* jenis ini dengan *al-qiyās al-jāfi*, *qiyās al-aulawi*, atau *al-qiyās fī ma'na al-naṣṣ*,⁵¹ dan berbeda dengan *mafhūm al-muwāfaqah* yang masih dalam lingkup pendekatan bahasa.

Dengan demikian ada perbedaan konseptual antara mayoritas ulama Hanafiyah dan ulama Shāfi'iyah. Menurut mayoritas Ḥanafiyah *maskūt 'anhu* yang seimbang dengan *manṭūq bih* masih termasuk ke dalam *dalālah al-naṣṣ*, sementara menurut Shāfi'iyah

⁵⁰Ini merupakan pandangan mayoritas ulama Hanafiyah. Sebagian ulama Hanafiyah memasukkan *dalālah an-naṣṣ* jenis ini ke dalam *al-qiyās*, sehingga tidak dapat diberlakukan pada masalah-masalah *hudūd* dan *kaffarāt*. Sebagaimana diketahui menurut Hanafiyah --berbeda dengan Shāfi'iyah-- *al-qiyās* tidak dapat diberlakukan pada masalah-masalah *hudūd* dan *kaffarāt*. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 276-277. 'Abd al-Wahhab Khallāf, *al-Ijtihād bi al-Ra'yi* (Mesir: Maktabah Dār al-Kitāb al-'Arabi, 1950), 27-28.

⁵¹ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī'*, 127 dan 276-277.

hal tersebut sudah masuk dalam masalah *al-qiyās*.⁵² Walaupun terjadi perbedaan pendapat, namun dalam tingkat tertentu tidak selalu mengakibatkan perbedaan pendapat di antara mereka dalam masalah penetapan hukum *funū*. Misalnya QS. al-Jumu'ah (62) ayat 9 menyatakan "Hai orang-orang yang beriman, apabila diseru untuk menunaikan shalat pada hari Jum'at, maka bersegeralah kamu kepada mengingat Allah dan tinggalkan jual beli". *Manṭūq bih* ayat tersebut melarang diadakannya jual beli ketika datang waktu shalat jum'at, namun secara bahasa dapat diketahui bahwa larangan itu karena akan mengganggu pelaksanaan shalat jum'at, maka melalui *dalālah al-naṣṣ* (menurut mayoritas Ḥanafiyyah) dan *al-qiyās al-jāli* (menurut Shāfi'iyah) ditetapkan bahwa sesungguhnya transaksi-transaksi lain selain jual beli juga dilarang. Dalam hal ini *maskūt 'anhu*-nya, yaitu transaksi-transaksi lain, seimbang (*musāwin*) dengan *manṭūq bih*, yaitu transaksi jual beli.

Begitu pula QS. an-Nur (24) ayat 4 yang menyatakan bahwa orang yang menuduh wanita baik-baik berzina dan tidak mendatangkan empat orang saksi, maka ia harus di cambuk sebanyak delapan puluh kali. Hukum cambuk pada *manṭūq bih* tersebut berlaku juga pada orang yang menuduh zina terhadap laki-laki baik. Di sini *maskūt 'anhu*-nya, yaitu laki-laki baik, seimbang dengan *manṭūq bih*, yaitu perempuan baik-baik. Contoh lain adalah sabda Nabi SAW yang menyatakan "Barangsiapa lupa bahwa dia sedang berpuasa kemudian makan dan minum, maka teruskanlah puasanya, karena sesungguhnya dia mendapat rizki makan dan minum dari Allah". Secara bahasa dapat dipahami bahwa tetap

⁵²Pandangan di kalangan Syi'ah, hampir sama dengan pandangan mayoritas Hanafiyyah, dan dikenal dengan istilah *al-mafhūm al-muwāfiq*. Dengan demikian *al-mafhūm al-muwāfiq* ini menyangkut baik *maskūt 'anhu* yang lebih utama (*al-aulā*) dari pada *manṭūq bih*-nya maupun yang seimbang (*al-musāwī*). Karena itulah *al-mafhūm al-muwāfiq* ini disebut juga baik dengan *faḥwā al-khiṭāb* maupun *laḥn al-khiṭāb*. Muhammad Jawwad Mugniyyah, *'Ilm uṣūl al-fiqh fī Saubih al-Jadīd*, (Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malayīn, 1975), 143.

sahnya puasa tersebut bukan karena berkaitan dengan makan dan minum, tetapi karena “lupa”. Oleh karena itu sahnya puasa pada *manṭūq bih* di atas juga berlaku bagi *maskūt ‘anhu*-nya, misalnya berhubungan suami-isteri pada siang hari Ramadan karena lupa. *Maskūt ‘anhu* di sini, yaitu berhubungan suami-isteri, seimbang dengan *manṭūq bih*, yaitu makan dan minum, yang keduanya memiliki ‘*illat* yang sama, yaitu sifat lupa.⁵³

Walaupun mayoritas Ḥanafiyah berbeda pendapat dalam konsep *dalālah al-naṣṣ* dengan Shāfi’iyah, namun contoh-contoh di atas menggambarkan bahwa pada tingkat tertentu perbedaan pendapat tersebut tidak berpengaruh pada penetapan hukum *fuṭū’*-nya. Hal ini karena ‘*illat* yang menghubungkan antara *maskūt ‘anhu* dan *manṭūq bih*-nya bersifat jelas dan meyakinkan (*qaṭ’ī*) dan dapat diketahui dari konteks bahasa. Karena itulah sebagian ulama mutakhirin Ḥanafiyah memasukkan *dalālah al-naṣṣ* jenis ini, sebagaimana *dalālah al-naṣṣ* yang *maskūt ‘anhu*-nya lebih utama dari pada *manṭūq bih* sebagaimana dijelaskan di atas, ke dalam *dalālah al-naṣṣ al-qaṭ’iyyah*. Dengan demikian pada tingkat ini sesungguhnya antara mayoritas Ḥanafiyah dengan Shāfi’iyah tidak ada perbedaan, perbedaan itu hanya terjadi pada istilah. Mayoritas Ḥanafiyah memasukkannya ke dalam *dalālah al-naṣṣ*, sementara Shāfi’iyah menyebutnya dengan *al-qiyās al-jālī* atau *al-qiyās fī ma’na al-naṣṣ*.

2. Relasi antara *Naṣṣ* dan Masalah: *Al-Qiyās, Al-Istishāb, Al-Istishāh*, serta *Al-Istihṣān* dan *Sadd al-Dharī’ah*

⁵³Contoh yang lain adalah QS. al-Baqarah (2) ayat 228 yang menyatakan bahwa wanita-wanita yang ditalak harus ber-‘*iddah* tiga kali *qurū’*. Ketentuan ‘*iddah* yang ada pada *manṭūq bih* tersebut juga berlaku bagi wanita yang akad nikahnya *difasakh*, karena keduanya memiliki ‘*illat* yang sama, yaitu untuk mengetahui kekosongan rahim dari benih. Muhammad Jawwad Mugniyyah, *‘Ilm uṣūl al-fiqh fī Saubih al-Jadīd*, 126. Muṣṭafā Sa’id al-Khīnn, *Athar al-Ikhtilāf*, 133. Badran Abū al-‘Ainain Badran, *uṣūl al-fiqh al-Islāmī* (Iskandariyyah: Maṭba’ah M.K. Iskandariyyah, t.t.), 423.

Lima macam metode penetapan hukum Islam ini sebenarnya yang pertama didasarkan pada *'illat* (kausa hukum), sementara empat yang disebut terakhir didasarkan pada masalah. Namun pembahasan kelimanya dijadikan satu sub bab karena pada dasarnya *'illat* merupakan makna rasional dan bentuk lebih konkrit dari masalah yang menjadi tujuan hukum Islam.⁵⁴ Dengan kata lain, yang menjadi landasan dalam penetapan hukum Islam pada dasarnya dapat dibagi menjadi dua, yaitu *naṣṣ* dan makna rasional dari *naṣṣ*. Makna rasional dari *naṣṣ* ini terdiri dari *'illat* dan *maṣlahah*, yang keduanya pada dasarnya merupakan perwujudan dari *maqāṣid al-sharī'ah*.

Lima macam metode penemuan hukum Islam ini dibahas dengan diklasifikasi menjadi dua bagian, pertama *al-qiyās*, *al-istiṣhāb* dan *al-istiṣlāḥ* serta yang kedua *al-istiḥsān* dan *sadd al-Dharī'ah*. Pembagian ini didasarkan pada hubungan antara *naṣṣ* dan masalah yang menjadi dasar dari metode-metode tersebut. Pada yang pertama, *'illat* dan *maṣlahah* yang menjadi dasar pertimbangan hukum dari metode-metode tersebut selaras dengan *naṣṣ*, sementara pada yang kedua masalah tersebut pada tingkat tertentu ada ketidaksesuaian dengan *naṣṣ* secara tekstual.

a. Al-Qiyās, Al-Istiṣhāb dan Al-Istiṣlāḥ

Al-Qiyās menurut bahasa berarti mengukur sesuatu dan membandingkan antara dua hal, sementara menurut istilah adalah menyamakan sesuatu yang tidak ada hukumnya dalam *naṣṣ* dengan sesuatu yang ada hukumnya dalam *naṣṣ* karena adanya kesamaan *'illat* (kausa hukum) antara keduanya.⁵⁵ Rukun qiyas yang harus ada dalam proses penetapan hukum Islam ini ada empat, yaitu (1) *al-aṣl*

⁵⁴Muḥammad Muṣṭafā Shalabī, *Ta'liḥ al-Aḥkām* (Beirut: Dār al-Nahḍah al-'Arābiyyah, 1981), 13. Lihat juga misalnya Abd al-Ḥākīm al-Sa'di, *Mabāḥith al-'Illah fī al-Qiyās 'Inda al-Uṣūliyyīn*, (Beirut: Dār al-Basha'ir al-Islāmiyyah, 1421/2000), 34-40

⁵⁵ Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh*, I: 601 dan 603.

(*al-maqīs ‘alaih*), yaitu *naṣṣ* yang menjadi landasan hukum, (2) *al-far’u (al-maqīs)*, yaitu masalah baru yang hukumnya akan disamakan dengan *al-aṣl*, (3) *al-ḥukm*, yaitu hukum dari *al-aṣl*, serta (4) *al-‘illat*, yaitu sifat yang menjadi dasar penetapan hukum oleh *al-aṣl*.⁵⁶

Contoh dari *al-qiyās* yang biasa dikemukakan adalah hukum khamr (perasan anggur) sebagaimana dinyatakan dalam QS. Al-Mā'idah (5) ayat 90. Dalam ayat tersebut dinyatakan bahwa khamr hukumnya haram untuk diminum. Kemudian perasan kurma disamakan hukumnya dengan khamr, yaitu haram juga untuk diminum. Penyamaan hukum (*al-ḥukm*) antara khamr (*al-aṣl*) dan perasan kurma (*al-far’u*) ini dimungkinkan karena adanya kesamaan *‘illat* (kausa hukum), yaitu keduanya sama-sama memabukkan (*al-iskār*). Contoh *al-qiyās* dari Hadis antara lain adalah pembunuh pewaris tidak mendapatkan bagian harta warisan sedikitpun (*lā yarīthu al-qātil min al-maqtul syaian*). Kemudian pembunuh pemberi wasiat disamakan dengan pembunuh pewaris, sehingga pembunuh pemberi wasiat juga tidak mendapatkan wasiatnya, karena keduanya memiliki *‘illat* yang sama, yaitu melakukan tindak pidana untuk mempercepat mendapatkan harta bagiannya.⁵⁷

Mengenai validitas penggunaan *al-qiyās* sebagai metode penetapan hukum, para ulama, dengan masing-masing argumennya, berbeda pendapat. Mayoritas ulama menyatakan bahwa *al-qiyās* dapat dijadikan hujjah bagi penetapan hukum Islam, sementara sebagian mereka seperti kelompok syi'ah, sebagian mu'tazilah dan zāhiriyah menolaknya sebagai hujjah.⁵⁸ Kelompok yang berpegang pada *al-qiyās* antara lain berargumen bahwa Allah dalam beberapa

⁵⁶ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 124.

⁵⁷ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 124.

⁵⁸ Mengenai perbedaan pendapat ulama tentang *al-qiyās* dan argumen masing-masing kelompok, misalnya Wahbah, *Ushul al-Fiqh*, I: 610-633. Muhammad Yūsuf Mūsa, *Tārīkh al-Fiqh al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Kitāb al-‘Arābi, 1958), 244-250.

ayat Al-Qur'an menggunakan perumpamaan dan analogi dalam menyampaikan pesannya, sehingga apabila Allah saja menggunakan *al-qiyās*, maka para mujtahid juga dapat menggunakan *al-qiyās* ketika menetapkan hukum yang tidak ada *naṣṣ*nya. Sementara kelompok yang menolak *al-qiyās* juga didasarkan pada praktek syari' ketika menetapkan hukum dalam Al-Qur'an. Dalam menetapkan hukum, *shāri'* tidak memberlakukan penalaran yang konsisten, misalnya pencuri dipotong tangan sementara penggashab tidak walaupun yang dighasab lebih banyak misalnya, kemudian penuduh zina terkena hukuman hudud sementara penuduh kekufuran seseorang tidak. Dengan demikian, karena syari' dalam penetapan hukumnya tidak konsisten, maka penggunaan *al-qiyās* dalam berijtihad juga tidak dibenarkan.⁵⁹

Dalam proses penggunaan *al-qiyās*, biasanya para ulama berbeda dalam menentukan 'illatnya, terutama 'illat yang *mustanbatah* ('illat yang tidak dinyatakan oleh *naṣṣ*, bukan 'illat *manṣūṣah*) sehingga ditentukan melalui ijtihad. Dalam pembahasan Ushul Fikih memang untuk mencari 'illat hukum ini ada beberapa cara (*masālik al-'illat*), yaitu melalui *naṣṣ*, Ijmak dan melalui *al-sabru wa al-taqṣīm* (penelitian dan pemilahan 'illat melalui penalaran). Kemudian dalam penentuan 'illat melalui penalaran ini dilakukan dengan cara penyimpulan 'illat suatu hukum yang ada *naṣṣ*nya (*takhrīj al-manāṭ*), penentuan dan pembersihan 'illat dari sifat-sifat yang bukan 'illat (*tanqīḥ al-manāṭ*), dan pengaplikasian 'illat terhadap hukum *furu'* baru yang akan ditetapkan hukumnya (*tahqīq al-manāṭ*).⁶⁰

Al-Istiṣḥāb secara bahasa berarti mencari teman dan terus berkelanjutan. Sementara secara terminologis adalah meneruskan status hukum dari sesuatu sebagaimana yang telah ada selama belum ada dalil (bukti) yang mengubahnya. Dengan berdasarkan

⁵⁹ Mūsa, *Tārīkh al-Fiqh*, 247. Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashri'*, 131.

⁶⁰ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashri'*, 146-149.

pada beberapa ayat, misalnya Q.S. al-Baqarah ayat 29, para ulama berpendapat bahwa segala sesuatu yang tidak ditetapkan hukumnya dalam *naṣṣ* Al-Qur'an dan Sunnah Nabi, maka pada prinsipnya hukumnya dibolehkan, karena Allah menciptakan segala sesuatu yang ada di bumi ini untuk dimanfaatkan oleh manusia. Atas dasar itu, kemudian muncul kaidah: *al-aṣlu fī al-ashyāa al-ibāḥah* (pada prinsipnya segala sesuatu itu hukumnya mubah atau dibolehkan), sebagai bentuk mengembalikan hukum sesuatu itu pada asal diciptakannya oleh Allah. Namun demikian, kaidah ini oleh para ulama hanya dipergunakan pada masalah mu'amalah, tidak dalam masalah ibadah.⁶¹ Ikatan perkawinan atau kepemilikan harta, misalnya, masih dipandang terus berlangsung dalam arti tidak ada perceraian atau tidak ada jual beli sampai ada bukti (dalil) yang menghapuskan ikatan perkawinan atau kepemilikan harta tersebut.

Al-istiṣḥāb ini dijadikan dasar penetapan hukum oleh mazhab Shāfi'ī, Ḥanbalī, Ḥāhirī dan Shī'ah Imāmiyah, sementara mazhab Ḥanafī dan Mālikī tidak memandang sebagai dalil hukum yang berdiri sendiri, walaupun keduanya tidak menolak *al-istiṣḥāb* secara keseluruhan. Dua mazhab yang disebut terakhir menyatakan bahwa keadaan yang ada pada masa lampau tidak dengan sendirinya menjadi dalil hukum bagi keberlanjutan hukum dari keadaan tersebut. Walaupun keadaan tersebut tidak berubah tetap saja memerlukan dalil hukum untuk melegitimasinya, sama dengan perlunya dalil hukum apabila keadaan tersebut mengalami perubahan.⁶² Bagi mazhab Shāfi'ī dan Ḥanbalī, *al-istiṣḥāb* ini tidak saja berfungsi positif (*ijābiyyah*) untuk tetap memberlakukan hukum yang ada, tetapi juga bersifat negatif (*salbiyyah*) untuk menegasikan

⁶¹ Abd al-Wahhāb Khallāf, *ʿIlm uṣūl al-fiqh*, (Kuwait: Dār al-Qalām, 1978), 91.

⁶² Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* (Selangor: Pelanduk Publications, 1989), 377.

atau menolak hukum baru yang muncul, sampai kemudian ada bukti (dalil) yang menegaskan sebaliknya.

Al-istiṣhāb yang bersifat positif misalnya apabila A membeli barang kepada B, maka dengan adanya transaksi jual beli (*al-baīʿ*) tersebut A mempunyai hak milik atas barang tersebut, dan hak kepemilikan barang tersebut terus berlangsung sampai ada bukti lain yang menunjukkan adanya perpindahan kepemilikan lagi dari A ke yang lain. Dengan akad jual beli tersebut tidak bisa misalnya B mengklaim bahwa akad yang telah dilakukan tersebut adalah akad sewa menyewa (*al-ijārah*) untuk sementara waktu, kecuali B dapat membuktikan bahwa akad tersebut adalah akad sewa menyewa. Sementara contoh *al-istiṣhāb* yang bersifat negatif misalnya A membeli anjing untuk berburu kepada B dengan syarat anjing tersebut sudah terlatih. Apabila kemudian setelah terjadi jual beli A mengklaim bahwa anjing tersebut belum terlatih, maka A yang dibenarkan berdasarkan *al-istiṣhāb*, yaitu pada dasarnya binatang, termasuk anjing, awal mulanya adalah binatang yang tidak terlatih. Dengan demikian, klaim B yang ditolak dan diberlakukan hukum asal dari binatang bahwa semua binatang pada awalnya adalah tidak terlatih. *al-istiṣhāb* ini, baik yang positif maupun negatif, akan tidak diberlakukan apabila ada bukti (dalil) yang menunjukkan sebaliknya.⁶³

Dari uraian di atas terlihat bahwa *al-istiṣhāb* hanya bersifat melanjutkan hukum asal, sementara apabila ada dalil, baik dari *naṣṣ* ataupun bukti lain, maka dalil tersebut yang diprioritaskan, atas dasar itu biasanya dikatakan bahwa *al-istiṣhāb* ini digunakan sebagai metode terakhir dalam berijtihad, yaitu apabila memang sudah tidak ada dalil lain yang dapat digunakan. Apabila dicermati, validitas penggunaan *al-istiṣhāb* ini di samping didasarkan pada ayat-ayat Al-Qurʾan juga pada alasan rasional bahwa Allah

⁶³ Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 378.

menciptakan segala sesuatu secara tertata dan konsisten, sehingga hukum Islam pun harus didasarkan pada keteraturan dan ketersambungan dengan ketetapan sebelumnya, yaitu dengan memberlakukan hukum asal sampai ada dalil atau bukti yang sebaliknya. Kemudian berdasarkan metode *al-istiṣhāb* ini, muncul kaidah-kaidah sebagai berikut: 1) *al-aṣlu fī al-ashyā'a al-ibāḥāh* (pada prinsipnya segala sesuatu itu dibolehkan), 2) *al-aṣlu baqāu mā kāna 'alā mā kāna ḥatta yathbuta ma yughayyiruh* (pada prinsipnya apa yang ada terus berlaku sebagaimana yang sudah ada sebelumnya, sampai ada dalil yang mengubahnya), dan 3) *al-aṣlu fī al-insān al-barāah* (pada prinsipnya manusia itu bebas dari tanggungan) atau *barāah al-dhimmah al-aṣliyyah* (pada prinsipnya bebas dari tanggungan) dan juga *al-yaqīnu lā uzālu bi al-syakk* (keyakinan tidak dapat menghilangkan keraguan).⁶⁴

Para ulama membagi *al-istiṣhāb* menjadi empat macam, yaitu pertama, *istiṣhāb al-'adam al-aṣli* (keberlanjutan dari asal yang tidak ada). Ini berarti bahwa keadaan yang sebelumnya tidak ada akan terus dianggap tidak ada sampai ada bukti sebaliknya. Misalnya, A dan B bekerjasama dalam bisnis, dan A mengklaim bahwa tidak ada keuntungan yang didapatkan, maka klaim A tersebut dibenarkan sampai ada bukti yang menunjukkan sebaliknya. Kedua, *istiṣhāb al-wujūd al-aṣli* (keberlanjutan dari asal yang ada). Ini kebalikan dari yang pertama, apabila sebelumnya ada maka dipandang masih ada selanjutnya sampai ada bukti sebaliknya. Misalnya A berhutang pada B, maka A masih dianggap berhutang sampai ada bukti bahwa hutang sudah dibayar. Ketiga, *istiṣhāb al-ḥukm* (keberlanjutan dari hukum atau aturan umum). Hukum tentang halal dan haram bagi sesuatu akan terus berlanjut sampai kemudian ada dalil yang mengubahnya. Sementara apabila tidak ada hukum yang jelas, baik yang memerintahkan atau melarangnya, maka hukumnya

⁶⁴ Khallāf, *'Ilm Uṣūl al-Fiqh*, 92.

dibolehkan. Atas dasar itu, maka semua tindakan hukum, transaksi bisnis dan jasa serta makanan yang bermanfaat dan maslahat bagi manusia maka hukumnya boleh, kecuali ada dalil yang melarang untuk melakukan hal-hal tersebut. Namun kemudian dalam perspektif *al-istiṣhāb*, larangan tersebut terus berlanjut sampai kemudian ada dalil (masalah) yang menghendaki sebaliknya. Kemudian yang keempat adalah *istiṣhāb al-waṣf* (keberlangsungan sifat dari perbuatan yang dilakukan). Ini misalnya air bersih dan suci, maka air tersebut dianggap memiliki sifat suci sampai kemudian ada bukti sebaliknya, misalnya ada perubahan warna dan bau. Contoh yang umum diungkapkan adalah seseorang yang memiliki wudhu kemudian ragu apakah wudhunya sudah batal atau belum, maka dalam hal ini hukum awal, yaitu sifat memiliki wudhu, dilanjutkan pemberlakuannya, sehingga orang tersebut dipandang belum batal wudhu.⁶⁵

Dari empat macam *al-istiṣhāb* tersebut, tiga yang disebut pertama tidak diperselisihkan, walaupun dalam pandangan mazhab Ḥanafī dan Malīkī tetap harus diperkuat dengan menggunakan dalil lain. Sementara dalam *al-istiṣhāb* macam keempat, mazhab Shāfi'i dan Ḥanbalī menerima sepenuhnya, sementara mazhab Ḥanafī dan Malīkī menerimanya dalam kaitannya untuk mempertahankan (*li ad-daf'*) keadaan dan sifat yang ada sebelumnya, dan menolaknya dalam kaitannya untuk menetapkan (*li al-ithbāt*) sifat dan hak yang baru muncul. Atas dasar itu, ulama sepakat bahwa orang hilang (*mafqūd*) dianggap memiliki sifat sebagaimana sebelumnya, yaitu masih hidup, sehingga hak milik kebendaan, hak-hak perkawinannya masih tetap berlangsung dan dipertahankan sampai ada bukti atau dengan keputusan pengadilan bahwa dia benar-benar telah meninggal dunia. Namun demikian, menurut mazhab Ḥanafī dan Malīkī, berbeda dengan mazhab Shāfi'i dan Ḥanbalī, orang hilang

⁶⁵ Kamali, *Principles*, 380-383.

tersebut tidak dapat menerima hak baru seperti menerima harta warisan atau wasiat dari yang lain sebagaimana orang yang masih hidup. Penentuan menerima warisan dan wasiat atau tidak, ditentukan setelah ada bukti dia masih hidup atau sudah meninggal dunia. Menurut mazhab Ḥanafī dan Mālikī, walaupun orang hilang tersebut dianggap hidup, tetapi itu hanya anggapan, bukan kenyataan, sehingga hal tersebut tidak dapat dijadikan dasar untuk menimbulkan hak-hak baru.⁶⁶

Terlepas dari perbedaan pendapat yang ada, metode *al-istiṣhāb* ini didasarkan pada upaya perluasan *naṣṣ* melalui penalaran yang konsisten. Dalam arti, kemaslahatan atau maqashid syariah yang menjadi pertimbangannya adalah selaras dengan, dan berusaha untuk memperluas, maksud dari *naṣṣ* secara tekstual. Sejalan dengan *al-istiṣhāb*, dalam kaitan adanya keselarasan dengan maksud *naṣṣ*, adalah metode *al-istiṣlāḥ*. *Al-istiṣlāḥ*, yang bermakna mencari kemaslahatan, sering disebut dengan *al-maṣlaḥah al-mursalah* yang berarti kemaslahatan yang terlepas, maksudnya adalah kemaslahatan umum yang tidak diatur dalam *naṣṣ*, serta secara tekstual terlepas dari dukungan *naṣṣ* dan juga terlepas dari pertentangan dengan *naṣṣ*. Oleh karena itu, *Al-istiṣlāḥ* ini disebut juga dengan *al-maṣlaḥah al-muṭlaqah*.⁶⁷ Namun demikian, sebagai metode penetapan hukum Islam, maka istilah yang lebih tepat adalah *al-istiṣlāḥ* karena menggambarkan proses penemuan hukum, sementara *al-maṣlaḥah al-mursalah* atau *al-maṣlaḥah al-muṭlaqah* merupakan landasan yang menjadi pijakan bagi metode *al-istiṣlāḥ* itu sendiri.

Metode *al-istiṣlāḥ* merupakan metode penemuan hukum yang didasarkan pada pertimbangan mengambil kemasalahatan atau menolak kemafsadatan yang sesuai dengan maksud dan tujuan syariah (*maqāṣid sharīah*). *Maqāṣid sharīah*, sebagaimana telah dikemukakan, secara umum adalah menjaga agama, jiwa, akal,

⁶⁶ Kamali, *Principles*, 383-384. Khallāf, *‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*, 93.

⁶⁷ Kamali, *Principles*, 338.

keturunan dan harta. Segala tindakan dan upaya untuk menjaga lima hal pokok tersebut masuk dalam kategori masalah, dan segala sesuatu yang akan merusak hal lima pokok tersebut adalah mafsadah, serta upaya untuk membendung dan menghindari mafsadah adalah juga masalah. Metode penetapan hukum Islam dengan pertimbangan masalah dan mafsadah tersebut yang sebenarnya secara tekstual tidak ditetapkan oleh *naṣṣ* syariah tetapi juga tidak dilarang inilah yang dinamakan dengan *al-istiṣlāḥ*. Adanya *al-istiṣlāḥ* adalah untuk menetapkan dan menyelesaikan permasalahan-permasalahan hukum Islam yang tidak disebutkan dalam *naṣṣ*. Hal ini sangat penting karena *naṣṣ* jumlahnya terbatas, sementara permasalahan-permasalahan hukum akan terus bermunculan seiring dengan perkembangan masyarakat.⁶⁸ Dengan demikian, metode *al-istiṣlāḥ* ini di samping didasarkan pada maqashid syariah juga adanya konsistensi penalaran sebagai perluasan dari makna *naṣṣ*, karena walaupun tidak tertuang secara eksplisit tetapi tidak bertentangan dengan bunyi *naṣṣ* secara tekstual.

Mayoritas ulama berpegang pada *al-istiṣlāḥ* sebagai metode penetapan hukum Islam. Mereka berargumen dengan ayat-ayat Al-Qur'an dan Hadis Nabi yang menekankan pentingnya menjaga kemaslahatan dan menolak kemadaratan, misalnya dinyatakan bahwa Nabi diutus sebagai rahmat bagi seluruh alam⁶⁹ dan aturan agama diturunkan oleh Allah bukan sebagai sebuah kesulitan.⁷⁰ Di samping itu, mereka juga berargumen dengan praktek para sahabat yang banyak didasarkan pada pertimbangan kemaslahatan pasca masa Nabi, seperti pengumpulan Al-Qur'an menjadi satu mushaf dan memerangi orang-orang yang menolak membayar zakat. Metode *al-istiṣlāḥ* ini juga pada dasarnya merupakan upaya

⁶⁸Khallāf, *ʿIlm Uṣūl al-Fiqh*, 84-85.

⁶⁹Q.S. Al-Anbiya (21): 27.

⁷⁰Q.S. Al-Hajj (22): 78 dan Q.S. Al-Mā'idah (5): 6.

mengimplementasikan maksud dan tujuan dari syariah (maqashid syariah) secara umum dan tidak menyimpang dari tujuan umum syariah. Di samping itu, permasalahan-permasalahan hukum baru apabila ditetapkan dengan tidak didasarkan pada kemaslahatan maka akan menimbulkan kesulitan dan kesempitan bagi masyarakat. Kelompok yang berpegang pada *al-istiṣlāḥ* ini terutama dari kalangan mazhab Mālikī dan Ḥanbalī, sementara mazhab Ḥanafī dan Shāfi'ī pada dasarnya mereka tidak menolaknya. Atau menurut sebagian ulama, konsep *al-istiṣlāḥ* ini dalam mazhab Hanafi masuk dalam sebagaimana konsep *al-istiḥsān* dan dalam mazhab Shāfi'ī masuk dalam konsep *al-qiyās*.⁷¹

Sementara kelompok yang menolak *al-istiṣlāḥ*, misalnya mazhab zāhiri dan sebagian mazhab Shāfi'ī, berpendapat bahwa masalah itu pada dasarnya sudah terkandung dalam *naṣṣ* itu sendiri, sehingga tidak ada masalah yang terlepas dan *naṣṣ*. Apabila ada masalah yang terlepas dari *naṣṣ* maka itu adalah masalah yang tidak jelas (*maṣlahah wahmiyyah*) yang tidak dapat dijadikan landasan bagi penetapan hukum Islam. Dengan berdasarkan pada masalah, menurut mereka, akan menimbulkan banyak sekali perbedaan pendapat dalam hukum Islam bahkan kekacauan pendapat. Hukum Islam akan berbeda-beda bagi satu kelompok dan kelompok yang lain, dan berbeda pula bagi satu masa dan bagi satu masa yang lain. Hal ini tidak saja akan merusak keberlakuan syariah sepanjang zaman dan semua tempat tetapi juga mengurangi nilai luhurnya. Dengan berpegang pada *maṣlahah mursalah* yang berada di antara masalah yang didukung oleh *naṣṣ* (*maṣlahah mu'tabarah*) dan masalah yang bertentangan dengan *naṣṣ* (*maṣlahah mulghah*), maka hasilnya ada dua kemungkinan, yaitu akan sesuai dengan *naṣṣ* atau akan bertentangan dengan *naṣṣ*. Dengan didasarkan pada *maṣlahah mursalah* seperti ini, hukum

⁷¹Kamali, *Principles*, 339-343 dan 353.

Islam menjadi tidak pasti dan ketidakpastian tidak dapat menjadi dasar bagi penetapan hukum Islam.⁷²

Terlepas dari perbedaan pendapat tersebut, mayoritas ulama yang berpegang pada *al-istiṣlāḥ* sebagai metode penetapan hukum Islam ini berupaya untuk memperlebar makna *naṣṣ* yang terbatas untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum baru yang muncul dalam masyarakat dengan didasarkan pada kemaslahatan yang sesuai dengan maqashid syariah. Di samping itu, mereka juga berhati-hati dalam menggunakan metode *al-istiṣlāḥ* ini, sehingga kemudian menetapkan beberapa syarat, yaitu pertama, masalah tersebut merupakan masalah yang hakiki (*haqiqiyyah*), bukan masalah yang tidak jelas (*wahmiyyah*). Masalah yang hakiki ini pada dasarnya adalah masalah yang menjaga lima hal pokok sebagaimana telah dikemukakan di atas. Kemudian kedua, masalah tersebut harus bersifat umum (*kulliyah*), dalam arti untuk kepentingan orang banyak, bukan hanya untuk kemaslahatan individu atau sebagian orang saja. Ketiga, masalah tersebut tidak bertentangan dengan *naṣṣ* dan ketetapan ijma'. Syarat-syarat inilah yang umumnya disepakati oleh para ulama yang memegang *al-istiṣlāḥ* sebagai metode penetapan hukum Islam. Syarat-syarat lain dikemukakan oleh ulama yang berbeda-beda, misalnya masalah tersebut harus sesuai dengan akal sehat atau bersifat rasional, masalah tersebut harus benar-benar menghilangkan atau mencegah terjadinya kemafsadatan bagi masyarakat, dan masalah tersebut harus bersifat emergensi (*darūriyyah*) yang memang tidak boleh tidak harus dilaksanakan.⁷³

Al-istiṣlāḥ, dengan demikian, merupakan metode penetapan hukum Islam yang didasarkan pada maqashid syariah, khususnya untuk menjaga kemaslahatan dalam lima hal pokok, yaitu agama, jiwa, akal, keturunan dan harta benda. Di samping pengertian dan

⁷²Kamali, *Principles*, 351-353.

⁷³Kamali, *Principles*, 346-348. Khallāf, *‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*, 86-87.

contoh-contoh klasik, dalam konteks sekarang menjaga lima hal pokok tersebut dapat juga diartikan bahwa menjaga agama termasuk menjaga kebebasan beragama, sesuai dengan Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 256 yang menyatakan bahwa tidak ada paksaan dalam agama. Kemudian menjaga jiwa berarti menjaga hak hidup, termasuk kebebasan untuk bekerja dan kebebasan untuk bepergian. Menjaga akal berarti juga menjaga kebebasan berpendapat dan hak untuk mendapatkan pendidikan. Menjaga keturunan berarti menjaga keluarga dan menjaga lingkungan yang baik untuk memelihara tumbuh kembang anak. Kemudian terakhir, menjaga harta benda berarti juga menjaga hak milik, termasuk memfasilitasi perdagangan yang jujur dan pelayanan-pelayanan yang baik bagi masyarakat.⁷⁴ Dengan demikian, maqashid syariah yang menjadi landasan bagi *al-istiṣlāḥī* ini secara konseptual dapat berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat. Di sinilah urgensi dari metode *al-istiṣlāḥī* untuk menetapkan hukum-hukum baru yang muncul dalam masyarakat.

b. Al-Istiḥṣān dan Sadd al-Dharī'ah

Al-Istiḥṣān secara etimologi berarti memandang baik (*ḥasan*) sesuatu, baik pada hal-hal yang konkrit maupun pada hal-hal yang abstrak,⁷⁵ sedangkan menurut terminologi Ushul Fiqh, para ulama berbeda dalam mendefinisikannya. Namun demikian, dari masing-masing definisi yang dikemukakan terdapat inti persamaan dan satu dengan yang lainnya saling melengkapi, sehingga dapat diperoleh pengertian *al-istiḥṣān* secara utuh. Berikut ini akan diuraikan pengertian *al-istiḥṣān*, khususnya menurut ulama Hanafīyyah dan ulama Malikiyyah sebagai kelompok yang menggunakan *al-istiḥṣān* dalam penetapan hukumnya.

⁷⁴Kamali, *Principles*, 347.

⁷⁵Fakhruddin al-Rāzī, *al-Maḥṣūl fī 'Ilm Uṣūl al-Fiqh* (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1988), II: 561.

Abū Hanīfah (w. 150H) dan murid-muridnya tidak memberikan pengertian dan penjelasan tentang *al-istiḥsān* yang banyak mereka pergunakan dalam menetapkan hukum, sehingga hal ini banyak menimbulkan kritikan tajam, terutama dari kalangan Shāfi'iyah, yang menganggap bahwa ulama-ulama Ḥanafiyah menggunakan cara penetapan hukum yang tidak jelas. Dengan adanya kritikan itu kemudian para ulama Ḥanafiyah selanjutnya berusaha untuk memberikan definisi *al-istiḥsān* secara jelas, dan menerangkan bahwa sesungguhnya *al-istiḥsān* itu merupakan cara penetapan hukum yang berdasarkan dalil-dalil syara'. Sebagian ulama Ḥanafiyah menerangkan bahwa yang dimaksud dengan *al-istiḥsān* adalah meninggalkan *al-qiyās al-Jāli* (*al-qiyās* yang terang) yang mempunyai pengaruh hukum yang lemah, dan mengamalkan *al-qiyās al-Khāfi* (*al-qiyās* yang tersembunyi) yang mempunyai pengaruh hukum yang kuat dan yang lebih sesuai dengan kemaslahatan manusia.⁷⁶ Jadi yang dipegangi dalam menetapkan hukum itu bukan terang atau tersembunyinya *al-qiyās*, tetapi kuat atau lemahnya pengaruh hukum yang dimiliki.

Pengertian *al-istiḥsān* seperti ini sesuai dengan yang diungkapkan al-Sharakhṣī (w. 483 H), seorang ulama Hanafi terkemuka yang menyatakan bahwa *Al-qiyās* dan *al-istiḥsān* pada hakikatnya adalah dua macam *al-qiyās*. Yang pertama, *al-qiyās al-*

⁷⁶Definisi yang memberikan pengertian-pengertian seperti ini antara lain dikemukakan oleh al-Bazdawī (w.493H), al-Nasafī (w. 710H), dan al-Sarakhṣī (w. 483H). Khallāf, *Maṣādir al-Tashrī' fī mā lā Naṣṣa fih* (Kuwait: Dār al-Qalam, 1972), 69-70. *Al-qiyās al-Jāli* adalah *al-qiyās*, baik 'illat (cause)-nya dinaskan ataupun tidak, yang antara asal dan cabangnya tidak ada perbedaan (*al-fāriq*) yang mempengaruhi hukumnya. Atau dengan kata lain *al-qiyās al-Jāli* adalah *al-qiyās* yang jelas yang segera dapat dipahami oleh akal. Sementara *al-qiyās al-khāfi* adalah *al-qiyās*, yang 'illat-nya tidak dinaskan (hasil dari *istinbāt*), yang antara asal dan cabangnya terdapat perbedaan (*al-fāriq*) yang dapat mempengaruhi hukumnya. Atau dengan kata lain *al-qiyās al-khāfi* adalah *al-qiyās* yang tersembunyi 'illat-nya sehingga tidak dapat segera dipahami oleh akal kecuali setelah adanya pemikiran dan penelitian yang cermat. M. Hasbi Ash-Shiddiqy, *Pengantar Hukum Islam* (Jakarta: PT Bulan Bintang, 1994), 225-226.

jāli (*al-qiyās* yang jelas) namun pengaruhnya, dalam mencapai tujuan syari'ah (kemaslahatan), lemah dan ini dinamakan *al-qiyās*. Sementara yang kedua adalah *al-qiyās al-khāfi* (*al-qiyās* yang tersembunyi) yang mempunyai pengaruh hukum yang kuat. Inilah yang dinamakan dengan *al-istihsān*, yaitu *al-qiyās al-mustahsan* (*al-qiyās* yang dianggap baik). Jadi pengutamakan *al-istihsān* dari pada *al-qiyās* adalah didasarkan kepada pengaruh hukumnya, bukan didasarkan kepada tersembunyi atau jelasnya bentuk *al-qiyās*.⁷⁷

Al-Taftazānī (w. 791 H) dan al-Sharakhṣī (w. 483 H) menguraikan secara jelas tentang hal ini. Menurut mereka *al-qiyās al-khāfi* dibagi kepada dua macam, yaitu pertama *al-qiyās al-khāfi* yang mempunyai pengaruh hukum yang kuat, dan kedua *al-qiyās al-khāfi* yang nampak kesahihannya, namun mempunyai pengaruh hukum yang lemah. Begitu pula *al-qiyās al-jāli*, dibagi kepada dua macam, yaitu *al-qiyās al-jāli* yang lemah pengaruh hukumnya, dan *al-qiyās al-jāli* yang kuat pengaruh hukumnya. Apabila dalam keadaan demikian, maka dalam menetapkan hukum, yang dilihat adalah kuat atau lemahnya pengaruh hukum, bukan jelas atau tersembunyinya bentuk *al-qiyās*. Dengan demikian *al-qiyās al-khāfi* yang pertama (yang kuat pengaruh hukumnya) lebih diutamakan dalam penetapan hukum dari pada *al-qiyās al-jāli* yang pertama (yang lemah pengaruh hukumnya) dan inilah yang dinamakan *al-istihsān*. Begitu pula *al-qiyās al-jāli* yang kedua (yang kuat pengaruh hukumnya) lebih diutamakan dari pada *al-qiyās al-khāfi* yang kedua (yang lemah pengaruh hukumnya).⁷⁸ Jadi penetapan hukum itu didasarkan kepada kuat atau lemahnya pengaruh hukum yang terdapat pada *al-qiyās*, bukan terang atau tersembunyinya *al-qiyās*.

⁷⁷Shamsuddīn al-Sharakhṣī, *al-Mabsūṭ* (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1993), X: 145.

⁷⁸Wahbah al-Zuhailī, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī* (Damaskus: Dār al-Fikr, 1986), II: 741-742.

Contoh untuk yang pertama yang biasa diungkapkan adalah sisa minuman burung buas. Menurut *al-qiyās al-jāli*, sisa minuman burung buas itu najis karena di*qiyā*skan atau dianalogikan kepada sisa minuman binatang buas lainnya. Sisa minuman binatang buas ini najis karena sisa minuman tersebut bercampur dengan liur yang keluar dari lidah dan mulut (daging) binatang buas tersebut, sedangkan daging binatang buas itu haram dimakan sehingga hukum sisa minuman itu sama dengan hukum dagingnya, yaitu haram, atau najis. Sedangkan menurut *al-qiyās al-khafī*, sisa minuman itu tidak najis karena burung buas walaupun dagingnya haram dimakan, namun ludahnya yang keluar dari mulut (dagingnya) itu tidak akan tercampur dengan sisa minumannya, karena burung tersebut minum dengan paruhnya, yaitu sejenis tulang yang kering.

Sementara untuk contoh yang kedua, yaitu *al-qiyās al-jāli* yang lebih diutamakan dari pada *al-qiyās al-khafī* adalah sujud tilawah yang dilaksanakan dengan ruku', karena Allah pernah menyebutkan kata ruku' sebagai ganti sujud, yaitu dalam QS. Ṣad (38): 24 (*wa kharra rāki'an*: lalu ketika ia (Nabi Dawud) menyunjur melakukan ruku'). Pelaksanaan sujud tilawah dengan ruku' ini ditetapkan dengan *al-qiyās al-khafī*, sedangkan *al-qiyās al-jāli*, sesuai dengan ketentuan syara' secara umum, menetapkan bahwa pelaksanaan sujud tilawah adalah dengan sujud, seperti sujud dalam shalat. Oleh karena itu, sujud tilawah tetap tidak boleh dilaksanakan dengan ruku', dan harus diamalkan sesuai dengan apa yang ditetapkan dengan *al-qiyās* yang jelas, yaitu sujud seperti sujud dalam shalat.⁷⁹

Sementara itu Abū al-Ḥasan al-Karkhī (w. 340 H) menyatakan bahwa yang dimaksud dengan *al-istiḥsān* adalah berpindahnya seorang mujtahid dari menetapkan hukum dengan cara membandingkan terhadap sesuatu yang telah ada hukumnya, kepada

⁷⁹Wahbah al-Zuhailī, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*, II: 741-742.

yang menyelisihinya karena ada pertimbangan yang menghendaki perpindahan tersebut.⁸⁰ Definisi ini menurut Abū Zahrah (w. 1394 H/1974 M) merupakan definisi yang paling jelas menggambarkan hakikat *al-istiḥsān* yang dimaksud oleh Hanafiyyah, karena definisi ini mencakup semua macam *al-istiḥsān*, dan menunjukkan kepada inti *al-istiḥsān*. Inti *al-istiḥsān* itu sendiri adalah menetapkan hukum dengan jalan pengecualian dari ketentuan umum syara' (dalil umum, kaidah umum, atau *al-qiyās*) karena ada sesuatu yang menghendaki pengecualian itu, dan dengan keluar dari ketentuan umum ini akan lebih dekat kepada maksud syara' (kemaslahatan). Oleh karena itu, bagaimanapun bentuk dan macamnya, *al-istiḥsān* itu secara umum merupakan cara beramal dengan masalah *juz'iyah* (khusus) yang bertentangan dengan kaidah *kulliyah* (umum) dan seorang mujtahid dalam hal ini memilih masalah *juz'iyah* supaya tidak tenggelam dalam ketentuan kaidah umum yang terkadang menghasilkan hukum yang kurang sesuai dengan jiwa dan maksud syara' (maqashid syariah).⁸¹

Berbeda dengan Abū Zahrah (w. 1394 H/1974 M), Yusūf Musā menyatakan bahwa definisi yang dikemukakan oleh al-Karkhi di atas kurang lengkap. Definisi tersebut hanya memberi pengertian bahwa *al-istiḥsān* adalah berpindah dari *al-qiyās al-jāli* kepada *al-qiyās al-khāfi*, padahal perpindahan dalam *al-istiḥsān* tersebut, lanjut Yusūf Mūsā, tidak hanya kepada *al-qiyās al-Khāfi*, tetapi juga kepada dalil lain seperti al-Qur'an dan al-Sunnah (*naṣṣ*), *ijmā'*, atau *'urf* (adat kebiasaan masyarakat). Sebagaimana juga perpindahan itu terkadang dari hukum yang ditetapkan oleh *naṣṣ* yang umum kepada hukum khusus, atau dari hukum *kullī* (umum) kepada hukum

⁸⁰Khallāf, *Maṣādir al-Tashī'*, 70.

⁸¹Muḥammad Abū Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arabī, t.t.), 207-208.

istitsnā (pengecualian).⁸² Namun tampaknya yang dimaksud oleh Yūsuf Mūsā itu adalah *al-istiḥsān* secara umum, baik menurut Ḥanafī maupun Mālīkī, sehingga ia tidak mendapati definisi yang lengkap pada definisi yang dikemukakan oleh al-Karkhī yang memang seorang ulama Hanafi.

Terlepas dari perbedaan di atas, menurut Sa'duddīn al-Taftazānī (w. 791 H) dan Hafizuddīn al-Nasafī (w. 710 H), *al- al-istiḥsān* itu menjadi hujjah karena adakalanya didasarkan kepada *athar (naṣṣ)*, *ijmā'*, *ḍanūrah* (keadaan memaksa), ataupun *al-qiyās al-khaḥf*.⁸³ Dari sini dapat diketahui bahwa *al-istiḥsān* di kalangan Hanafi ini tidak hanya didasarkan kepada *al-qiyās al-khaḥf*, namun juga kepada *naṣṣ*, *ijmā'*, dan *ḍanūrah*. Dari uraian tentang pengertian *al-istiḥsān* menurut Ḥanafīyyah ini, ada beberapa hal yang perlu dicatat, yaitu pertama, *al-istiḥsān* merupakan perpindahan dari suatu ketentuan hukum umum kepada ketentuan hukum khusus, kedua, ketentuan hukum umum tersebut adakalanya berupa *naṣṣ* yang umum, kaidah syara' yang umum, ataupun *al-qiyās*, ketiga, ketentuan hukum khusus tersebut dapat berupa *naṣṣ* (al-Qur'an dan al-Sunnah), *ijmā'*, *ḍanūrah*, atau *al-qiyās al-khaḥf*, dan keempat, adanya perpindahan tersebut pada dasarnya adalah untuk memelihara maksud dan tujuan syari'ah (maqashid syariah), yaitu mewujudkan kemaslahatan.

Para ulama Mālikiyyah, sebagaimana ulama Ḥanafīyyah, juga berbeda-beda dalam mendefinisikan *al-istiḥsān*. Ibnu 'Arabī (w.638 H) menyatakan bahwa *al-istiḥsān* adalah mengutamakan untuk meninggalkan ketentuan dalil umum dengan cara *istitsnā* (pengecualian) atau *rukḥṣah* (memberikan keringanan) karena adanya pertentangan dengan dalil lain pada beberapa

⁸²Muhammad Yūsuf Mūsā, *Tānkh al-Fiqh al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Kitāb al-'Arabī, 1958), 258.

⁸³Khallāf, *Mashādir al-Tashīr*, 74.

ketentuannya.⁸⁴ Kemudian ia membagi *al-istihsān* kepada empat macam, yaitu meninggalkan ketentuan dalil karena *urf*, *ijmā'*, *maṣlahah*, atau *raf'u al-ḥaraj wa al-masyaqqah* (menghilangkan kesempatan dan kesulitan).⁸⁵

Sementara itu, Ibnu al-Anbarī (w. 661 H) dan al-Shāṭibī (w. 790 H) menyatakan bahwa *al-istihsān* adalah berpegang kepada kemaslahatan khusus (*maṣlahah juz'iyah*) dalam berhadapan dengan dalil umum (*dalīl kullī*).⁸⁶ Ibnu al-Anbarī (w. 661H) kemudian memberikan contoh bahwa apabila ada seseorang membeli suatu barang dengan *khiyār* (hak untuk meneruskan atau mengurungkan jual beli, baik bagi pembeli ataupun penjual), kemudian ia meninggal dunia, dan ahli warisnya berbeda pendapat apakah meneruskan atau mengurungkan pembelian tersebut. Maka menurut ketentuan *al-qiyās*, transaksi jual beli tersebut batal (*faskh*), namun dalam hal ini kami menggunakan *al-istihsān*, yaitu apabila sebagian ahli waris menerima untuk meneruskan pembelian tersebut dan sebagian menolaknya maka pembelian tersebut harus dibatalkan, namun apabila kemudian ternyata penjual tidak mau menerima kembali barang tersebut, maka jual beli tersebut tetap berlangsung.⁸⁷ Ibnu Rushd (w. 595H) juga mengemukakan definisi yang hampir sama dengan yang dikemukakan oleh Ibn al-Anbarī (w. 661H) dan al-Shāṭibī (w. 790H) di atas. Menurutnya *al-istihsān* adalah meninggalkan ketentuan *al-qiyās* yang menghasilkan keadaan yang berlebihan dalam suatu hukum, dan berpindah kepada

⁸⁴Dikutip oleh Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, IV: 207-208.

⁸⁵Muḥammad Abū Zahrah, *Abū Ḥanīfah: Ḥayātuh wa 'Asruh Arīquh wa Fiqhuh* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arabī, 1991), 303.

⁸⁶Muḥammad Abū Zahrah, *al-Shāṭibī: Ḥayātuh wa 'Ashruh Arīquh wa Fiqhuh* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arabī, t.t.), 265. Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, IV: 205-206.

⁸⁷Abū Zahrah, *al-Shāṭibī*, 265.

hukum lain pada beberapa hal yang menghendaki adanya pengecualian dari ketentuan *al-qiyās* tersebut.⁸⁸

Dari beberapa definisi di atas, dapat dilihat bahwa *al-istiḥsān* menurut ulama Malikiyyah adalah mendahulukan *maṣlaḥah* (kemaslahatan) dari pada ketentuan umum syara' (dalil umum, kaidah umum, atau *al-qiyās*). Dengan kata lain, sesuai dengan batasan Ibnu 'Arabī (w. 638H), bahwa *al-istiḥsān* adalah pengecualian dalil umum karena pertimbangan '*urf, ijma'*, *maṣlaḥah*, atau *raf'u al-ḥaraj wa al-mashaqqah* (menghilangkan kesempitan dan kesulitan). Hal ini berarti bahwa seorang mujtahid dalam menetapkan suatu masalah hukum tidak harus terpaku pada dalil atau ketentuan umum yang ada, tetapi dapat juga meninggalkan dalil atau ketentuan umum tersebut apabila ada kemaslahatan lain yang dapat diterapkan pada masalah hukum tersebut, selama tidak bertentangan dengan maksud dan tujuan syari'ah.

Pengertian *al-istiḥsān* yang diberikan oleh ulama Malikiyyah di atas, menurut Abū Zahrah, dekat dengan definisi yang menyatakan bahwa *al-istiḥsān* adalah dalil yang jelas dalam diri mujtahid namun sulit untuk diungkapkan. *Al-istiḥsān* menurut pengertian ini pada masa sekarang dapat disamakan dengan cara menetapkan hukum dengan jiwa atau ruh undang-undang, yang dipegangi setelah benar-benar mengkaji masalah itu. Oleh karena itu, dalam hal ini sulit untuk diungkapkan dasar penetapan hukumnya secara jelas dengan menunjuk suatu dalil, karena memang tidak berpegang kepada suatu dalil tertentu secara tekstual, tetapi yang dipegangi adalah ketentuan yang sesuai dengan maksud dan tujuan syara' secara umum, yaitu kemaslahatan.⁸⁹

⁸⁸Dikutip oleh Khallāf, *Maṣādir al-Tashīr*, 74.

⁸⁹Abū Zahrah, *al-Shāfi'ī*, 256-266. Sebagaimana diungkapkan oleh al-Shātibī, *al-istiḥsān* ini berbeda dengan *al-istiḥlāḥ*. *al-istiḥsān* merupakan bentuk pengecualian terhadap ketentuan umum (dalil umum, kaidah umum, atau *al-qiyās*),

Jadi *al-istihsān* merupakan penetapan hukum yang masih sesuai dengan maksud dan tujuan syara', bahkan hal ini menunjukkan bahwa syari'ah Islam fleksibel. Karena apabila hanya memegang *al-qiyās* atau ketentuan umum, syari'ah Islam akan terlihat kaku. Apabila suatu masalah hanya ditetapkan hukumnya dengan jalan *al-qiyās*, hal itu terkadang akan mengakibatkan lenyapnya kemaslahatan atau bahkan mengakibatkan timbulnya kerusakan, dan jalan terbaik adalah dengan memberlakukan *al-istihsān*.

Oleh karena itu al-Shāṭibī mengumpamakan *al-istihsān* ini dengan *rukḥṣah* (pemberian keringanan) dalam bidang ibadah, yang dihubungkan dengan kesukaran yang dihadapi seseorang karena sakit atau dalam perjalanan. Contoh *al-istihsān* dalam masalah adat adalah kebolehan berburu, dalam masalah mu'amalat adalah *al-qirāḍ* (perjanjian bagi hasil dalam perdagangan), *al-Musāqah* (sistem bagi hasil dalam berkebun), dan *salām* (jual beli pesanan). Sementara dalam bidang hukum pidana adalah penetapan hukum *dam* (denda bagi orang yang melanggar salah satu hukum yang berkenaan dengan ibadah haji), sumpah, dan hukuman *diyāt* (denda yang harus dibayarkan karena melukai atau membunuh orang). Menurut asalnya semua masalah ini dilarang, namun apabila sepenuhnya mengikuti ketentuan hukum asal tanpa memperhatikan akibat yang lebih jauh, seperti lenyapnya kemaslahatan yang lebih penting atau timbulnya kerusakan yang lebih besar, hal ini akan menimbulkan kesukaran bagi manusia.⁹⁰

Demikian pengertian *al-istihsān* yang diungkapkan oleh para ulama yang memegangnya, baik dari kalangan ulama Hanafiyyah

yang didasarkan kepada kemaslahatan, sedangkan *al-istishlāḥ* adalah penetapan hukum yang didasarkan kepada kemaslahatan karena tidak ada dalil yang menunjukinya. Jadi apabila pada *al-istihsān* itu ada dalil, namun dalil itu dikecualikan, sedangkan pada *al-istishlāḥ* dalil itu tidak ada sama sekali. Abū Ishāq al-Shāṭibī, *al-I'tisām* (Riyad: Maktabah al-Riyāḍ al-Ḥadīthah, t.t.), II: 141 dan 111.

⁹⁰Al-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt*, IV: 206-207.

maupun Malikiyyah. Walaupun pengertian *al-istihsān* itu berbeda-beda, namun pada prinsipnya mempunyai kesamaan maksud dan satu sama lain saling melengkapi, sehingga pengertian *al-istihsān* menjadi semakin jelas. ‘Abd al-Wahhab Khallāf, setelah mengutip beberapa definisi *al-istihsān* dari berbagai kalangan ulama, ia berusaha merangkum definisi-definisi tersebut dengan menyatakan bahwa *al-istihsān*, menurut terminologi para ahli Ushul Fiqh yang memegangnya, adalah berpindah dari hukum yang dikehendaki oleh dalil syara’ pada suatu masalah, kepada hukum lain karena ada dalil syara’ lain yang menghendaki perpindahan tersebut. Dalil syara’ yang menghendaki perpindahan tersebut disebut dengan *sanad al-istihsān* (sandaran *al-istihsān*).⁹¹ Apabila dilihat dari uraian tentang definisi-definisi *al-istihsān* terdahulu maka dalil syara’ yang ditinggalkan itu dapat berupa *al-qiyās*, dalil dan *naṣṣ* umum, atau kaidah syara’ umum, sedangkan yang dimaksud dengan *sanad al-istihsān* adalah *naṣṣ*, *ijmā’*, *danūrah*, *al-qiyās al-khaṣī*, *‘urf*, *maṣlaḥah*, dan *raf’u al-ḥaraj wa al-mashaqqah*.

Pembahasan tentang *al-istihsān* ini dijelaskan sedikit lebih panjang, berbeda dengan metode penetapan hukum yang lain, karena memang konsep *al-istihsān* ini sering salah dipahami, sehingga berusaha untuk diperjelas dalam tulisan ini. Selanjutnya dibahas metode *sadd al-Dhari’ah* sebagai pembahasan terakhir dalam bab ini. *Sadd al-Dhari’ah* secara bahasa berarti membendung jalan atau sarana. Maksudnya adalah membendung dan menolak segala hal yang mengakibatkan hal-hal yang tidak baik. Walaupun secara bahasa berarti membendung jalan yang menuju kepada kerusakan (*mafsadah*), namun tercakup juga arti sebaliknya, yaitu membuka jalan (*fath al-Dhari’ah*) yang mengakibatkan kemaslahatan. Namun demikian, para ulama umumnya tidak menggunakan istilah *fath al-Dhari’ah* yang membuka jalan kepada kemaslahatan, karena

⁹¹ Khallāf menyebut juga *sanad al-istihsān* dengan *wajh al-istihsān*. Khallāf, *Maṣādir al-Tashīr*, 71.

membuka jalan untuk mewujudkan kemaslahatan adalah tujuan dan maksud syariah (*maqāṣid sharīah*) secara umum, dan tidak hanya terkait dengan *sadd al-Dharī'ah*.⁹²

Secara umum *sadd al-Dharī'ah* ini bertujuan untuk melakukan tindakan preventif sebelum hal-hal yang merusak terjadi, walaupun sebenarnya apabila sarana yang dilarang tersebut tetap dilakukan belum tentu secara otomatis terjadi kerusakan. Contohnya dilarang untuk *khalwat* (berduaan laki-laki dan perempuan di tempat sepi) karena dikhawatirkan mengakibatkan adanya perbuatan zina. Para ulama kemudian secara umum berpendapat bahwa *khalwat* tetap dilarang walaupun dalam keadaan tidak akan menimbulkan perzinahan. Dalam Al-Qur'an sendiri pada Q.S. al-An'am (6) ayat 108 Allah, misalnya, melarang umat Islam untuk menghina sembah-sembahan orang kafir karena mereka akan balik mencerca Allah. Kemudian Nabi juga pernah melarang untuk membunuh para orang munafik (berkhianat, berpura-pura masuk Islam) walaupun dalam perang, karena akan membawa pandangan buruk bahwa Nabi membunuh para sahabatnya sendiri.⁹³

Para sahabat Nabi juga tercatat telah menggunakan *sadd al-Dharī'ah* ini dalam melakukan penetapan hukum. Misalnya, beberapa sahabat memberikan hak waris kepada isteri yang telah dicerai pada saat suami sakit keras menjelang kematiannya. Hal ini untuk mencegah praktek serupa bahwa suami yang sakit keras menceraikan isteri hanya supaya isteri tersebut tidak mendapat hak warisnya. Kemudian khalifah Umar Ibn al-Khaṭṭāb (w. 23H) pernah memerintahkan Ḥudāifah al-Yamanī (w. 36H), gubernur di Madā'in saat itu, untuk menceraikan perempuan Yahudi yang menjadi isterinya. Ḥudāifah kemudian mempertanyakan kebijakan Umar tersebut apakah memang beristeri ahli kitab itu tidak boleh. Umar menjawab bahwa menikah dengan ahli kitab tersebut bukan

⁹²Kamali, *Principles*, 392.

⁹³ Kamali, *Principles*, 393-394 dan 396.

dilarang, tetapi apa yang dilakukan Ḥudaifah sebagai pejabat tersebut dikhawatirkan akan diikuti oleh orang-orang Islam lain, sehingga mereka akan lebih tertarik mengawini perempuan ahli kitab dari pada perempuan muslimah. Dengan demikian, Umar dalam hal ini melarang hal yang sebenarnya dibolehkan Al-Qur'an dengan tujuan untuk membendung jalan yang menuju kemafsadatan bagi umat Islam, sebagaimana pandangannya untuk konteks saat itu.⁹⁴

Dalam memandang *sadd al-Dharī'ah* sebagai metode penetapan hukum Islam, para ulama berbeda pendapat. Namun perbedaan ini hanya pada terletak apakah *sadd al-Dharī'ah* dapat menjadi metode yang berdiri sendiri ataukah tidak. Mazhab Ḥanafi dan Shāfi'i memandang bahwa *sadd al-Dharī'ah* merupakan metode yang tidak bisa berdiri sendiri, tetapi harus didukung oleh dalil lain. Hanafi secara umum memasukkannya dalam konsep *al-istihsān* yang memang harus ada sanad atau sandaran dalilnya, sebagaimana dikemukakan, sementara Shāfi'i berpendapat bahwa *sadd al-Dharī'ah* masih memerlukan sandaran dalil lainnya, baik *naṣṣ*, kesepakatan sahabat ataupun *al-qiyās*. Sementara mazhab Maliki dan Hanbali berpendapat bahwa *sadd al-Dharī'ah* dapat dijadikan metode tersendiri dalam menetapkan hukum Islam dengan dasar sebagaimana dikemukakan di atas bahwa praktek *sadd al-Dharī'ah* ini telah terdapat dalam Al-Qur'an, Sunnah Nabi dan juga praktek para sahabat.⁹⁵

Atas dasar itu, al-Shaṭībī menyebutkan bahwa *sadd al-Dharī'ah* ini merupakan analisis untuk melihat dampak hukum ke depan (*al-naẓar ila al-ma'ālat*) dengan didasarkan pada pertimbangan maqashid syariah.⁹⁶ *sadd al-Dharī'ah*, dengan demikian, berkaitan erat dengan maqashid syariah. Dalam konsep maqashid syariah,

⁹⁴Kamali, *Principles*, 396.

⁹⁵Kamali, *Principles*, 397.

⁹⁶ Al-Shaṭībī, *al-Muwāfaqat*, IV: 194.

sebagaimana dikemukakan, adanya aturan syariah yang membolehkan perbuatan-perbuatan tertentu dan juga melarang perbuatan-perbuatan tertentu adalah dengan didasarkan pada maslahat dan madaratnya perbuatan-perbuatan tersebut atau minimal perbuatan-perbuatan tersebut dapat menyebabkan pada jalan untuk menuju kemanfaatan atau kerusakan. Oleh karena itu, setiap perbuatan yang membawa hasil atau dampak yang bertentangan dengan maqashid syariah, maka harus dihambat. Penetapan hukum Islam yang didasarkan pada analisis dampak hukum yang didasarkan pada pertimbangan *maṣlahah* dan *mafsadah* (maqashid syariah) inilah yang menjadi inti dari metode *sadd al-Dharī'ah*.⁹⁷

Para ulama membagi *sadd al-Dharī'ah* ini menjadi empat macam, yaitu pertama, adalah hal yang secara jelas mengakibatkan pada bahaya dan kerusakan, seperti menggali lubang di tengah jalan umum. Kemudian kedua adalah hal yang kemungkinan besar membawa kepada kemafsadatan, dan hanya kemungkinan kecil dapat membawa kemanfaatan, misalnya menjual senjata pada masa perang dan menjual buah anggur pada pembuat minuman keras. Ketiga adalah hal yang antara membawa mafsadat dan manfaatnya seimbang, misalnya jual beli kredit (*al-bāi' al-ajal*) dengan harga yang berbeda dan lebih mahal dibanding dengan harga kontan. Terakhir adalah hal yang memiliki kemungkinan kecil untuk mengakibatkan madarat dan banyak membawa manfaat, seperti menggali sumur untuk menjadi sumber air di tempat yang tepat. Walaupun mungkin ada bahaya, tetapi manfaatnya jauh lebih besar.⁹⁸

Pada macam *sadd al-Dharī'ah* yang pertama dan keempat, ulama umumnya sepakat bahwa yang pertama harus dicegah dan yang keempat seharusnya dilaksanakan. Sementara pada macam

⁹⁷ Kamali, *Principles*, 395.

⁹⁸ Kamali, *Principles*, 397-401.

yang kedua dan ketiga biasanya para ulama berbeda pendapat dalam penerapannya pada kasus-kasus hukum yang muncul. Perbedaan ulama ini, sebagaimana dapat dilihat, adalah disebabkan oleh jelas atau tidaknya tingkat masalah dan mafsadahnyanya. Apabila secara jelas membawa mafsadah maka perlu dicegah, dan apabila secara jelas membawa masalah maka perlu didorong. Dengan demikian, sebagaimana *al-istihsān*, dan juga *al-istishāb* dan *al-istiṣlāḥ*, *sadd al-Dharī'ah* ini merupakan metode penetapan hukum Islam yang didasarkan pada pertimbangan maqashid syariah. Hanya saja bedanya apabila *al-istishāb* dan *al-istiṣlāḥ* selaras dengan *naṣṣ* secara tekstual atau merupakan pelebaran makna *naṣṣ*, sementara *al-istihsān* dan *sadd al-Dharī'ah* merupakan pengecualian terhadap *naṣṣ*. Sementara perbedaannya dengan *al-istihsān*, *sadd al-Dharī'ah* lebih banyak digunakan terhadap hal-hal mubah, yang apabila membawa kedaratan kemudian bisa dilarang, sementara *al-istihsān* lebih umum, tidak saja berkaitan dengan hal-hal yang mubah tetapi juga berkaitan dengan hal-hal haram atau wajib, yang apabila membawa mafsadah atau masalah hukumnya dapat berubah sementara sesuai dengan konteksnya saat itu.

Apabila dicermati, sandaran *al-Istihsān* atau adanya *sadd al-Dharī'ah* yang dapat mengecualikan *naṣṣ* tersebut secara umum adalah adanya pertimbangan kemaslahatan, yang menjadi inti dari maqashid syariah. Dalam konteks kontemporer, sebagaimana dikemukakan, maqashid syariah ini diartikan juga secara luas dalam konteks sosial kemasyarakatan seperti harga diri sebagai bangsa, ketahanan ekonomi nasional, atau martabat dan hak asasi manusia, termasuk di dalamnya hak-hak perempuan dan kebebasan beragama.⁹⁹ Menjaga keharmonisan keluarga, sebagaimana dinyatakan Ibnu Ashūr, juga termasuk dalam maqashid syariah, pengembangan dari maqashid “menjaga keturunan”.¹⁰⁰ Atas dasar

⁹⁹Jaser Audah, *Al-Maqāṣid*, 12-15.

¹⁰⁰Jaser Audah, *Al-Maqāṣid*, 52-53.

itu, maqashid seperti hak asasi manusia atau menjaga keharmonisan keluarga apabila dikaitkan dengan konsep *al-istihsān* dan *sadd al-Dharī'ah*, dalam konteks sekarang, dapat menjadi *sanad al-istihsān* atau menjadi pertimbangan bagi *sadd al-Dharī'ah* untuk dapat mengecualikan *naṣṣ* apabila memang keadaan dan kemaslahatan masyarakat menghendakinya.

Bab III

KHI Bidang Perkawinan Dalam Perspektif Pembaruan Hukum Keluarga di Dunia Islam

A. Sejarah dan Perkembangan Hukum Keluarga di Dunia Islam

Sejak kemunculannya, Islam sangat berkaitan dengan upaya konstruksi dan pembentukan masyarakat, yaitu upaya membentuk masyarakat menjadi lebih dinamis dan lebih maju. Dalam kaitan dengan dinamika masyarakat, ada dua model ajaran Islam, yaitu ajaran Islam yang berbentuk konstan-nonadaptabel. Ajaran ini berkaitan dengan persoalan-persoalan ritus agama yang bersifat transenden. Sifat dari ajaran Islam ini adalah final-absolut tanpa menerima kritik dan perdebatan (*ghairu qābilin li al-Naqdi wa al-Naqāsh*). Ajaran Islam yang lain adalah Islam yang bersifat elastis-adaptabel. Ajaran ini berkaitan dengan persoalan-persoalan yang berada di wilayah praktis-historis. Posisi hukum keluarga sendiri berada dalam wilayah kedua, yang dapat menerima perubahan dan pembaruan selama tidak berseberangan dan menyimpang dari tujuan pemberlakuan syariah Islam (*Maqāṣid al-Sharī'ah*).¹ Pembaharuan hukum Islam dirasakan perlu untuk mengadaptasikan hukum Islam dengan dinamika masyarakat muslim yang hidup pada zaman yang berbeda dengan saat kemunculan hukum Islam pertama kali. Dinamika sosial seringkali menghendaki pembaruan hukum, baik secara evolutif maupun revolutif. Hukum terus berubah seiring

¹ Muḥammad Sa'īd Ramaḍān al-Būṭi, *Ḍawābiṭ al-Maṣlaḥah fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Kairo Muassasah Risalah, 1973), Cet. I, 119.

dengan perubahan masyarakat. Jika masyarakat berubah, maka hukum yang hidup juga berubah.²

Pada abad ke-20, sebagaimana dikatakan Munir Fuady, terjadi perkembangan di berbagai bidang hukum di seluruh dunia. Di sebagian negara, hukum telah sedemikian rincinya mengatur setiap aspek kehidupan warganya, sedangkan di sebagian negara lainnya masih dalam proses pengaturan atau masih dalam proses perubahan. Hukum keluarga merupakan salah satu bidang hukum yang terus berkembang,³ tidak terkecuali di dunia Muslim. Sampai tahun 1996, misalnya, di Negara-negara Timur Tengah hanya tinggal lima negara yang belum memperbarui hukum keluarga, bahkan negara-negara inipun sedang dalam proses pembuatan draft, yakni Uni Emirat Arab, Saudi Arabia, Qatar, Bahrain, dan Oman.⁴ Usaha pembaruan hukum keluarga ini dimulai Turki pada Tahun 1917, yaitu dengan lahirnya *Ottoman Law of Family Right (Qanūn Qarar al-Ḥuqūq al-‘Ailah al-Uthmāniah)*. Musdah Mulia berpendapat bahwa upaya pembaharuan hukum keluarga di dunia Islam pada zaman modern bersamaan dengan munculnya pemikiran Islam modern yang dipopulerkan intelektual Muslim, seperti Muhammad ‘Abduh (1849-1905), Qasim Amin (1863-1908), Tahir al-Haddad (1899-1935), Fazlur Rahman (1919-1988), dan tokoh pembaru lainnya.⁵ Para tokoh Islam itu membawa corak pemikiran tersendiri dalam setiap ide dan gagasan yang dikemukakannya.

² Munir Fuady, *Teori-teori dalam Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Prenada Media, 2011), 93-94

³ Munir Fuady, *Teori-teori dalam Sosiologi Hukum*, 92-93

⁴ Dawoud El Alami dan Doreen Hinchliffe *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, (London: the Hague, Boston: Kluwer Law International, 1996), 4

⁵ Siti Musdah Mulia, “Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia”, dalam Komaruddin Hidayat dan Ahmad Gaus AF (Ed.), *Islam Negara dan Civil Society* (Jakarta: Paramadina, 2005), 304.

Pada zaman modern, khususnya abad ke-20, bentuk-bentuk literatur hukum Islam telah bertambah dua macam, yaitu undang-undang dan kompilasi, selain fatwa, keputusan pengadilan agama, dan kitab fikih yang sudah ada sebelumnya. Adapun Undang-Undang berlaku di negara-negara Muslim, khususnya undang-undang mengenai hukum keluarga, sedangkan Kompilasi Hukum Islam sebenarnya merupakan inovasi yang ada di Indonesia. Kompilasi adalah bukan kodifikasi, tetapi juga bukan kitab fikih.⁶ Pengundangan materi-materi hukum keluarga di negara-negara Muslim telah menimbulkan pandangan pro dan kontra, serta perdebatan antara ulama-ulama yang tetap ingin mempertahankan ketentuan-ketentuan hukum yang lama dengan kalangan pembaru. Perdebatan tersebut baik menyangkut metodologi maupun substansi hukumnya.⁷

Berkaitan dengan sikap negara-negara Muslim terhadap pembaruan hukum keluarga Islam, secara umum dapat dikategorikan menjadi tiga kelompok. *Pertama*, negara-negara yang sama sekali tidak melakukan pembaruan terhadap hukum keluarga. Di negara-negara ini, hukum keluarga Muslim yang diberlakukan bagi warganya adalah hukum keluarga yang tertulis dalam kitab-kitab fikih konvensional, seperti kitab fikih karangan Imam al-Shāfi'i (w. 204 H), *al-Umm* atau kitab-kitab yang dikarang oleh murid-muridnya (al-Shāfi'iyah), kitab karangan Imam Abū Ḥanīfah (w.

⁶ M. Atho Mudzhar, Studi Hukum Islam dengan Pendekatan Sosiologi, Pidato Pengukuhan Guru Besar Guru Besar Madya Ilmu Sosiologi Hukum Islam, 15 September 1999. Yogyakarta : IAIN Sunan Kalijaga, 113

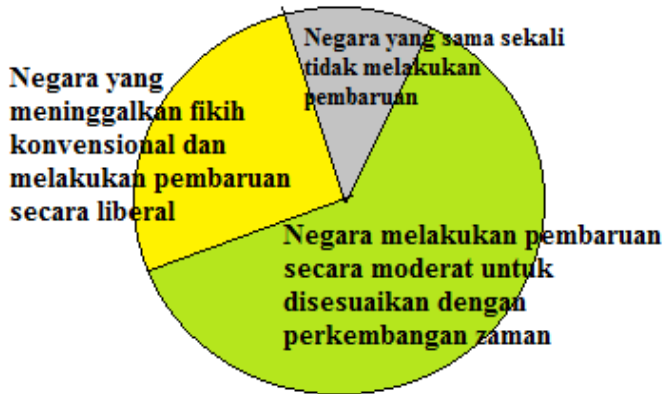
⁷ John Donohue dan John L. Esposito, Islam dan Pembaharuan Ensiklopedi Masalah-Masalah. Kata Pengantar M. Amin Rais. Terj. Machnun Husein dari judul asli *Islam in Transition: Muslim Perspective*. (Jakarta : Radjawali Press. 1995), 365-366. Perdebatan mengenai pentingnya aturan perundangan-undangan hukum Islam ini juga terjadi di Indonesia. Di samping ada ulama yang mendukungnya, juga ada ulama yang masih mengutamakan pemberlakuan fikih-fikih mazhab klasik. Lihat M. Atho. Mudzhar, Studi Hukum Islam dengan Pendekatan Sosiologi, Pidato Pengukuhan Guru Besar Guru Besar Madya Ilmu Sosiologi Hukum Islam, 15 September 1999. Yogyakarta : IAIN Sunan Kalijaga, 173.

150 H) atau muridnya, seperti *al-Mabsūṭ* oleh al-Sharakhsī (w. 483 H), kitab karangan Imam Mālik atau muridnya, seperti *al-Mudāwwanah* oleh Saḥnūn (w. 238 H). Saudi Arabia merupakan contoh dari negara Muslim yang termasuk kategori ini yaitu yang memberlakukan bagi warganya hukum yang tertulis dari kitab-kitab mazhab Ḥanābilah seperti karya Ibnu Qudāmah al-Maqdisī (w.629H), *al-Mughnī*, (Kairo: Dār Ḥijrin, 1409) dan Karya Ibnu Taimiyah (w. 728H/1328M), *Majmu' al-Fatawā*, 37 jilid, (Ttp: Dār al-Wafā, 1426/ 2005).

Kedua, negara-negara yang telah meninggalkan konsep fikih konvensional dan melakukan pembaruan secara liberal. Hukum keluarga muslim yang diberlakukan di Negara ini adalah hukum keluarga muslim yang baru sama sekali, meskipun tidak mesti isi dan bab dalam Hukum Perkawinannya semuanya baru. Masalah-masalah Hukum Perkawinan yang baru biasanya diambil dari hukum sipil Eropa. Turki adalah contoh negara yang termasuk kelompok ini, walaupun terdapat juga materi-materi hukum yang masih terus dimodifikasi dari konsep fikih konvensional. Kemudian *ketiga*, negara-negara yang mengadakan pembaruan secara moderat untuk disesuaikan dengan tuntutan dan perubahan zaman, sesuai dengan tuntutan dan konteks kontemporer. Dapat pula dikatakan, pembaruan dengan cara kompromi antara konsep konvensional dengan tuntutan dan perubahan zaman. Negara yang masuk pada kelompok ini adalah mayoritas Negara Muslim, misalnya Mesir, Tunisia, Pakistan dan Indonesia.⁸

Sikap negara-negara Islam terhadap pembaruan hukum keluarga Islam tersebut, apabila digambarkan sebagai berikut:

⁸ J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, (New York; New York University Press, 1959), 83.



Usaha pembaruan hukum keluarga Islam ini dimulai oleh Turki pada tahun 1917, yaitu dengan lahirnya *Ottoman Law of Family Right (Qānūn Qarar al-Ḥuqūq al-‘Āilah al-Uthmāniah)*. Kemudian karena kurang puas dengan UU tahun 1917 tersebut, pada tahun 1923 pemerintah membentuk panitia untuk membuat draft UU baru. Namun demikian, para ahli hukum yang diserahi tugas selama lima tahun tidak berhasil membuat draft UU dimaksud. Akhirnya pemerintah Turki memutuskan untuk mengadopsi *the Swiss Civil Code* tahun 1912 yang dijadikan UU Civil Turki tahun 1926 (*The Turkish Civil Code of 1926*), dengan sedikit perubahan sesuai dengan tuntutan kondisi Turki.⁹ Undang-undang hukum keluarga tahun 1917 di Turki ini berimplikasi pada pembaruan hukum keluarga di Negara-negara Muslim lain, khususnya Negara-negara yang berada di bawah kekuasaan pemerintah Turki Usmani. Lebanon, misalnya, pernah memberlakukan *The Ottoman Law of Family Rights* Tahun 1917, yang ditetapkan dengan *The Muslim*

⁹ Tahir Mahmood, *Family Law Reform in the Muslim World*, (New Delhi: n.p., 1972), 17

Family Law Ordinance No. 40 tahun 1919.¹⁰ UU ini kemudian diganti dengan ditetapkannya UU hak-hak keluarga tahun 1962 (*The Law of the Rights of the Family of July 1962*).¹¹ Sementara masyarakat Duruz yang ada di Lebanon mengkodifikasi hukum keluarga (*Personal Status Law*) melalui UU No. 24 Tahun 1948.¹²

Kemudian Mesir yang mayoritas penduduknya bermazhab Shafi'i dan sebagian kecil bermazhab Hanafi, setelah adanya pengaruh kekuasaan pemerintah Turki,¹³ mengadakan pembaruan hukum keluarga pada tahun 1920 dengan lahirnya dua UU Keluarga Mesir, yakni Law No. 25 tahun 1920 dan Law No. 20 tahun 1929. Kedua UU ini kemudian diperbarui tahun 1979 dengan lahirnya UU yang dikenal hukum Jihan Sadat No. 44 Tahun 1979. UU ini kemudian diperbarui lagi dalam bentuk personal Status (Amendment) Law No. 100 Tahun 1985.¹⁴

Yordania juga pernah memberlakukan *the Ottoman Law of Family Rights* 1917, sebelum lahirnya Undang-undang No. 92 tahun 1951.¹⁵ Namun menurut catatan El Alami, sebelum lahirnya Undang-undang No. 92 Tahun 1951, yang mulai berlaku 15 Agustus 1951,¹⁶ Yordania pernah memperlakukan *the Law of Family Right* (*Qānūn al-Ḥuqūq al-‘Āilah al-Urduniyah*) No. 26 Tahun 1947. Kemudian dengan lahirnya Undang-undang No. 92 Tahun 1951,

¹⁰ Kiran Gupta, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States*, *A Study in Comparative Law*, *Islamic and Comparative Law review*, vol. Xii, no. 2, (Summer, 1992), 117.

¹¹ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, (London: the Hague, Boston: Kluwer Law International, 1996), 147

¹² Mahmood, *Family Law Reform*, 35; El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 171

¹³ Mahmood, *Family Law Reform*, 48

¹⁴ Kiran Gupta, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States*, 129-130.

¹⁵ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 294

¹⁶ J.N.D. Anderson, "Modern Trend in Islam: Legal Reform and Modernization in the Middle East", *International and Comparative Law Quarterly*, 20 (Jan, 1971), 6

dengan demikian menghapus UU the Ottoman tahun 1917 dan UU No. 26 Tahun 1947. UU No. 92 Tahun 1951 ini mencakup 132 pasal yang dibagi dalam 16 bab.¹⁷ Konon Undang-undang ini sangat mirip dengan undang-undang Turki tahun 1917, baik dari sisi strukturnya maupun aturan rinciannya.¹⁸ Kemudian UU ini diperbarui dengan UU yang lebih lengkap, yaitu dengan lahirnya *Law of Personal Status (Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah)* No. 61 Tahun 1976.¹⁹

Sama dengan Libanon dan Yordania, Syria juga pernah memberlakukan *the Ottoman Law of Family Rights* 1917 dengan sedikit modifikasi, sebelum memiliki UU sendiri, yakni personal status (*Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah as-Suriya*) No. 59 Tahun 1953 yang penetapannya didasarkan pada Dekrit Presiden dan merupakan negara Muslim kedua setelah Yaman Selatan yang mendasarkan UU keluarganya pada Dekrit Presiden. *The Syrian Code of Personal Status* Tahun 1953 yang disahkan pada tanggal 17 September 1953 dan mulai berlaku sejak tanggal 1 Nopember 1953 ini²⁰ kemudian diperbarui tahun 1975 dengan lahirnya UU No. 34 Tahun 1975. Salah satu pembaruan UU tahun 1975 ini adalah hak pengadilan melarang poligami kalau dilakukan tanpa alasan yang jelas dan atau tidak mampu secara ekonomi untuk menghidupi keluarga.²¹

Sementara itu, Negara-negara Muslim lain juga melakukan pembaruan hukum keluarganya. Di Tunisia yang mayoritas penduduknya pengikut mazhab Maliki, misalnya, UU Keluarga

¹⁷ Bab-bab yang dimaksud adalah (I) peminangan; (II) syarat-syarat mempelai, (III); Akad Nikah; (IV) Kafa'ah, (V) pembatalan perkawinan, (VI) Hakam, (VII) Mahar, (VIII) Nafkah keluarga, (XIII & XIV) Pemeliharaan Anak, (XV) orang hilang (amfqud) (XVI) Aturan Umum.

¹⁸ J.N.D., Anderson, "Recent Development in Sharia Law VIII: The Yordanian Law of Family Rights 1951", *The Muslim World*, 42 (1952), 190

¹⁹ Mahmood, *Family Law Reform*, 74

²⁰ J.N.D. Anderson, "The Syrian Law of Personal Status" *Bulletin in the School Of Oriental and African Studies*, No. 17 (1955), 34.

²¹ Mahmood, *Family Law Reform*, 85

pertama yang berlaku adalah *Code of Personal Status (Majallāt al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah)* No. 66 tahun 1957. UU yang oleh Menteri Kehakiman ditegaskan pada sambutannya sebagai UU yang berlaku untuk pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama ini,²² kemudian diperbarui beberapa kali dengan Law No. 70 tahun 1958, No. 77 tahun 1959, No. 61 tahun 1961, No. 1 dan No. 17 tahun 1964, No. 49 tahun 1966, dan No. 7 tahun 1980.²³ UU tahun 1956 tersebut disusun berdasarkan pada perpaduan antara mazhab Hanafi dan Maliki, yang disesuaikan dengan tuntutan modern.²⁴ Meskipun UU Tunisia telah diumumkan keberadaannya oleh Menteri Kehakiman pada tanggal 3 Agustus 1956, melalui sebuah siaran yang dilanjutkan dengan sambutan Perdana menteri sekaligus Presiden Habib Bu Ruqayba, UU ini ditetapkan tanggal 13 Agustus 1956 dan mulai berlaku tanggal 1 Januari 1957.²⁵

Kemudian setelah memproklamirkan kemerdekaan pada tanggal 19 Agustus 1957, Maroko yang mayoritas penduduknya adalah pengikut mazhab Maliki, juga melakukan kodifikasi selama tahun 1957-1958 yang menghasilkan *Mudāwwanah al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah*.²⁶ Sejarah lahirnya UU Maroko berawal pada tanggal 6 Desember 1957 (13 Jumadil Awal 1377), yaitu dengan terbitnya dekrit Raja tanggal 22 Nopember 1957 (28 Rabiul Thani 1377) yang mengumumkan lahirnya UU perkawinan dan kewarisan (*Code of Personal Status and Inheritance*).²⁷ UU ini kemudian mulai berlaku di seluruh wilayah kerajaan sejak 1 Januari 1958. UU ini adalah hasil kerja dari komite yang dibentuk tanggal 19 Agustus 1957 (22

²² J.N.D Anderson, "The Tunisian Law of Personal Status", *International and Comparative Law Quarterly* 7 (April, 1958), 262

²³ Kiran Gupta, *Polygamy-law Reform in Modern Muslim States*, 122

²⁴ Anderson, The Tunisian Law of Personal Status, 262

²⁵ Mahmood, *Family Law Reform*, 116

²⁶ J.N.D. Anderson, "Reforms in Family Law in Morocco", *Journal of African Law*, No. 2 (1958), 146

²⁷ Anderson, "Reforms in Family Law in Morocco", 146

Muharram 1377),²⁸ yang isinya terdiri dari 8 bab.²⁹ Setelah itu, Aljazair, yang mayoritas pengikut mazhab Maliki dan sebagian pengikut Shi'ah 'Ibadi, memiliki UU keluarga pertama, yaitu *Marriage Ordinance* No. 274 Tahun 1959, yang banyak mengatur masalah perceraian. Setelah diperbarui tahun 1976, direncanakan untuk melahirkan UU yang lengkap. Akhirnya setelah memakan waktu lama, tersusun *the Algerian Family Code* No. 11 tahun 1984, yang ditetapkan pada 9 Juni 1984.³⁰

Sementara itu, Negara-negara Muslim Afrika lainnya juga melakukan pembaruan hukum keluarga. Hukum keluarga di Libya, yang mayoritas pengikut mazhab Maliki, diatur dalam UU No. 176 tahun 1972, yang mengatur tentang hak-hak wanita dalam perkawinan, perceraian, khulu' dan nafkah. Kemudian keluar UU No. 87 Tahun 1973, yang mengatur tentang struktur pengadilan Sipil. Kemudian akhirnya lahir UU No. 10 Tahun 1984 yang berisi masalah hukum perkawinan yang lebih lengkap.³¹ Sudan yang mayoritas penduduknya pengikut mazhab Maliki dan Shafi'i pada awal pembentukan aturan hukum keluarganya adalah bukan melalui UU hukum keluarga yang terkodifikasi. Peraturan tentang perkawinan dan perceraian diatur dalam bentuk ketetapan-ketetapan hakim (*Manṣūrāt al-Qāḍi al-Quḍā'*) yang terpisah-pisah,³² yaitu (1) aturan tentang nafkah dan perceraian dalam *Manṣūr* 17 tahun 1916, (2) aturan tentang nafkah dan perceraian dalam *Manṣūr* 28 tahun 1927; (3) aturan tentang pemeliharaan Anak dalam *Manṣūr* 34 tahun 1932; (4) aturan tentang *ṭalāq*, *ṣiqāq* dan wasiyat dalam *Manṣūr* 41 tahun 1935; (5) aturan tentang wali nikah dalam *Manṣūr* 54 tahun

²⁸ Yaitu (I) perkawinan dan pinangan (II) dasar-dasar dan syarat akad nikah, (III) wali nikah (IV) mahar (V) pembatalan perkawinan (VI) jenis perkawinan dan akibat-akibatnya (VII dan VIII) tentang perceraian.

²⁹ Mahmood, *Family Law Reform*, 137-138

³⁰ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 39

³¹ Mahmood, *Family Law Reform*, 64

³² Mahmood, *Personal Law*, 130-131

1960.³³ Sementara UU Hukum Keluarga yang pertama diberlakukan di Somalia, satu negara yang memproklamkan kemerdekaannya pada bulan Juli 1960 dan pengikut mazhab Shāfi'ī, adalah UU yang terdiri dari 173 pasal, dan mulai berlaku pada tanggal 11 Januari 1975. Pemikir utama dalam mewujudkan UU ini adalah Abdi Salem Shaikh Hussain, Sekretaris Negara di bidang Kehakiman dan Agama.³⁴

Sama halnya dengan Negara-negara Muslim di Afrika, Negara-negara Muslim lainnya juga melakukan pembaruan hukum keluarga. Yaman Selatan, dengan raja Yaum Shihr dan Mukatta, mengkodifikasi hukum keluarga Islam di bawah Dekrit Raja tahun 1942. Kemudian diperbarui dengan *Family Law (Qānūn al-Ushrah)* No. 1 Tahun 1974. Sementara Yaman Utara, yang Mayoritas penduduknya pengikut Shī'ah Zaidiyah, menetapkan UU keluarganya dengan *Family Law (Qānūn al-Ushrah)* No. 3 Tahun 1978.³⁵ Sementara itu, Kuwait adalah negara yang relatif terakhir memiliki UU keluarga, yakni dengan lahirnya UU no. 51 tahun 1984.³⁶

Di Iran, UU hukum keluarganya adalah *Marriage Law Qanun (Qānūn Izdiwāj)* yang ditetapkan tahun 1931, yang berisi masalah perkawinan dan perceraian. Sebelumnya masalah perkawinan diatur dalam UU sipil Iran (*Iranian Civil Code*), yang diberlakukan tahun 1930.³⁷ Kemudian untuk menggantikan Marriage Law tahun 1931, lahir *Family Protection Act* tahun 1967 (*Qānūn al-Ḥimāyat al-Khaniwād*). UU ini kemudian diganti lagi dengan *Protection of Family (Ḥimāyat al-Khaniwād)* tahun 1975, namun setelah revolusi

³³ Mahmood, *Personal Law*, 167-168

³⁴ Mahmood, *Personal Law*, 254

³⁵ Kiran Gupta, "polygamy-Law Reform in Modern Muslim States, 127.

³⁶ Mahmood *Personal Law*, 254

³⁷ Mahmood, *Family Law Reform*, 154

Iran tahun 1979, UU ini dihapuskan.³⁸ Sementara itu, Irak yang penduduknya didominasi pengikut mazhab Ḥanafī, memiliki *Personal Status (Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah al-Irāqiyah)* No. 188 Tahun 1959, yang diperbarui dengan UU No. 11 tahun 1963, No. 21 tahun 1978, No. 72 Tahun 1979, No. 57 tahun 1980, No. 156 tahun 1980, No. 189 tahun 1980, No. 125 tahun 1981, UU No. 147 tahun 1982, No. 1000 tahun 1983, dan No. 11 tahun 1984. Salah satu poin menarik dari pembruan tahun 1980 adalah diperbolehkannya poligami dengan janda tanpa lebih dahulu mendapatkan izin dari pengadilan. Penetapan ini didasarkan pada tujuan poligami yang dimaksud al-Qur'an, yakni untuk memelihara dan menjamin anak yatim dan janda.³⁹

Pemberlakuan hukum keluarga Islam di anak benua India dimulai sejak tahun 1937, yaitu dengan diberlakukannya *the Muslim Personal Law (Sharī'at) Application Act* di India, yang mengatur masalah-masalah perkawinan dan perceraian.⁴⁰ Sementara itu, dalam sejarahnya, UU keluarga di Bangladesh pada prinsipnya sama dengan Pakistan. Sebab sampai sekarang UU keluarga yang berlaku di Bangladesh adalah masih produk Pakistan, yaitu *The Muslim Family laws Ordinance* tahun 1961. Undang-undang terpenting mengenai keluarga di Pakistan adalah *Child Marriage Restraint Act 1929*, *Dissolution of Muslim Marriages Act 1939* dan *Muslim Family Laws Ordinance 1961*. Ketika masih menjadi bagian Pakistan (Propinsi Pakistan Timur), sebelum menjadi negara merdeka (Republik) yang mulai tahun 1971, Bangladesh yang mayoritas penduduknya adalah pengikut Ḥanafī, sama dengan Pakistan, pernah memberlakukan (1) *Bengal Muhammadan*

³⁸ Ziba Mir-Hosseini, "Strategis of Selection: Differing Nations of Marriage in Iran and Morocco, dalam Camillia Fawzi El-Solh and Judi Mabro (eds), *Muslim Womens Chioeces: Religious Belief and Social Reality*, (Oxford: Berg Publisher, 1994), 57

³⁹ El Alami and Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 39

⁴⁰ Mahmood, *Personal Law*, 188-190

Marriage and Divorces Registration Act 1876 (yang mengatur tentang pencatatan perkawinan dan perceraian); (2) *Divorce Act* 1869; (3) *Child Marriage Restraint Act* 1929; *Muslim Personal law (Shari'a) Applicant Act* 1937, dan *Dissolution of Muslim Marriage Act* 1939.⁴¹ Pada tahun 1980 Bangladesh memang memperlakukan *Child marriage Restraint (Amandement) Ordinance* dan *the Dowry Prohibition (Amandement) Ordinance*. Karena itu, sampai sekarang Bangladesh masih memberlakukan *the Muslim Family laws tahun 1961*, sama dengan Pakistan.⁴²

Pembaruan dalam bidang hukum keluarga di dunia Muslim, sebagaimana diuraikan di atas, ditandai tidak saja oleh penggantian hukum keluarga Islam (fikih) dengan hukum-hukum Barat, tetapi juga oleh perubahan-perubahan dalam hukum Islam itu sendiri yang didasarkan atas reinterpretasi (penafsiran kembali) terhadap hukum Islam sesuai dengan perkembangan penalaran dan pengamalannya. Dengan cara inilah hukum keluarga di dunia Muslim mengalami perubahan, terutama dalam hal meningkatkan status atau kedudukan kaum wanita dan memperkuat hak-hak anggota keluarga lainnya.⁴³ Sementara tujuan dari adanya pembaruan Hukum Keluarga Islam di dunia Muslim tersebut secara umum adalah untuk 1) Unifikasi hukum perkawinan, 2) Peningkatan status wanita, dan 3) Respon untuk menyesuaikan dengan perkembangan dan tuntutan zaman.

Adapun tujuan pertama, yaitu unifikasi hukum, dapat dikelompokkan menjadi lima macam, yaitu *pertama*, unifikasi hukum yang berlaku untuk seluruh warga Negara tanpa memandang agama, misalnya kasus yang berlaku di Tunisia.⁴⁴ *Kedua*, unifikasi yang bertujuan untuk menyatakan adanya dua aliran pokok dalam

⁴¹ Mahmood, *Personal Law*, 191

⁴² Kiran Gupta, *Polygamy-Law Reform in Modern Muslim States*, 129

⁴³ John J. Donohue dan John L. Esposito, *Islam dan Pembaharuan* Ensiklopedi Masalah-Masalah, 364-365.

⁴⁴ J.N.D. Aderson, "The Tunisian Law Of Personal Status", 226.

sejarah Muslim, yakni antara paham Sunni dan Shi'i, sebagaimana terjadi di Iran dan Irak, karena di dua negara tersebut terdapat penduduk yang mengikuti dua aliran besar tersebut. *Ketiga*, kelompok yang berusaha memadukan antar mazhab dalam sunni, karena di dalamnya ada pengikut mazhab-mazhab yang berbeda. *Kempat*, unifikasi dalam satu mazhab tertentu, misalnya di kalangan pengikut Shāfi'i, atau Ḥanafī atau Mālīki. Dengan menyebut unifikasi dari antar mazhab bukan berarti format pembaruan yang ditemukan dengan sendirinya beranjak dari dan bersandar pada mazhab yang ada di Negara yang bersangkutan. Bisa saja formatnya diambil dari pandangan mazhab yang tidak dapat ditemukan sama sekali di negara yang bersangkutan. Sekedar contoh, Indonesia yang penduduk muslimnya mayoritas bermazhab Shāfi'i bukan berarti format hukum keluarga sepenuhnya sesuai dengan pandangan-pandangan Imam al-Shāfi'i dan ulama Shāfi'i, tetapi boleh jadi pada bagian-bagian tertentu mengambil dari pandangan mazhab Mālīki dan seterusnya. *Kelima*, unifikasi dengan berpegang pada pendapat imam di luar Imam mazhab terkenal, seperti pendapat Ibn Shubrumah (w. 144 H), Ibn Qayyīm al-Jauziyah (w. 751 H) dan lain-lain.

Kemudian berkaitan dengan tujuan kedua dan ketiga, beberapa negara melakukan pembaruan Hukum Keluarga Islam Kontemporer dengan tujuan untuk mengangkat status wanita Muslimah. Tujuan pengangkatan status wanita ini sering pula dengan merespon tuntutan dan perkembangan zaman, sehingga tujuan pengangkatan status wanita seiring pula dengan tujuan unifikasi hukum dan merespon tuntutan dan perkembangan zaman. Berdasarkan latar belakang lahirnya tuntutan pembaruan Hukum Keluarga Islam Kontemporer, dapat disimpulkan bahwa ketiga tujuan pembaharuan tersebut di atas sejalan dan seiring dengan mayoritas negara Muslim.

Menurut para pakar hukum Islam, pembaruan hukum Islam, termasuk hukum perkawinan Islam, yang terjadi di dunia Muslim ini disebabkan beberapa faktor, antara lain 1) Untuk mengisi kekosongan hukum karena norma-norma yang terdapat dalam kitab-kitab fikih klasik tidak mengaturnya, sedangkan kebutuhan masyarakat terhadap hukum baru sangat mendesak untuk diterapkan, 2) Pengaruh globalisasi ekonomi dan IPTEK sehingga perlu ada aturan hukum yang mengaturnya, terutama masalah-masalah yang belum ada aturannya, 3) Pengaruh reformasi dalam berbagai bidang yang memberikan peluang kepada hukum Islam untuk menjadi bahan dalam membuat hukum nasional, dan 4) Pengaruh pembaruan pemikiran hukum Islam yang dilaksanakan oleh para mujtahid baik tingkat internasional, maupun tingkat nasional, terutama hal-hal yang menyangkut perkembangan sains dan teknologi.⁴⁵

B. Pembaruan Materi Hukum Perkawinan dalam Aturan Perundang-undangan di Negara-negara Islam

Pembaruan hukum Islam yang ada umumnya memiliki beberapa sifat, yaitu (1) dalam bentuk kodifikasi, yaitu pengelompokan hukum yang sejenis ke dalam kitab undang-undang sebagai perundang-undangan negara, (2) tidak terikatnya umat Islam hanya pada satu mazhab hukum tertentu, yang disebut dengan *takhayyur* (seleksi) pendapat yang paling sesuai dengan kondisi masyarakat, (3) penerapan (*taṭbīqī*) hukum terhadap peristiwa baru, dan (4) perubahan hukum dari yang lama kepada yang baru yang merupakan tajdid-reinterpretasi.⁴⁶

⁴⁵ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2006), 154

⁴⁶ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1994), 149-185

Sementara itu, Anderson mencatat empat metode umum yang digunakan sarjana dalam melakukan pembaruan hukum keluarga Islam kontemporer adalah (1) lewat aturan dan kebijakan yang bersifat prosedural-administratif sesuai dengan tuntutan zaman modern, yang dalam istilah lain disebut *al-Siyāsah al-Shar'iyah* tetapi substansinya tidak berubah; (2) *takhayyur* (memilih salah satu dari sekian pandangan mazhab fikih yang ada, bukan saja dari mazhab-mazhab populer tetapi juga dari mazhab-mazhab kecil lain, di samping juga adanya *talfiq*, yaitu menggabungkan pandangan sejumlah mazhab dalam satu masalah tertentu), (3) *ijtihad* dengan jalan mereinterpretasi teks Syari'ah, dan (4) menggunakan alternatif lain, misalnya dengan memberikan sanksi secara administratif bagi yang melanggar, tetapi tidak berdasarkan alasan Syari'ah.⁴⁷

Coulson, dengan membandingkan teori yang digunakan komite Pakistan dengan Negara-negara di Timur Tengah, menyimpulkan bahwa ada satu perbedaan menonjol antara kedua kelompok tersebut, yaitu apabila di Negara-negara Timur Tengah pembaruannya menekankan pada unsur prosedural dan administrasi, yang berarti banyak menggunakan *al-Siyāsah al-Shar'iyah*, sementara Pakistan berusaha mendasarkan pembaruan pada interpretasi teks syari'ah. Misalnya dalam membatasi kasus perkawinan anak di bawah umur, Mesir melakukan pembaruan dengan cara mewajibkan pencatatan perkawinan. Jadi, aturan administrasi ini digunakan untuk mencapai tujuan umum hukum. Sementara Pakistan mendasarkan keharusan pencatatan perkawinan paada Qur'an yang mengharuskan pencatatan dalam melakukan transaksi.⁴⁸

Sementara itu, David Pearl menyimpulkan, negara-negara muslim menggunakan 4 metode dalam melakukan pembaruan

⁴⁷ J.N.D Anderson,. *Law Reform in the Muslim World*, (London : University of London Press, 1976). 92

⁴⁸ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, 187

Hukum Keluarga, yaitu: (1) *takhayyur*; (2) *talfiq*; (3) *siyāṣah shar'iyah*; dan (4) murni memenuhi kebutuhan sosial dan ekonomi tanpa mendasarkan sama sekali terhadap alasan mazhab, yang oleh pemikir lain disebut reinterpretasi terhadap *naṣṣ* sesuai dengan tuntutan zaman. Adapun Penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia dapat disimpulkan, bahwa metode yang digunakan adalah: (1) metode *taḥṣīṣ al-qaḍā'* atau *siyāṣah shar'iyah*; (2) reinterpretasi *naṣṣ*, termasuk dengan jalan *qiyās*; (3) *takhayyur* dan *talfiq*.⁴⁹

Perubahan hukum yang dilakukan di Negara-negara Muslim mengambil berbagai bentuk sebagai berikut:

1. *Taḥṣīṣ al-Qaḍā'*, yaitu menerapkan hukum Islam melalui pengadilan dengan cara membatasi penerapan syariah pada aspek hukum perdata Islam yang menjadi kompetensi peradilan.
2. *Takhayyur*, yaitu memilih berbagai pendapat di dalam mazhab-mazhab fikih tertentu dan tidak memilih pendapat dominan di dalam mazhab arus utama. Nama lain dari *takhayyur* adalah *talfiq*, yaitu menggabungkan bagian dari doktrin suatu mazhab dengan bagian dari doktrin mazhab lain.
3. Reinterpretasi, yaitu menafsirkan ulang prinsip syariah terhadap suatu isu. Sebagai contoh, *The Tunisian Code of Personal Status* 1965 yang menyatakan bahwa perceraian harus di depan pengadilan, dan pengadilan diizinkan untuk mewajibkan suami membayar sejumlah uang sebagai kompensasi jika menurut pengadilan suami mencari-cari alasan untuk berera.

⁴⁹ David Pearl and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition, (London: Sweet and Maxwell, 1998), 21.

4. *Siyāsah Shar’iyyah*, yaitu menerapkan kebijakan dan aturan-aturan administratif yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan syariah.
5. Keputusan pengadilan, di India dan bekas koloni Inggris lainnya misalnya, reformasi hukum Islam dapat dilakukan melalui keputusan pengadilan. Menurut metode ini pengadilan dapat menggunakan penalaran hakim jika tidak ada hukum yang jelas di dalam *naṣṣ* al-Qur’an dan as-Sunnah. Hal ini juga dikenal di wilayah Maroko di bawah pengaruh mazhab Maliki bahwa otoritas ‘amal atau praktek pengadilan dikenal luas oleh para hakim.⁵⁰

Sifat dan metode reformasi yang digunakan negara-negara muslim dalam melakukan pembaruan hukum keluarga Islam di atas secara umum dapat dikelompokkan menjadi:

1. *Intra-doctrinal reform*, yaitu pembaruan yang tetap merujuk pada konsep fikih konvensional, dengan cara 1) *Takhyīr* (memilih pandangan salah satu ulama fikih, termasuk ulama di luar mazhab), atau dapat pula disebut dengan *tarjīh*, dan 2) *Talfīq* (mengkombinasikan sejumlah pendapat ulama).
2. *Extra-doctrinal reform*, yaitu pembaruan yang tidak lagi merujuk pada konsep fikih konvensional, tetapi dengan melakukan reinterpretasi terhadap *naṣṣ*. Adapun cara dan dasar yang digunakan adalah dengan menggunakan *maṣlaḥah mursalah*, *sadd al-dharī’ah*, regulatori, dan administrasi.⁵¹

Secara umum dapat disimpulkan bahwa metode yang digunakan, baik oleh para sarjana klasik dan pertengahan maupun

⁵⁰ Tahir Mahmoud, *Family Law in The Muslim World*, 64

⁵¹ Khoiruddin Nasution, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia*, (Yogyakarta: Tazzafa, ACAdemia, 2010), 44

sarjana modern, termasuk dalam bentuk aturan perundang-undangan, secara umum masih menggunakan metode parsial-deduktif, yaitu mengambil ketetapan hukum dari *naşş* hanya dengan mencatat satu atau beberapa ayat Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad SAW kemudian diambil kesimpulan, tanpa lebih dahulu mengkaitkan dengan ayat-ayat atau sunnah lain, dan meletakkannya sebagai satu kesatuan yang menyatu. Meskipun demikian, perlu ditambahkan bahwa ditemukan juga beberapa kasus yang menggunakan metode tematik dan holistik dalam bentuk sederhana dan tidak konsisten. Perbedaan praktek yang ditemukan antara para ilmuwan klasik dan pertengahan (tradisionalis) disatu sisi, dengan para pembaru kontemporer yang dipraktekan ketika memformulasikan Perundang-undangan di sisi lain, adalah kelompok pertama langsung merujuk langsung pada Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad SAW, sementara kelompok kedua dengan perantaraan kitab-kitab fiqih yang ada, meskipun akhirnya kembali pada kedua sumber Qur'an sunnah Nabi Muhammad SAW.

Dengan menggunakan metode-metode tersebut dihasilkan beberapa pembaruan materi hukum yang tertuang dalam aturan perundang-undangan hukum keluarga di Negara-negara Islam. Berikut dikemukakan beberapa pembaruan materi hukum perkawinan tersebut, dengan mengacu pada beberapa aturan perundangan yang ada di beberapa Negara Islam, termasuk Turki, Mesir dan Maroko, tiga negara tempat studi banding panitia pembentukan KHI. Sebagaimana dikemukakan dalam Bab Pendahuluan (Bab I) bahwa proses penyusunan KHI di samping merujuk kitab-kitab fikih mazhab klasik juga merupakan hasil studi banding ke tiga Negara tersebut.

1. Pencatatan Perkawinan

Secara umum di negara-negara Islam, berbeda dengan fikih klasik, ditetapkan keharusan adanya pencatatan dalam pernikahan.

Aturan pertama yang memuat pencatatan perkawinan tertuang dalam Undang-Undang Mesir tentang Organisasi dan Prosedur Berperkarā di Pengadilan tahun 1897 (*Egyptian Code of Organization and Procedure for Syari'ah Court of 1897*). Dalam peraturan ini disebutkan bahwa pemberitahuan suatu perkawinan atau perceraian harus dibuktikan dengan catatan (akta). Hal inilah yang kemudian diperluas dengan peraturan perundang-undangan tahun 1909-1910, dan diubah tahun 1913 dimana pada pasal 102 disebutkan bahwa perdebatan sekitar perkawinan dan perceraian yang diadakan salah satu pasangan atau orang ketiga tidak akan ditanggapi kecuali ada bukti yang meyakinkan kebenarannya. Hanya saja menurut UU tahun 1897, pembuktian ini boleh atau cukup dengan oral atau lisan yang diketahui secara umum oleh pihak yang berperkarā. Sementara menurut peraturan tahun 1911, pembuktian harus dengan catatan resmi pemerintah (*official document*) atau tulisan tangan dan tanda tangan dari seorang yang sudah meninggal. Dalam peraturan tahun 1931 lebih dipertegas lagi dengan kata-kata harus ada bukti resmi (akta) dari pemerintah (*official certificate*).⁵²

Sementara itu, di Iran, dalam undang-undang hukum perkawinan tahun 1931 pasal 1 dinyatakan bahwa setiap perkawinan sebelum dilaksanakan harus dicatatkan pada lembaga yang berwenang, pelanggaran terhadap ketentuan ini akan dihukum penjara selama satu hingga 6 Bulan. Aturan tentang permasalahan ini hanya bersifat administratif saja karena pelanggarnya hanya dikenakan hukuman fisik saja sedangkan perkawinannya tetap sah. Peraturan ini tidak dijumpai dalam pemikiran hukum klasik baik dalam Shi'ī maupun Sunnī.⁵³ Begitu pula dalam *Muslim Family Laws Ordinance* Tahun 1961 Pakistan diharuskan adanya

⁵² J. N.D. Anderson, "Recent Development in Shari'a Law III: The Contract of Marriage", dalam *The Muslim World*, 41 (1951), 113-114.

⁵³ Muḥammad Jawād Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, Alih Bahasa Masykur, cet IV (Jakarta: Lentera, 1999), 316-318.

pendaftaran atau pencatatan perkawinan. Penetapan ini didasarkan atas pendapat mazhab Hanafi yang melandaskan pendapatnya kepada ayat Al-Quran tentang pentingnya mencatat transaksi-transaksi penting. Ulama tradisional Pakistan juga setuju dengan keharusan pencatatan perkawinan, dengan syarat tidak dijadikan syarat sah perkawinan. Apabila perkawinan dilakukan di luar Pakistan, satu salinan surat nikah harus dikirimkan kepada Pegawai Pencatat Perkawinan untuk dicatatkan. Bagi yang melanggar aturan dapat dihukum dengan hukuman penjara selama 3 bulan dan/atau denda 1000 Rupee.⁵⁴ Pasal 5 Ordonansi Pakistan itu menyatakan bahwa apabila suatu perkawinan tidak dilakukan oleh Pejabat Pencatat Nikah maka orang yang memimpin pelaksanaan ijab qabul itu harus melaporkannya kepada Pejabat Pencatat Nikah dan kelalaian mengenai hal ini merupakan pelanggaran.⁵⁵ Dalam pasal ini pula ditegaskan bahwa yang berwenang mengangkat pejabat-pejabat pencatat nikah dan mengizinkan mereka untuk melakukan pencatatan akad nikah adalah Majelis Keluarga (*Union Council*) dan majelis ini memberi izin untuk melakukan pekerjaan tersebut hanya kepada satu orang pada setiap daerah tertentu.⁵⁶ Sementara di Yordania, melalui undang-undang 1976 pasal 17 dijelaskan bahwa mempelai pria berkewajiban untuk mendatangkan *qāḍī* atau wakilnya dalam upacara perkawinan. Petugas yang berwenang sebagaimana yang ditunjuk oleh qadli mencatat perkawinan tersebut dan mengeluarkan sertifikat perkawinan. Apabila perkawinan

⁵⁴ Dengan demikian, pencatatan sebagai syarat administrasi di Pakistan merupakan kompromi antara kelompok tradisional dan modernis yang menghendaki pencatatan. Ketentuan hukuman ini sama sekali tidaklah bertentangan dengan dengan asas-asas pemikiran hukum pidana Islam, yang justru memberi hak kepada penguasa untuk memberikan hukuman ta'zir bila diperlukan guna mempertahankan kepentingan-kepentingan yang dihendaki oleh syara'. Mahmood, *Family Law Reform*, 259

⁵⁵ Rubya Mehdi, *The Islamization of The Law in Pakistan*, (Surrey: Curzon Press, 1994), 159.

⁵⁶ Rubya Mehdi, *The Islamization of The Law in Pakistan*, 160

dilangsungkan tanpa pencatatan, maka orang yang mengadakan upacara perkawinan, kedua mempelai, dan saksi-saksi dapat dikenakan hukuman berdasarkan Jordanian Penal Code dan denda lebih dari 100 dinar.⁵⁷

2. Pembatasan Usia Nikah

Dalam aturan perundang-undangan di negara-negara Islam secara umum terdapat pembatasan usia untuk melangsungkan perkawinan, hanya saja berbeda-beda tentang batasan umur yang diberikan. Dalam Undang-undang Turki, sejak awal ada pembatasan umur. Umur minimal seseorang yang hendak menikah adalah 18 tahun bagi laki-laki dan 17 tahun bagi perempuan. Namun dalam undang-undang tahun 1972, dalam kasus-kasus tertentu, pengadilan masih boleh mengizinkan pernikahan pada usia 15 tahun bagi laki-laki dan 14 tahun bagi perempuan atas izin orang tua atau wali.⁵⁸ Sementara dalam UU No. 56 tahun 1923 Pasal 1 Mesir dinyatakan bahwa usia minimal perkawinan adalah 16 tahun untuk wanita dan 18 tahun bagi pria pada saat menikah. Ada dua hal untuk mengetahui umur seseorang agar sesuai dengan ketentuan UU, yaitu Akte Kelahiran atau berupa surat resmi yang dapat menaksir tanggal kelahiran seseorang, dan sertifikat kesehatan yang memperlihatkan taksiran tanggal atau data kelahiran yang diputuskan oleh Menteri Kesehatan atau Pusat Kesehatan setempat. Jika keduanya atau salah satu pihak calon suami atau istri tidak memenuhi ketentuan umur perkawinan dalam UU tersebut, maka dilarang untuk melakukan pendaftaran perkawinan.⁵⁹ Sementara itu, dalam *Mudāwwanah al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah* (Undang-undang Hukum Keluarga) yang

⁵⁷ El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 82

⁵⁸ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern: Studi Perbandingan dan Keberlanjutan UU Modern dari Kitab-Kitab Fikih* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 43

⁵⁹ J.N.D. Anderson, *Law Reform in the Muslim World*, 103

berlaku tahun 1958 di Maroko, ditetapkan bahwa batas minimal usia nikah laki-laki adalah 18 tahun dan perempuan 15 tahun. Namun demikian, batas umur kedewasaan adalah 21 tahun, sehingga tetap disyaratkan adanya izin wali bagi mempelai yang masih berumur di bawah 21 tahun.⁶⁰

Di Yordania, syarat usia perkawinan adalah 16 tahun bagi laki-laki dan 15 tahun bagi perempuan. Apabila perempuan telah mencapai usia 15 tahun dan mempunyai keinginan untuk menikah sementara walinya tidak mengizinkan tanpa alasan yang sah, maka perempuan tersebut pada dasarnya tidak melanggar prinsip-prinsip kafaah dan pengadilan dapat memberikan izin pernikahan. Demikian juga apabila laki-laki telah mencapai umur 18 tahun dan walinya keberatan memberikan izin tanpa alasan kuat, maka pengadilan dapat memberi izin pernikahan.⁶¹ Terlepas dari usaha penghargaan terhadap kualifikasi perempuan di depan hukum, dengan berpedoman pada mazhab Ḥanafī, Yordania selangkah lebih maju dalam menempatkan perempuan untuk melakukan pernikahan. Bagi seorang perempuan yang telah berusia 18 tahun atau lebih (tingkat kedewasaan perempuan), ia dapat menikahkannya sendiri dengan seorang laki-laki yang ia pilih. Adanya kewenangan orang tua/wali dalam pernikahan bagi perempuan yang berusia kurang dari 18 tahun, menunjukkan adanya tanggung jawab orang tua bagi anaknya yang belum dewasa.⁶²

⁶⁰ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern: Studi Perbandingan dan Keberanjakan UU Modern dari Kitab-Kitab Fikih*, 109.

⁶¹ The Code personal Status 1977, (Law 61 of 1976 as amended by Law 25 1977).

⁶² Hukum keluarga dalam mazhab Ḥanafī tidak memasukan wali sebagai rukun pernikahan, karena *ijab* dapat dilakukan mempelai istri atau wakilnya, atau oleh wali, lihat Abdul Wahhāb Khallāf, *Aḥkām al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah ‘alā Wafqī Madhhābi Abī Hanīfah wama al-‘Amālī al Muḥakam*, (Kuwait: Dār al-Qalḍm, 1990), 22. Jumhur ulama berpendapat bahwa wali menjadi syarat dalam pernikahan, seorang perempuan tidak dapat menikahkannya kecuali madhhab

Hukum Perdata Iran menyatakan bahwa batas usia untuk menikah adalah 18 tahun untuk pria dan 15 tahun untuk wanita. Bagi seseorang yang mengawinkan di bawah usia tersebut maka akan dipenjara antara 6 bulan hingga 2 tahun. Jika seorang anak perempuan dikawinkan di bawah umur 13 tahun maka yang mengawinkan dikenakan penjara 2 hingga 3 tahun, selain juga masih harus membayar denda 2-20 Riyal. Hal ini telah diatur dalam hukum keluarga Iran tahun 1931-1937 pasal 3. Hal ini dianggap sebagai pembaharuan karena berbeda dengan pendapat mazhab yang diyakini oleh mayoritas masyarakat Iran, yaitu mazhab Ja'fari yang memberikan batasan usia 15 untuk pria dan 9 tahun untuk wanita.⁶³ Sementara itu, hukum keluarga Pakistan menyatakan bahwa perkawinan dapat dilakukan jika laki-laki sudah berumur 18 tahun dan wanita berumur 16 tahun. Hal tersebut tercantum dalam Ordonansi No. 8 Tahun 1961 pasal 4, pasal 5 dan pasal 6 ayat 1. Apabila terjadi pernikahan antara pria yang berusia di atas 18 tahun terhadap perempuan di bawah usia nikah, maka dapat dihukum penjara maksimal 1 bulan atau denda maksimal 1000 rupee ataupun keduanya sekaligus. Sanksi yang sama juga akan dijatuhkan kepada pihak yang menyelenggarakan, memerintahkan atau memimpin pernikahan mempelai di bawah umur.⁶⁴

3. Poligami

Komite ahli hukum Turki mengambil Undang-Undang sipil Swiss untuk memenuhi keperluan hukum menggantikan Undang-Undang Syariah, berdasarkan keputusan Dewan Nasional Agung

Abū Hanīfah (w. 150 H) dan Abī Yūsuf (w. 181 H), bahwa perempuan yang *baligh* dan berakal dapat menikahkannya dirinya, lihat Sayyid Sābiq, *Fiqh al-Sunnah*, (Mesir: *al-Fath li al-'Allam al-'Arab*, t.t.), 84

⁶³ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Madzhab*, Alih Bahasa Masykur, cet IV (Jakarta: Lentera, 1999), 316-318.

⁶⁴ Child Marriage Restraint Act 1929 (Act 29/1929) dan amandennya (Ordonansi No. 8/ 1961), Pasal 2, 4, 5, 6 ayat (1), 12 ayat (5).

tanggal 17 februari 1926. Undang-Undang Sipil yang mulai diberlakukan pada tanggal 4 Oktober 1926 ini antara lain menetapkan tentang azas monogamy dan melarang poligami serta memberikan persamaan hak antara pria dan wanita dalam memutuskan perkawinan dan perceraian. Pelarangan poligami sejak saat itu berlangsung. Bahkan, pernikahan dapat dibatalkan apabila salah satu pihak, termasuk suami, telah berumah tangga saat menikah.⁶⁵ Sementara Pakistan dengan *The Muslim Family Laws Ordinance* Tahun 1961 menetapkan bahwa poligami itu hukumnya boleh dengan izin terlebih dahulu dari pengadilan (*Arbitration Council*) dan isteri atau isteri-isterinya. Sementara bagi yang melanggar hal ini dapat dihukum dengan hukuman penjara atau denda. Badan arbitrase ini tidak akan mengeluarkan persetujuan perkawinan poligami sebelum ia yakin dengan seyakinyakannya terhadap keadilan dan alasan kuat perlunya suami untuk menikah lagi.⁶⁶ Aturan yang lebih jelas membahas hal ini terdapat dalam *The Muslim Family Laws Ordinance* Tahun 1961 pasal 6 ayat 1, 2 dan 3.⁶⁷ Dalam pasal ini dijelaskan bahwa poligami dapat dilakukan

⁶⁵ David Pearl and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition (London: Sweet and Maxwell, 1998), 21.

⁶⁶ Dawoud El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 149

⁶⁷ Peraturan poligami yang tercantum dalam pasal 6 tersebut menyatakan: 1). Selama masih terikat perkawinan, tidak seorang lelakipun yang boleh melakukan perkawinan dengan orang lain kecuali ia telah mendapat izin tertulis dari Dewan Arbitrase. 2). Permohonan izin akan diserahkan kepada ketua dengan cara yang ditentukan sekaligus dengan biaya yang ditetapkan dan melampirkan alasan-alasan untuk mengajukan perkawinan dengan menerangkan apakah izin tertulis dari isteri atau isteri-isterinya sudah diperoleh. 3). Dalam hal penerimaan permohonan ketua akan meminta kepada pemohon dan isteri atau isteri-isterinya yang sah untuk mengajukan wakil masing-masing dan dewan arbitrase akan memberikan izin poligami apabila dewan memandang perkawinan tersebut perlu dan adil sesuai dengan pertimbangan kesehatan. 4). Dalam memutuskan permohonan tersebut dewan arbitrase mencatat alasan terhadap putusan tersebut dan pihak pemohon boleh melebihi surat permohonan untuk revisi surat keterangan tersebut dan menyerahkannya kepada kolektor dan putusannya akan

dengan syarat adanya izin tertulis dari dewan arbitrase (Hakim) sebelum seseorang dapat menikahi isteri lagi. Izin tersebut hanya dapat diberikan bila dewan arbitrase itu yakin bahwa perkawinan yang diajukan itu memang diperlukan dan benar. Dalam hal ini diperlukan adanya persetujuan dari isteri terdahulu kecuali kalau dia sakit ingatan, cacat jasmani atau mandul. Walau bagaimanapun juga izin dewan hakim harus didapatkan sebelum melangsungkan perkawinan kedua. Selain semua pembatasan ini, jika telah dijalin perkawinan kedua tanpa izin dewan, maka perkawinan tersebut dapat dianggap batal secara hukum. Pada hakekatnya, ketentuan ini merupakan upaya untuk mengurangi atau membatasi praktek poligami beserta implikasi negatif yang ditimbulkannya, terutama ketidakadilan terhadap kaum perempuan. Undang-undang poligami di Pakistan merupakan personifikasi di antara enam model penafsiran yang berkembang, yakni *pertama*, menekankan ketentuan berlaku adil sebagaimana ditetapkan dalam Al Qur'an, *kedua*, memberi hak kepada istri untuk menyertakan pernyataan anti poligami dalam surat perjanjian perkawinan. *Ketiga*, harus memperoleh izin lembaga peradilan. *Keempat*, hak menjelaskan dan mengontrol dari lembaga perkawinan kepada pihak yang akan berpoligami. *Kelima*, benar-benar melarang poligami, dan *keenam*, memberi sanksi pidana bagi yang melanggar aturan poligami.⁶⁸

Di Maroko, melalui Undang-undang Hukum Keluarga tahun 1958, pelaksanaan poligami berusaha dibatasi. Apabila

berlaku serta tidak akan dipertanyakan lagi di pengadilan. 5). Seseorang yang melakukan perkawinan yang lain tanpa izin dari dewan arbitrase akan (a) membayar seluruh mahar dengan segera kepada isteri atau isteri-isterinya, baik tunai maupun secara ditangguhkan dan jika tidak maka ia kan diperoleh sebagai tunggakan atau sewa, (b) dihukum penjara maksimal satu tahun atau denda maksimal 5000 rupee atau kedua-duanya. Dawoud El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 149

⁶⁸ Rahman Syamdudin, "Sejarah Pemberlakuan Hukum Keluarga di Pakistan", *Paper* <http://syariahalauddin.com/2011/10/17/sejarah-pemberlakuan-hukum-keluarga-di-pakistan/>. Diunduh pada tanggal 2 Februari 2014.

dikhawatirkan terjadi ketidakadilan suami terhadap isteri-isteri, maka poligami tidak diperbolehkan. Suami yang hendak berpoligami harus memberitahu juga calon istri bahwa dia sudah mempunyai isteri. Dalam akad nikah, mempelai perempuan dapat mengajukan syarat untuk tidak dipoligami. Apabila syarat ini dilanggar, maka istri berhak untuk mengajukan perceraian ke pengadilan.⁶⁹ Begitu pula dalam undang-undang keluarga Iran, suami yang akan menikah lagi harus memberitahukan kepada calon istri tentang statusnya, pelanggaran terhadap ketentuan ini dapat dikenakan sanksi hukum perlindungan keluarga tahun 1967. Selain itu juga harus mendapat ijin dari istri, jika ketentuan ini dilanggar, istri dapat mengajukan permohonan cerai ke pengadilan. Suami juga harus mendapat ijin dari pengadilan yang sebelumnya akan memeriksa apakah suami dapat menafkahi lebih dari seorang istri dan apakah dia mampu berbuat adil. Pelanggaran ketentuan ini akan dikenakan hukuman kurungan selama 6 bulan hingga 2 tahun. Ketentuan ini merupakan reformasi *regulatory* atau administratif belaka karena hanya mendapatkan sanksi fisik tanpa membatalkan status perkawinannya. Aturan-aturan seperti ini tidak didapatkan dalam mazhab Ja'fari maupun mazhab hukum yang lain.⁷⁰

Dalam UU No. 100 tahun 1985, Mesir pada dasarnya memperbolehkan praktek poligami namun apabila isteri keberatan, isteri dapat mengajukan gugat cerai dengan alasan poligami tersebut. Dalam materi UU tersebut, dinyatakan bahwa poligami dapat menjadi alasan pengajuan perceraian bagi isteri dengan alasan poligami mengakibatkan kesusahan ekonomi, baik dicantumkan dalam taklik talak maupun tidak. Bila suami berencana poligami harus seizin pihak pengadilan dan pengadilan harus memberitahukan kepada isterinya tentang rencana poligami tersebut. Dalam pasal

⁶⁹ M. Atho Muzdhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 110.

⁷⁰ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Madzhab...*, 492-493.

11A UU No. 100 tahun 1985 dinyatakan bahwa ada beberapa ketentuan mengenai poligami, yaitu 1) adanya pemberitahuan kepada isteri oleh pencatat nikah tentang pernikahan suaminya, 2) Isteri dapat mengajukan gugatan cerai dengan alasan poligami suaminya dalam waktu satu tahun, 3) Hak cerai gugat isteri gugur setelah satu tahun, dan 4) Jika sebelumnya isteri tidak mengetahui poligami tersebut maka ia berhak minta cerai setelah mengetahuinya. Dengan demikian, untuk melaksanakan poligami di Mesir lebih longgar daripada di Negara Islam lainnya. Namun demikian, pelanggaran terhadap ketentuan poligami adalah termasuk tindak pidana yang dapat disanksi berupa hukuman penjara atau denda, atau bahkan kedua-duanya sekaligus.⁷¹

4. Perceraian

Aturan-aturan hukum yang mengatur tentang perceraian dalam perundang-undangan Turki telah mengalami perkembangan yang cukup pesat jika dibandingkan dengan fikih konvensional. Pengajuan cerai yang sebelumnya mutlak berada di pihak suami, sejak munculnya hukum tentang hak-hak keluarga tahun 1917 Pasal 129-135 pihak istri diperbolehkan mengajukan perceraian. Perceraian dilakukan di pengadilan yang didahului dengan permohonan cerai dari pihak suami atau isteri. Di samping itu, hukum perdata Turki tahun 1926 mengatur dan membolehkan pisah ranjang. Pihak suami isteri mempunyai hak yang seimbang dalam pengajuan cerai dengan mendasarkan pada ketentuan perundang-undangan (Pasal 129-138 Hukum Perdata Turki 1926 dan Pasal 134-144 Hasil Amandemen Tahun 1990). Suami atau isteri yang nushuz karena alasan adanya perzinaan yang dilakukan oleh pasangannya, maka perlakuan terhadap suami yang zina sama dengan isteri yang zina. Penyakit jiwa dalam perundang-undangan Turki termasuk dalam alasan perceraian. Perundang-undangan Turki

⁷¹ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries*, 39-46

memberlakukan perceraian atas kesepakatan bersama (suami isteri) berdasar hasil Amandemen tahun 1988. Masing-masing pihak yang merasa dirugikan pihak lain sebagai akibat perceraian diperbolehkan mengajukan tuntutan ganti rugi yang layak (Pasal 143 Hasil Amandemen tahun 1990).⁷² Dalam perundang-undangan Turki juga terdapat aturan ta'lik talak yang dicantumkan pada Pasal 38 Hukum tentang Hak-hak keluarga tahun 1917. Pasal tersebut menyatakan bahwa seorang isteri berhak mencantumkan dalam ta'lik talak bahwa poligami suami dapat menjadi alasan perceraian. Di samping itu, dalam UU Turki ditetapkan bahwa pengadilan boleh menetapkan uang ganti rugi yang harus dibayar salah satu pihak suami atau istri untuk pasangan yang disakiti.⁷³

Begitu juga yang terjadi di Mesir, UU Mesir No. 25 tahun 1920 mengenal dua reformasi dalam talak atau cerai, yaitu pertama, hak pengadilan untuk menjatuhkan talak dengan alasan gagal memberikan nafkah, dan kedua, talak jatuh karena alasan adanya penyakit yang membahayakan. Sementara UU No. 25 tahun 1929 mempunyai reformasi hukum lain, yaitu bahwa pengadilan berhak menjatuhkan talak karena: perlakuan yang tidak baik dari suami dan pergi dalam waktu yang lama. Jadi UU tahun 1920 memberdayakan pengadilan dan memperluas definisi penyakit membahayakan dalam perceraian, sementara UU tahun 1929 hanya memberdayakan pengadilan.⁷⁴ Di Pakistan, seorang suami masih dapat menjatuhkan talak secara sepihak di luar pengadilan, tetapi segera setelah itu ia diwajibkan melaporkannya kepada pejabat pencatat perceraian yang kemudian akan membentuk Dewan Hakam (Arbitrasi) untuk menengahi dan mendamaikan kembali pasangan suami istri

⁷² David Pearl and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition (London: Sweet and Maxwell, 1998), 21.

⁷³ Sebagaimana dikutip Khoiruddin Nasution, *Status Wanita di Asia Tenggara*, 279.

⁷⁴ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries*, 36-37

itu. Jika setelah 90 hari (3 bulan) usaha perdamaian itu gagal maka talak itu berlaku. Pakistan, dengan demikian, masih mengakui perceraian di luar pengadilan. Sesuai dengan MFLO (Muslim Family Laws Ordinance) Tahun 1961 pasal 7 ayat 1 dinyatakan bahwa, “Seorang yang menceraikan istrinya, segera setelah ikrar talak harus membuat laporan tertulis kepada ketua Arbitration Council’, dan satu copy dikirim ke istrinya”. Pasal 7 ayat 2, “Bagi seorang yang melanggar ayat 1 pasal ini dapat dihukum dengan hukuman penjara 1 tahun atau denda 5.000 Rupee atau kedua-duanya”.⁷⁵ Kemudian dalam waktu tiga puluh hari sejak diterimanya pemberitahuan talak, Dewan Arbitrase mengambil langkah-langkah untuk membawa rekonsiliasi antara suami dan istri. Apabila negosiasi tersebut gagal dan permasalahan belum terselesaikan, maka berlaku baginya waktu sembilan puluh hari dari setelah berakhirnya hari di mana pemberitahuan penolakan talak pertama kali disampaikan kepada ketua. Namun, jika istri sedang hamil pada saat pembacaan talak, talak tersebut tidak berpengaruh sampai sembilan puluh hari telah berlalu atau akhir kehamilan, mana yang lebih dulu.⁷⁶

Dalam hukum perlindungan keluarga tahun 1967 Iran pasal 10 disebutkan bahwa suami berkewajiban memberikan nafkah pada istrinya. Nafkah ini meliputi sandang, pangan, tempat tinggal dan barang-barang kebutuhan rumah tangga yang layak. Jika suami tidak melaksanakannya, maka istri berhak mengadukan pada pengadilan, dan pengadilan akan member peringatan kepada suaminya. Namun apabila tetap tidak ada perubahan, maka istri boleh menuntut perceraian pada pengadilan. Aturan ini sejalan dengan mazhab Ja’fari.⁷⁷ Dengan demikian, di Iran telah terjadi reformasi secara

⁷⁵ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries*, 244-245

⁷⁶ Tahseen Butt & Associates, *Muslim Marriage Law in Pakistan*, artikel diakses pada tanggal 29 Oktober 2012 dari http://www.tahseenbutt.com/divorce_lawyers_pakistan.html. Diunduh pada tanggal 6 februari 2014.

⁷⁷ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Madzhab...*, 492-493

administratif dan substantif yang menghapus wewenang suami mengikrarkan talak secara sepihak. Menurut pasal 8 UU tersebut setiap perceraian, apapun bentuknya harus didahului dengan permohonan kepada pengadilan agar mengeluarkan sertifikat “tidak dapat rukun kembali”, pengadilan baru mengeluarkan sertifikat tersebut setelah berupaya maksimal tetapi tidak berhasil mendamaikan.⁷⁸ Sementara itu, di Maroko dalam UU Hukum Keluarga tahun 1958 telah ditetapkan bahwa seorang istri dapat mengajukan perceraian ke pengadilan apabila 1) suami tidak mampu menyediakan biaya hidup, 2) suami menderita penyakit kronis yang menyebabkan kerugian istri, 3) suami melakukan kekerasan sehingga perkawinan tidak mungkin untuk dilanjutkan, 4) suami bersumpah *ila'* (bersumpah tidak mau berhubungan badan dengan istri) dan tidak mampu memperbaiki hubungan perkawinan dalam kurun waktu empat bulan, dan 5) suami meninggalkan istri selama satu tahun tanpa kerelaan istrinya.⁷⁹

Sementara di Yordania, berkenaan dengan perceraian diatur dalam pasal 101 dan 134 undang-undang no. 25 tahun 1977. Menurut pasal-pasal ini, suami harus mencatatkan talaknya kepada hakim. Apabila suami telah mentalak isterinya di luar pengadilan,

⁷⁸ Pengadilan dapat mengeluarkan sertifikat tersebut dengan ketentuan sebagai berikut: 1). Salah satu pasangan Gila permanen atau berulang-ulang. 2). Suami menderita impotensi, atau dikebiri atau alat vitalnya diamputasi. 3). Suami atau istri dipenjara 5 tahun. 4). Suami atau istri memiliki kebiasaan yang membahayakan pihak lain yang diduga akan terus berlangsung dalam kehidupan rumah tangga. 5). Seorang pria tanpa persetujuan istri, kawin dengan wanita lain. 6). Salah satu pihak menghianati pihak lain. 7). Kesepakatan suami dan istri untuk bercerai. 8). Adanya perjanjian dalam akad perkawinan yang memberikan kewenangan pada pihak istri untuk menceraikan diri dalam kondisi tertentu. 9). Suami atau istri dihukum, berdasarkan keputusan hukum yang tetap karena melakukan perbuatan yang dapat dipandang mencoreng kehormatan keluarga. Akhavi, “Iran” dalam Jhon L. Esposito (ed), *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic Word*, II: 229

⁷⁹ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 113.

dan ia tidak mencatatkannya dalam masa 15 hari, ia harus datang ke pengadilan syariah untuk mencatatkan talaknya. Pelanggaran terhadap ketentuan ini dapat diancam dengan hukuman pidana di bawah ketentuan Hukum Pidana Yordania. Jika seorang suami telah mentalak isterinya secara sepihak tanpa ada alasan yang layak dibenarkan, maka isteri dapat mengajukan permohonan ganti rugi ke pengadilan. Ganti rugi yang diberikan tidak boleh lebih dari nafkah selama setahun sebagai tambahan bagi nafkah 'iddah. Untuk pembayarannya suami dapat mengajukan permohonan untuk mengangsur. Di samping itu, undang-undang No. 25 tahun 1977 juga mengatur kewenangan isteri untuk meminta cerai. Dalam pasal 114, 116, 123, dan 130 dijelaskan bahwa isteri memiliki kewenangan untuk meminta cerai dalam kondisi antara lain: 1) Apabila suami menderita impotensi dan sakit yang dapat membahayakan isteri apabila mereka hidup bersama. Namun jika penyakit yang diderita suami (selain impotensi) sudah diketahui isteri sebelum perkawinan, maka isteri tidak punya hak meminta perceraian. Dalam hal penyakit kelamin atau lepra, harus ada pendapat ahli kedokteran. Bila dimungkinkan untuk disembuhkan, maka ditunda selama setahun untuk memberi kesempatan penyembuhan, 2) Suami meninggalkan isteri dalam jangka waktu satu tahun atau lebih tanpa alasan yang jelas, meskipun suami meninggalkan nafkah untuknya, dan 3) Suami divonis penjara selama tiga tahun, meski ia mempunyai harta yang cukup untuk menafkahi isterinya selama ia menjalani hukuman. Perkawinan bisa dibubarkan setahun setelah vonis dijatuhkan.⁸⁰

5. Perjanjian Perkawinan

Perjanjian Perkawinan atau Peminangan di Mesir dilakukan dengan tujuan untuk mengadakan perjanjian saling menguntungkan antara kedua pihak untuk mengadakan pernikahan tanpa ada

⁸⁰ El Alami dan Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws*, 102

pembatasan atau pengekangan salah satu pihak untuk membatalkan perjanjian tersebut. Namun demikian, jika perjanjian itu batal dan merugikan pihak lain baik secara moral ataupun material, maka pihak yang dirugikan dapat mengajukan perkara ke pengadilan atas kerugian tersebut. Jadi pertunangan bisa dilakukan dan dibatalkan oleh kedua belah pihak dengan ada kesepakatan keduanya sehingga salah satu atau kedua pihak tidak merasa dirugikan. Perjanjian ini tidak mengharuskan salah satu atau kedua pihak untuk melakukan perkawinan apabila mereka sudah tidak saling mencintai lagi.⁸¹ Sementara itu, di Yordania, janji untuk mengadakan pernikahan diatur pada pasal 2 dan 3 undang-undang tahun 1951. Pasal-pasal tersebut menjelaskan bahwa janji menikah tidak akan membawa akibat pada keharusan adanya pernikahan. Namun setelah adanya perjanjian, kemudian salah satunya meninggal atau perjanjian itu batal, maka beberapa hadiah pemberian sebelumnya dapat diambil kembali oleh pihak laki-laki.⁸²

Dalam hukum perkawinan Iran Tahun 1967 pasal 4 dijelaskan pasangan yang berniat untuk melangsungkan perkawinan boleh membuat perjanjian dalam akad perkawinan, sepanjang tidak bertentangan dengan tujuan perkawinan. Perjanjian tersebut dilaksanakan di bawah perlindungan pengadilan.⁸³ Di samping itu, ta'lik talak pada dasarnya juga merupakan perjanjian perkawinan yang terutama bertujuan untuk melindungi hak-hak istri supaya tidak diabaikan oleh suami, termasuk perjanjian untuk tidak dipoligami. Dalam perundang-undangan Turki tentang Hak-Hak Keluarga tahun 1917 pasal 38, misalnya, dinyatakan bahwa seorang isteri berhak mencantumkan dalam ta'lik talak bahwa poligami

⁸¹ Dawoud Sudqi El-Alami, *The Marriage Contract in Islamic Law in The Syiria and Personal Status Laws of Egypt and Marocco*, (London: Hartnoll Ltd, 1992), cet-1, 16

⁸² Anderson, "Recent Development in Shari'a Law VIII: The Yordanian Law of Family Rights 1951", *The Muslim World*, No. 42, (1952), 213.

⁸³ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab...*, 492-493.

suami dapat menjadi alasan perceraian.⁸⁴ Begitu pula di Maroko, Dalam akad nikah, mempelai perempuan dapat mengajukan syarat untuk tidak dipoligami. Apabila syarat ini dilanggar, maka istri berhak untuk mengajukan perceraian ke pengadilan.⁸⁵ Syarat dan perjanjian untuk tidak poligami semacam ini menurut *Mazhab Ḥanafī*, *Mālīkī* dan *Shāfi’i* tidak diperbolehkan, karena mensyaratkan ketidakbolehan sesuatu hak yang sebenarnya dihalkan oleh agama. Namun demikian, mazhab Hanbali membolehkan persyaratan semacam itu.⁸⁶ Dengan demikian, beberapa Negara Islam tidak selalu mengikuti pandangan *mazhab* fikih yang dominan di wilayahnya, tetapi melakukan *takhayyur* untuk memilih pendapat yang dianggap paling sesuai untuk masyarakatnya.

C. Sejarah dan Proses Pembentukan Kompilasi Hukum Islam

Apabila ditelusuri, pembentukan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada dasarnya dapat dirunut sejak munculnya UU No.14 Tahun 1970 tentang ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Undang-undang tersebut, terutama pasal 10 ayat (1) yang menyatakan tentang perlunya kedudukan Pengadilan Agama yang kuat dalam sistem hukum nasional. Hal ini karena dalam undang-undang tersebut kedudukan Pengadilan Agama pada dasarnya memiliki kedudukan yang setara dengan tiga pengadilan lainnya di Indonesia, yaitu Pengadilan Umum, Pengadilan Tata Usaha Negara dan Pengadilan Militer. Penguatan dan pembinaan Pengadilan Agama ini pada awalnya secara organisasi, administrasi, dan finansial berada di bawah kewenangan Kementerian Agama,

⁸⁴ Sebagaimana dikutip Khoiruddin Nasution, *Status Wanita...*, 279.

⁸⁵ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 110.

⁸⁶ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 110-111.

sementara aspek yudikatif berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung. Atas dasar itu, dua lembaga inilah yang paling berperan dalam upaya penguatan lembaga peradilan agama, termasuk dalam upaya pembentukan hukum materilnya.⁸⁷

Hukum Materil bagi sebuah lembaga peradilan, tidak terkecuali Pengadilan Agama, merupakan hal yang sangat penting. Upaya adanya hukum material bagi peradilan agama ini sebenarnya sudah dilakukan jauh sebelumnya, yaitu dengan adanya surat edaran Biro Peradilan Agama Nomor 45 Tahun 1957 yang menyatakan bahwa hakim pengadilan agama dalam memutuskan perkara harus merujuk dan menggunakan tiga belas kitab, yang apabila dicermati semuanya berasal dari mazhab Shāfi'ī. Kitab-kitab tersebut adalah *Al-Bajūri, Faṭḥ al-Mu'in, Sharqāwi 'ala al-Taḥrīr, Qalyubi 'ala al-Maḥalli, Faṭḥ al-Wahhab dengan syarahnya, Tuḥfah al-Muhtaj, Targhīb al-Mushtaghfirīn, al-Qawānīn al-Shar'īyyah li Sayyid Yaḥya, al-Qawānīn al-Shar'īyyah li Sayyid Sadaqah Dahlan, Al-fiqh 'alā al-Mazāhib al-Arba'ah, Shamsuri fī al-Farā'id, Bughyah al-Mustarshidīn, dan Mugnī al-Muhtaj.*⁸⁸

Dengan tiga belas kitab rujukan tersebut, hakim pengadilan agama memiliki pedoman dalam memutuskan perkara yang ada. Namun demikian, perbedaan dan ketidakseragaman putusan tidak bisa dihindari mengingat banyaknya pendapat dalam kitab-kitab tersebut. Dengan demikian, walaupun kasus yang ditangani sama, keputusan hakim pengadilan agama sering kali berbeda-beda, tidak saja pada antar pengadilan yang berbeda tetapi juga pada pengadilan yang sama tetapi hakim yang berbeda. Oleh karena itu, adanya

⁸⁷ Pagar, *Pembaharuan Hukum Islam Indonesia, Kajian Terhadap Sisi Keadilan Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam* (Bandung: Cita Pustaka, 2007), 44.

⁸⁸ Departemen Agama RI, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Dirjen Binbaga Islam Departemen Agama RI, 1998), 129-130. Muhammad Atho Mudzhar, *Fatwas of The Council of Indonesian 'Ulama': A Study of Islamic Legal Thought in Indonesia 1975-1988*, disertasi PhD (Los Angeles: UCLA, 1990), 80.

kodifikasi hukum materil bagi pengadilan agama merupakan hal yang sangat penting, sehingga kepastian hukum dalam bidang hukum keluarga bagi masyarakat muslim dapat terealisasi.⁸⁹ Walaupun niat adanya hukum materil bagi pengadilan agama tersebut cukup besar, namun hal ini bukan pekerjaan yang dapat segera direalisasikan. Di samping karena memang proses yang dilalui panjang mulai dari rencana pembuatan draft hukum materil tersebut sampai dengan sosialisasi dan proses legislasi yang harus dilalui, juga secara politik hukum akan menghadapi banyak kendala karena bersifat khusus hanya diberlakukan bagi umat Islam. Upaya ini dapat dianggap sebagai bentuk dominasi umat Islam dibandingkan dengan umat beragama lainnya di Indonesia, padahal Indonesia bukanlah negara agama sehingga tidak sepatutnya mengunggulkan dan memberikan hak yang lebih bagi satu umat dibanding umat lainnya. Namun sebenarnya, implementasi hukum ini, terlepas dari sisi teologisnya, didasarkan pada kebutuhan masyarakat yang memang memerlukan adanya kepastian hukum. Di samping itu, walaupun bukan negara agama, Indonesia juga bukan negara sekuler yang tetap melindungi kehidupan keagamaan semua warga negaranya.

Gagasan Dasar Kompilasi Hukum Islam, sebagaimana dikemukakan oleh Prof. H. Busthanul Arifin, SH. selaku pencetus gagasan ini, bahwa:

- a. Untuk dapat berlakunya Hukum (Islam) di Indonesia, harus ada antara lain hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan baik oleh aparat penegak hukum maupun oleh masyarakat.
- b. Persepsi yang tidak seragam tentang syar'iyah akan dan sudah menyebabkan hal-hal.
 - 1) Ketidak seragaman dalam menentukan apa-apa yang disebut Hukum Islam itu (*Mā anzallāhu*).

⁸⁹ Departemen Agama RI, *Kompilasi Hukum Islam*, 128.

- 2) Tidak mendapat kejelasan bagaimana menjalankan Syariat itu (*Tanfīziyah*).
 - 3) Akibat kepanjangannya adalah tidak mampu menggunakan jalan-jalan dan alat-alat yang telah tersedia dalam Undang-Undang Dasar 1945, dan Perundang-undangan lainnya.
- c. Didalam Sejarah Islam pernah dua kali di tiga negara, hukum Islam diberlakukan sebagai perundang-undangan negara yaitu:
- 1) Di India masa Raja An Rijebe yang membuat dan yang memberlakukan Perundang-undangan Islam yang terkenal dengan Fatwa Alamfiri.
 - 2) Di Kerajaan Turki Uthmāni yang terkenal dengan nama *Majallah Al-Aḥkām Al-Aḍiyah*.
 - 3) Hukum Islam pada tahun 1983 dikodifikasikan di Sudan.

Apa yang telah dilakukan oleh Departemen Agama pada tahun 1958 dengan membatasi hanya 13 buah kitab kuning dan kitab kuning yang selama ini dipergunakan di peradilan agama, adalah merupakan upaya ke arah kesatuan dan kepastian hukum yang sejalan dengan apa yang dilakukan di negara-negara tersebut. Dan dari itulah kemudian timbul gagasan untuk membuat Kompilasi Hukum Islam sebagai buku Hukum bagi pengadilan agama.

d. Landasan Yuridis

Landasan Yuridis tentang perlunya hakim memperhatikan kesadaran hukum masyarakat ialah UU No. 14/1970 Pasal 20 ayat (1) yang berbunyi “Hakim sebagai penegak hukum dan

keadilan wajib menggal, mengikuti dan niemahaini nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat'. Dan di dalam fiqh ada Qa'idah yang mengatakan bahwa : "Hukum Islam dapat berubah karena perubahan waktu, tenipal dan keadaan". Keadaan masyarakat itu selalu berubah, dan ilmu fiqh itu sendiri selalu berkembang karena menggunakan metode-metode yang sangat 'memperhatikan rasa keadilan masyarakat. Diantara metode-metode itu ialah Mursalah, istihsan, istishab dan 'urf.

c. Landasan Fungsional

Kompilasi Hukum Islam adalah Fiqh Indonesia karena ia disusun dengan memperhatikan kondisi kebutuhan hukum umat Islam Indonesia. Fiqh Indonesia sebagaimana telah pernah dicetuskan oleh Prof. Hazairin, SH. dan Prof. T.M. Hasby Ash Shiddiqy sebelumnya mempunyai type Fiqh lokal semacain Fiqh Hijazy, Fiqh Mishry, Fiqh Hindy, Fiqh lain-lain yang sangat memperhatikan kebutuhan dan kesadaran hukum masyarakat setempat, yang bukan berupa mazhab baru tapi ia mempersatukan berbagai Fiqh dalam menjawab satu persoalan Fiqh. Ia mengarah kepada unifikasi mazhab dalam hukum Islam. Di dalam sistem hukum Indonesia ini merupakan bentuk terdekat dengan kodifikasi hukum yang menjadi arah pembangunan hukum Nasional Indonesia.⁹⁰

Pada tahun 1976 upaya pembentukan hukum materil bagi peradilan agama tersebut semakin nyata dilakukan. Pada tanggal 16 September 1976, Mahkamah Agung melalui Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung No. 04/KMA/1976 membentuk Panitia

⁹⁰ Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama, Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Departemen Agama R.I, *Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia*, Tahun 1998/1999, 132-134

Kerjasama yang disebut dengan PANKER MAHAGAM (panitia kerja sama Mahkamah Agung/Departemen Agama). Panitia tersebut dibentuk dalam rangka mencapai kesepakatan dan keseragaman tindakan antara Mahkamah Agung dan Kementerian Agama dalam pembinaan Badan Peradilan Agama secara umum dan dalam rangka upaya pembentukan hukum materilnya secara khusus. Kerjasama antara MA dan Kemenag tersebut memang perlu dilakukan, di samping sebagai salah satu langkah menuju terlaksananya amanat UU No 14 1970 tentang ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman mengenai bidang peradilan agama, juga supaya hukum materil PA yang akan dibentuk tersebut tidak bertentangan dengan Undang Undang perkawinan No. 1/ 1974, baik muatan isinya maupun implementasinya dalam masyarakat. Panitia ini tercatat melakukan beberapa kegiatan dalam bentuk seminar, simposium, dan lokakarya, serta penyusunan buku. Panitia ini, misalnya, pada tahun 1976 menerbitkan buku "Himpunan dan Putusan peradilan Agama".⁹¹ Pertemuan yang dilakukan pada tanggal 15 Mei tahun 1979 antara ketua Mahkamah Agung RI dengan Menteri Agama RI tanggal 15 Mei 1979 menghasilkan kesepakatan penunjukan enam orang Hakim Agung dari Hakim Agung yang ada untuk bertugas secara khusus menyidangkan dan menyelesaikan permohonan kasasi yang berasal dari lingkungan Peradilan Agama. Kesepakatan inilah tampaknya sebagai tonggak awal adanya kamar peradilan agama bahkan Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama di Mahkamah Agung saat ini.

Upaya dan proses perumusan KHI mulai lebih konkret pada tahun 1985, yaitu dengan adanya Surat Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama RI. Tentang penunjukan Pelaksana Proyek Pembangunan Hukum Islam melalui Yurisprudensi No. 07/KMA/1985 dan Nomor 25 Tahun 1985

⁹¹ Busthanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia, Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya* (Jakarta : Gema Insani Press, 1996), 159.

tertanggal 25 Maret 1985. Tim, yang diketuai oleh Busthanul Arifin ini, kemudian melakukan penelitian dan pengkajian terhadap kitab-kitab fikih dan yurisprudensi pengadilan agama, melakukan wawancara dan juga studi banding ke beberapa negara muslim. Pengumpulan data dari kitab-kitab fikih dilakukan oleh tujuh Institut Agama Islam Negeri (IAIN), yaitu dari kitab-kitab yang sering dipakai dan banyak beredar di Indonesia, tidak hanya yang bermazhab Syafi'i tetapi juga bermazhab lainnya. IAIN yang mendapat tugas adalah IAIN Banda Aceh, Padang, Jakarta, Yogyakarta, Surabaya, Ujung Pandang, dan Banjarmasin. Terdapat tiga puluh delapan kitab fikih yang diteliti dan dikaji dengan cara dibagi-bagi ke IAIN-IAIN di atas. Di samping tiga belas kitab yang biasa menjadi rujukan hakim peradilan agama, sebagaimana telah dikemukakan, dua puluh lima kitab fikih lainnya adalah *Nihāyat al-Muhtāj* karya al-Ramli (w. 1004 H), *I'ānat al-Ṭālibīn* karya Sayyid Bakri al-Dimyati (w. 1310 H), *Bulghāt al-Sālik* karya Ahmad Ibn Muhammad al-Sawi (w. 1241 H), *Al-Mudawwanah al-Kubrā* karya Syaḥnun Ibn Sa'id al-Tanukhi (w. 240 H), *Al-'Umm* karya Muhammad Ibn Idris al-Shāfi'ī (w. 204 H), *Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid* karya Ibn Rushd (w. 595 H), *al-Islām Aqīdah wa Sharī'ah* karya Maḥmūd Shalṭūṭ (w. 1383 H), *Al-Muḥalla* karya Ali Ibn Muhammad bin Hazm (w. 456 H), *Al-Wajīz* karya Abu Hamid al-Ghazali (w. 505 H), *Faṭḥ al-Qadīr 'alā al-Hidāyah* karya Muhammad Ibn Abd al-Wahid al-Siwaṣī (w. 861 H), *Fiqh al-Sunnah* karya Sayyid al-Sabiq (w. 1420 H), *Kashf al-Qinā'i 'an al-Tadmīn al-Sinā'i* karya Ibnu Rahhul al-Madani (w. 1139 H), *Majmū' Fatāwā Ibn al-Taimiyyah* karya Ahmad bin Taimiyyah (w. 728 H), *Al-Mughnī* karya Abdullah Ibn Ahmad al-Qudamah (w. 629 H), *Hidāyah Sharḥ Bidāyah al-Mubtadi* karya Ali Ibn Abi Bakr al-Marginani (w. 593 H), *Mawāhib al-Jalīl* karya Muhammad Ibn Muhammad Khaṭṭab (w. 954 H), *Ḥāshiyat al-Radd al-Mukhtār* karya Muhammad Amin Ibn Umar bin Abidin (w. 1252 H), *Al-*

Muwaṭṭa karya Malik Ibn Anas (w. 179 H), *Hāshiyah Irfat Dasūkī ‘alā Sharḥ al-Kabīr* karya Ibnu ‘Arafa al-Dasukī (w. 1230 H), *Badā’i al-Ṣanā’i fī Tartīb al-Sharā’i* karya Abu Bakr Ibnu Mas’ud al-Kasānī (w. 587 H), *Tabyīn al-Ḥaqā’iq* karya Mu’inuḍḍin Ibn Ibrahim al-Farabi (w. 811 H), *Al-Fatāwā al-Hindiyyah* karya al-Syaikh Niẓām, *Fath al-Qadīr* karya Muhammad Ibn Ahmad al-Safati al-Zainabi (w. 1244 H), *Kanz al-Rāghibīn* karya Jalaluddin M. al-Mahalli (864 H), dan *Nihāyat al-Zain* karya Ibnu Umar al-Nawawi al-Jāwī (w. 1298 H).⁹²

Sementara itu, penelitian terhadap yurisprudensi Pengadilan Agama dilakukan terhadap enam belas buku yang merupakan yurisprudensi dari tahun 1976 sampai tahun 1984. Direktorat Pengembangan Peradilan Agama di Kementerian Agama saat itu bertugas untuk mengkaji buku-buku kumpulan putusan pengadilan agama tersebut.⁹³ Kemudian wawancara dilakukan terhadap 181 ulama, baik ulama independen maupun yang berafiliasi pada ormas Islam tertentu, dari sepuluh wilayah di Indonesia, yaitu Aceh, Medan, Palembang, Padang, Jawa Tengah, Jawa Barat, Jawa Timur, Ujung Pandang, Mataram, dan Banjarmasin. Wawancara dilakukan secara kolektif di satu tempat dan di satu waktu. Dengan wawancara ini, berarti para ulama juga dilibatkan dalam proses penyusunan KHI bidang hukum keluarga ini.⁹⁴ Kemudian selain wawancara kepada para ulama di berbagai daerah, tim juga melakukan studi banding ke tiga negara, yaitu Maroko, Turki dan Mesir. Studi banding di tiga Negara tersebut hanya berlangsung dua hari untuk setiap negara, sehingga tim hanya dapat melihat undang-undang hukum keluarga dan juga wawancara dengan pejabat terkait dari

⁹² Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Cet. I (Jakarta: Akademika Pressindo, 1992), 39-41.

⁹³ Untuk keterangan rinci tentang hal ini, lihat *Kompilasi Hukum Islam*, 143.

⁹⁴ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam*, 42.

masing-masing negara tersebut.⁹⁵ Selain itu, tim juga memperhatikan masukan-masukan secara resmi dari ormas-ormas Islam, terutama dari NU dan Muhammadiyah yang telah juga mengadakan beberapa kali *Baḥthul Masā'il* dan seminar terkait Kompilasi Hukum Islam ini.

Data yang diperoleh dari berbagai sumber tersebut kemudian diolah oleh Tim Proyek Pembinaan Hukum Islam. Hasil rumusan tim ini dikaji lagi oleh sebuah tim inti yang terdiri dari 9 orang. Setelah 20 kali pertemuan, tim inti berhasil merumuskan 3 naskah buku Rancangan Kompilasi Hukum Islam (RKHI) tentang Perkawinan, Kewarisan dan Pewakafan. Rancangan tersebut seluruhnya terdiri dari 229 pasal. Naskah buku Rancangan Kompilasi Hukum Islam (RKHI) ini antara lain dibahas kembali dalam sebuah lokakarya di Jakarta tanggal 2-6 Pebruari 1988 yang dihadiri oleh 124 alim ulama dan cedekiawan muslim se-Indonesia. Setiap buku dibahas dalam sebuah komisi khusus. Hasil rumusan dari tiga komisi tersebut kemudian dirapatkan kembali oleh Tim untuk penghalusan bahasa. Hasil akhir kerja Tim ini disampaikan oleh Menteri Agama dalam surat No. MA/123/1988 tertanggal 14 Maret 1988 kepada Presiden R.I., sehingga akhirnya keluar Instruksi Presiden No.1 Tahun 1991 tertanggal 10 Juni 1991 yang berisi supaya menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan melaksanakan Instruksi itu dengan sebaik-baiknya. Untuk itu, Menteri Agama mengeluarkan surat keputusan No. 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991. Isi surat keputusan tersebut adalah (1) agar Kementerian Agama serta lembaga-lembaga pemerintah lainnya menyebarluaskan KHI, (2) agar Kementerian Agama dan lembaga-lembaga terkait sedapat mungkin menggunakan KHI dalam menyelesaikan masalah perkawinan, kewarisan dan perwakafan, di samping peraturan-peraturan perundang-undangan lainnya, dan (3)

⁹⁵ Imam Mawardi, "A Socio-Political Backdrop of the Enactment of the *Kompilasi Hukum Islam*", Tesis MA (Montreal: McGill University, 1998), 76.

agar setiap Direktorat Jenderal terkait mengkoordinasikan pelaksanaan Keputusan Menteri Agama ini di bidang masing-masing.⁹⁶

Apabila dicermati, perumusan dan pembentukan Kompilasi Hukum Indonesia sampai dengan menjadi Instruksi Presiden pada tahun 1991 tersebut dipercepat juga dengan disahkannya Undang-Undang Peradilan Agama (UUPA) Nomor 7 Tahun 1989. Namun demikian, KHI ini hanya berbentuk Instruksi Presiden, bukan dalam bentuk undang-undang, antara lain karena untuk pembentukan undang-undang diperlukan waktu yang lama, tidak saja harus melalui proses legislasi tetapi juga proses politik di DPR. Padahal, dengan UUPA ini, pengadilan agama membutuhkan dengan segera adanya hukum materil sebagai dasar bagi para hakim untuk memutuskan perkara. Oleh karena itu, bentuk Instruksi Presiden menjadi jalan yang dipandang paling tepat untuk dilakukan saat itu.

Tanpa mengesampingkan peran dari tokoh lain,⁹⁷ tokoh utama di balik pembentukan KHI adalah Munawir Sjadzali, selaku Menteri Agama saat itu, dan Busthanul Arifin, Hakim Agung bidang Peradilan Agama yang menjadi ketua Tim pembentukan KHI. Dua tokoh ini secara lebih umum pada dasarnya berusaha untuk memperkuat kedudukan Peradilan Agama di Indonesia, sehingga lahir UUPA Nomor 7 Tahun 1989 dan KHI dengan Inpres Nomor 1 Tahun 1991. Pandangan Munawir Sjadzali mengenai hal ini, sebagaimana pernah di sampaikan dalam sidang DPR saat proses pengundangan RUUPA, antara lain bahwa (1) Peradilan Agama telah menjadi peradilan mandiri, kedudukannya benar-benar telah sejajar dan sederajat dengan peradilan umum, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara, (2) Nama, susunan, wewenang, kekuasaan dan hukum acaranya telah sama dan seragam di seluruh

⁹⁶ Pagar, *Pembaharuan Hukum Islam*, 50.

⁹⁷ Nama-nama tokoh lain yang terlibat dalam sejarah perumusan dan realisasi KHI untuk lebih lengkap lihat lampiran II pada disertasi ini

Indonesia. Terciptanya unifikasi hukum acara peradilan agama akan memudahkan terwujudnya ketertiban dan kepastian hukum yang berintikan keadilan dalam lingkungan peradilan agama. (3) Perlindungan kepada wanita telah ditingkatkan dengan jalan antara lain memberikan hak yang sama kepada istri dalam proses dan membela kepentingannya di depan peradilan agama, (4) Lebih memantapkan upaya penggalian berbagai asas dan kaidah hukum Islam sebagai salah satu bahan baku dalam penyusunan dan pembinaan hukum nasional melalui yurispondensi, (5) Terlaksananya ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang Pokok Kekuasaan Kehakiman Nomor 14 Tahun 1970, dan (6) Terselenggaranya pembangunan hukum nasional berwawasan nusantara yang sekaligus berwawasan Bhineka Tunggal Ika dalam bentuk Undang-undang Peradilan Agama.⁹⁸

Sementara itu, Bustanul Arifin sebagai arsitek KHI memang sejak awal memiliki gagasan perlu adanya kodifikasi hukum Islam di Indonesia, atau dalam bahas dia adalah “fikih dalam bahasa undang-undang”. Menurutnyanya supaya hukum Islam dapat berlaku di Indonesia, maka hukum Islam harus berupa hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan oleh aparat penegak hukum maupun oleh masyarakat, sebagaimana telah dilakukan oleh kesultanan Turki Uthmani yang terkenal dengan nama *Majallah al-Ahkām Al-‘Adiyah*.⁹⁹ Karena hanya berbentuk Inpres, KHI ini dapat dikatakan sebagai pedoman bagi penegak hukum dan masyarakat di Indonesia, sebagai bentuk fikih dalam bahasa undang-undang, dalam arti fikih yang sebenarnya. Hanya saja dalam realitasnya saat ini KHI menjadi pedoman resmi bahkan menjadi hukum materil bagi para hakim di

⁹⁸ Muhammad Daud Ali, “Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya” dalam, *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktik*, Tjun Suryaman (ed), (Bandung: Rosadakarya, 1991), 84.

⁹⁹ Amrullah Ahmad dkk., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional: Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Bushtanul Arifin, SH* (Jakarta: Gema Insani Pers, 1996), 11-12.

lingkungan peradilan agama. Atas dasar itu, saat ini Mahkamah Agung, melalui Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, berupaya menyusun dan mensosialisasikan draft Rancangan Undang-Undang Hukum Materil Pengadilan Agama (RUU HMPA), sebagaimana akan dikemukakan pada pembahasan mengenai respon dan tawaran pembaruan bagi KHI.

D. Pembaruan Materi Hukum Perkawinan Islam di Indonesia

Walaupun secara formal bukan negara Islam, Indonesia adalah negara yang berpenduduk Muslim terbesar di dunia. Oleh karena itu, hukum Islam, terutama hukum keluarga, menjadi sangat penting dikodifikasi untuk mengatur penduduk yang beragama Islam. Upaya konkret pembaruan hukum keluarga di Indonesia dimulai sekitar tahun 1960-an yang berujung dengan lahirnya Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan. Akan tetapi, jauh sebelum itu sebenarnya telah ada upaya-upaya pembaruan hukum keluarga yang dilakukan. Pada tanggal 1 Oktober 1950, misalnya, Menteri Agama membentuk suatu panitia penyelidikan yang bertugas meneliti kembali semua peraturan mengenai perkawinan serta menyusun RUU perkawinan yang sesuai dengan perkembangan zaman. RUU itu selanjutnya diajukan ke DPR oleh pemerintah pada tahun 1958. Tetapi DPR ketika itu dibekukan melalui dekrit presiden 5 Juli 1959, sehingga proses pembahasan RUU tersebut juga terhenti.¹⁰⁰ Undang-undang Perkawinan (UUP) No. 1 tahun 1974 merupakan Undang-undang pertama di Indonesia yang mengatur soal perkawinan secara nasional. Sebelum itu, urusan perkawinan diatur melalui beragam hukum, yaitu hukum adat bagi warga negara Indonesia asli, hukum Islam bagi warga negara yang beragama Islam, Ordinansi Perkawinan Indonesia Kristen bagi warga Indonesia yang beragama kristen di Jawa, Minahasa dan Ambon, Kitab

¹⁰⁰ Asro Sosroatmojo, Wasit Aulia, Hukum Perkawinan di Indonesia, cet-3, (Jakarta: Bulan Bintang, 1981), 25.

Undang-undang Hukum Perdata bagi warga negara Indonesia keturunan Eropa dan Cina, dan peraturan Perkawinan Campuran bagi perkawinan campuran.¹⁰¹

Setelah UUP No. 1 Tahun 1974, upaya pembaruan berikutnya terjadi pada masa Menteri Agama Munawir Syadzali (w. 2004 M), yaitu dengan lahirnya KHI (Kompilasi Hukum Islam) pada 10 Juni 1991 yang materinya mencakup aturan perkawinan, kewarisan dan perwakafan. KHI ini berbentuk Instruksi Presiden, yaitu Inpres No. 1 Tahun 1991. Apabila ditelusuri secara menyeluruh, maka terdapat beberapa bidang pembaruan dalam bidang perkawinan baik dalam UUP maupun dalam KHI. Pembaruan materi hukum perkawinan Islam tersebut adalah sebagaimana diuraikan berikut ini.

1. Pencatatan Perkawinan

Ukuran sah atau tidaknya perkawinan di Indonesia adalah hukum agama, namun secara administratif harus dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah. Pasal 2 UUP menyatakan: “(1) Perkawinan adalah sah apabila dilakukan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁰²” Ketentuan itu lebih dipertegas Pasal 4, 5, 6, 7 KHI. Pasal 4 KHI menyatakan bahwa Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut Hukum Islam sesuai dengan pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Sementara itu, Pasal 5 menyatakan: “(1) Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat, (2) Pencatatan perkawinan tersebut pada ayat (1) dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 22

¹⁰¹ Wila Chandrawila Supriadi, *Hukum Perkawinan Indonesia dan Belanda*, (Bandung: Mandar Maju, 2002), 64

¹⁰² *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*, (Surabaya: Gita MediaPrss,tt), 1

Tahun 1946 jo. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954." Pasal 6 berbunyi: "(1) Untuk memenuhi ketentuan dalam pasal 5, setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah, (2) Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan hukum." Kemudian pasal 7 menegaskan: "(1) Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah, (2) Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan *ithbāt* nikahnya ke Pengadilan Agama."¹⁰³

2. Pembatasan Usia Nikah dan Persetujuan Mempelai

Pasal 15 KHI menyatakan bahwa perkawinan dibatasi oleh usia minimal. Dinyatakan bahwa, "(1) Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang ditetapkan dalam pasal 7 UU Perkawinan Nomor 1 tahun 1974, yakni calon suami sekurang-kurangnya berumur 19 tahun dan calon isteri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun. Namun, sebagaimana ditegaskan pasal 15 KHI ayat (2), calon mempelai yang belum mencapai umur 21 tahun tetap harus mendapat izin kedua orang tua, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 6 UUP.¹⁰⁴ Sementara itu, pasal 16 KHI¹⁰⁵ ayat (1) menyatakan bahwa perkawinan didasarkan atas persetujuan calon mempelai, dan pasal 17¹⁰⁶ menegaskan (1) sebelum berlangsungnya akad pernikahan Pegawai Pencatat Nikah menanyakan persetujuan terlebih dahulu kepada kedua calon mempelai di hadapan dua orang saksi, dan (2) apabila salah satu calon mempelai tidak menyetujui perkawinan tersebut, maka perkawinan tidak dapat dilangsungkan.

¹⁰³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Depag RI, 1998/1999), 7

¹⁰⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

¹⁰⁵ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

¹⁰⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19-20

3. Poligami

Asas perkawinan adalah monogami. Poligami hanya dibenarkan jika dilakukan atas izin istri dan Pengadilan. Pasal 3, 4, 5 UUP menyatakan: Pasal 3¹⁰⁷: "(1) Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami, (2) Pengadilan dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan." Pasal 4¹⁰⁸ : "(1) Dalam hal seorang suami akan beristeri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam pasal 3 ayat (2) UU ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya, (2) Pengadilan dimaksud dalam ayat (1) pasal ini hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila (a) isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri, (b) isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan, (c) isteri tidak dapat melahirkan keturunan (lihat pasal 57 KHI)." Sementara pasal 55 KHI¹⁰⁹ menyatakan: "(1) Beristeri lebih dari satu orang pada waktu yang bersamaan terbatas hanya sampai empat orang isteri, (2) Syarat utama beristeri lebih dari seorang, suami harus mampu berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anaknya, (3) Apabila syarat utama yang disebut pada ayat (2) tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristeri lebih dari seorang." Memperhatikan pasal 55 KHI ini seakan-akan diterapkan prinsip yang terbalik dari UU Perkawinan, meskipun hakikatnya sama, yaitu bahwa prinsip perkawinan adalah monogami. Dalam pasal 55-59 KHI pada dasarnya poligami hanya dapat dilakukan apabila mendapat izin pengadilan, dan izin pengadilan itu dapat diperoleh apabila ada persetujuan istri, suami diyakini mampu berbuat adil kepada isteri-isteri dan anak-anaknya, serta mempunyai alasan untuk berpoligami yang disyaratkan oleh aturan perundang-undangan.

¹⁰⁷ *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*, 14

¹⁰⁸ *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*, 15

¹⁰⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 35

4. Perceraian

Terjadinya perceraian pada prinsipnya dipersulit dan hanya bisa dilakukan melalui sidang pengadilan, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 38, 39, 40 UUP dan pasal 113, 114, 115, 116 KHI. Pasal 38 menyatakan: "Perkawinan dapat putus karena (a) kematian, (b) perceraian, dan (c) atas keputusan Pengadilan." Sementara Pasal 39 UUP¹¹⁰, sebagaimana pasal 115 dan 116 KHI, menegaskan bahwa: (1) Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak, (2) Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan, bahwa antara suami isteri itu tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami isteri. Sementara Pasal 116 KHI¹¹¹ menyatakan: "Perceraian dapat terjadi karena alasan atau alasan-alasan: (a) salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pemadat, penjudi, dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan, (b) salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya, (c) salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung, (d) salah satu pihak melakukan ke-kejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain, (e) salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami atau isteri, (f) antara suami isteri terus-menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga, (g) suami melanggar taklik talak, dan (h) peralihan agama atau murtad yang menyebabkan terjadinya ketidakrukunan dalam rumah tangga."

5. Relasi Suami dan Isteri

Relasi antara suami dan istri didasarkan pada prinsip musyawarah, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 30, 31, 32, 33, 34

¹¹⁰ *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*,12

¹¹¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 56

UUP dan pasal 77, 78, 79 KHI. Pasal 30 UUP¹¹² menyatakan: Suami isteri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat. kemudian Pasal 31 menegaskan: (1) Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup dalam masyarakat, (2) Masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum, (3) Suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga. Pasal 33 menekankan bahwa: Suami isteri wajib saling cinta menyintai, hormat menghormati, setia dan memberi bantuan lahir batin yang satu kepada yang lain.

6. Perjanjian Perkawinan

Kedua calon mempelai dapat melakukan perjanjian perkawinan dalam bentuk taklik talak atau perjanjian lain yang tidak bertentangan dengan hukum Islam (Pasal 45 KHI).¹¹³ Dalam pasal 46 KHI¹¹⁴ dinyatakan bahwa apabila apa yang ada dalam taklik talak benar-benar terjadi, maka tidak dengan sendirinya jatuh talak, tetapi isteri dapat mengajukan gugat cerainya ke pengadilan agama. Pada pasal 47-52¹¹⁵ dijelaskan perjanjian kedua calon mempelai mengenai harta, apakah adanya percampuran atau pemisahan harta, namun perjanjian ini tidak menghilangkan kewajiban suami untuk memenuhi kebutuhan rumah tangga (Pasal 48). Pembatalan terhadap perjanjian perkawinan ini dapat dijadikan alasan bagi isteri untuk mengajukan gugat cerai ke pengadilan agama (pasal 51).¹¹⁶

¹¹² *Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974*,11

¹¹³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 29

¹¹⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*,29-30

¹¹⁵ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*,30-32

¹¹⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*,47

Pada pasal 85-97 KHI¹¹⁷ diatur masalah harta bersama. Harta bersama ini, dengan tetap tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing, merupakan harta yang didapat secara bersama selama perkawinan, termasuk bagi istri yang bekerja di wilayah domestik saja, karena pada dasarnya isteri juga membantu suami yang memungkinkan untuk bekerja di wilayah publik. Apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama ini menjadi milik pasangan yang lebih lama (*gono gini*) (pasal 96 KHI)¹¹⁸. Begitu pula apabila terjadi cerai hidup, maka masing-masing pasangan mendapatkan seperdua dari harta bersama selama tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan (pasal 97 KHI).¹¹⁹

Dari uraian pembaruan hukum perkawinan Islam di atas, baik di Indonesia maupun di Negara-negara Islam lain, dapat dilihat ada pengembangan dari pendapat-pendapat fikih *Mazhab* klasik untuk disesuaikan dengan konteks zaman dan masyarakat saat ini. Pembaruan hukum perkawinan Islam yang dilakukan pada beberapa materi hukum yang hampir sama, yaitu di seputar pencatatan perkawinan, pembatasan usia nikah, pembatasan poligami, perceraian dilakukan melalui sidang pengadilan, perjanjian perkawinan dan lain-lain tergantung kecenderungan dan kebutuhan Negara masing-masing. Metode yang dilakukan, sebagaimana kajian dan penelitian yang sudah ada, adalah terutama melalui *takhayyur* (seleksi pendapat *Mazhab* yang paling sesuai), *talfiq* (modifikasi dua pendapat *Mazhab* atau lebih menjadi pendapat baru yang dianggap sesuai) ataupun melalui reinterpretasi nash secara parsial tentang suatu permasalahan untuk disesuaikan dengan konteks masyarakat yang ada.

Metode yang dikemukakan di atas pada dasarnya hanya merupakan cara pengambilan pendapat para perumus aturan per-

¹¹⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 47-50

¹¹⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

¹¹⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

undangan-undangan dari sumbernya, baik melalui pendapat ulama mazhab, modifikasi pendapat mazhab yang ada, ataupun reinterpretasi suatu nash tertentu. Dalam perspektif metodologis, metode-metode tersebut belum menyentuh kajian Ushul Fikih. Ushul Fikih lebih berkaitan dengan metode penyimpulan hukum (*istinbâṭ*) dari Al-Qur'an dan As-Sunnah, sehingga kajiannya adalah bagaimana metode *istinbâṭ* ulama-ulama mazhab yang dikutip pendapatnya tersebut atau menggunakan metode *istinbat* seperti apa reinterpretasi nash parsial yang dilakukan oleh perumus aturan per-undang-undangan hukum keluarga tersebut. Kajian Ushul Fikih terhadap aturan per-undang-undangan hukum keluarga ini penting, di samping untuk memperkuat landasan metodologisnya sehingga lebih bisa dipertanggungjawabkan, juga sebagai landasan dan titik tolak bagi pengembangan hukum keluarga Islam selanjutnya.

Atas dasar itu, pada bab selanjutnya, penelitian ini mengkaji landasan dan kerangka Ushul Fikih yang mendasari pembaruan hukum perkawinan yang ada dalam KHI, sehingga diharapkan landasan metodologis ini dapat dikembangkan dan dijadikan acuan bagi pembaruan hukum perkawinan di Indonesia selanjutnya. Kemudian, karena pembaruan materi hukum perkawinan Islam di Indonesia ini tidak berbeda jauh dengan pembaruan yang ada di dunia Islam lainnya, maka kajian penelitian ini dapat berguna juga untuk mengkaji pembaruan hukum perkawinan Islam di negara-negara Islam lain.

Bab IV

Pembaruan Materi Hukum Perkawinan KHI Dalam Perspektif Ushul Fikih

Dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam) Bidang Perkawinan, sebagaimana telah diuraikan dalam bab sebelumnya, terdapat pembaruan-pembaruan materi hukum yang berbeda dengan pendapat-pendapat dalam fikih mazhab klasik.¹ Namun, sebagaimana dikatakan oleh Hallaq, pembaruan materi hukum yang dilakukan oleh negara-negara muslim modern, tidak terkecuali bidang hukum keluarga, pada umumnya bersifat parsial dan hanya merupakan penyelesaian sementara terhadap permasalahan hukum yang berkembang, sehingga masih mengandung kelemahan secara metodologis-Ushul Fikih.² Pembaruan materi hukum Islam yang dilakukan umumnya merupakan hasil seleksi (*takhayyur*) terhadap pendapat-pendapat fikih mazhab yang ada kemudian dipilih yang paling sesuai. Penggunaan *takhayyur* semacam ini secara metodologis mengandung kelemahan karena konsistensi metodologis dari masing-masing mazhab dalam melakukan penyimpulan hukum dari sumber-sumbernya terabaikan, demi untuk mendapatkan materi hukum yang sesuai. Padahal, secara metodologis seharusnya materi-materi hukum tersebut lahir sebagai hasil dari proses penyimpulan

¹ Di samping itu, adanya KHI ini juga untuk menyatukan rujukan hakim pengadilan agama dalam memutuskan perkara, sehingga ada keseragaman. Upaya keseragaman atau unifikasi dalam hukum perkawinan ini telah dimulai oleh pemerintah sejak munculnya Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974. Mark Cammack, "Islamic Law in Indonesia's New Order", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1 (Jan., 1989), 53.

²Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories, an Introduction to Sunni Uṣūl al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 211.

hukum dari sumber-sumbernya dengan penalaran yang konsisten. Dengan kata lain, pembaruan yang dilakukan umumnya tidak menggunakan Ushul Fikih sebagai metode penalaran yang konsisten, tetapi hanya melihat dan memilih produk hukum (fikih) yang sesuai.

Namun demikian, walaupun suatu produk hukum dibuat dengan tidak menggunakan metodologi yang jelas, metode penalaran dalam memformulasi produk hukum tersebut dapat dilihat dengan menelusurinya secara induktif, sebagaimana para ulama Hanafiyah ketika menyusun Ushul Fikih mazhab Hanafi yang disimpulkan dari produk-produk fikih yang dikemukakan oleh Abū Hanīfah.³ Dengan cara yang sama, KHI Bidang Perkawinan juga dapat dilihat konstruksi metodologisnya melalui materi-materi hukum yang ada, khususnya pembaruan materi-materi hukum yang berbeda dengan fikih mazhab klasik. Pembaruan materi hukum perkawinan dalam KHI ini dikaji secara tematik, kemudian pasal-pasal yang berkaitan dengan tema tersebut dianalisis secara metodologis-Ushul Fikih. Dalam kajian ini diklasifikasikan menjadi tiga tema besar, yaitu kesetaraan laki-laki dan perempuan, perlindungan hak-hak anak dan keterlibatan atau peran lembaga pemerintah dalam masalah perkawinan.

A. Kesetaraan Laki-Laki dan Perempuan

Ajaran dasar Islam pada prinsipnya menyatakan bahwa laki-laki dan perempuan memiliki kesetaraan di hadapan Allah. Derajat dan martabat seseorang di sisi Allah tidak dipandang dari perbedaan

³Muhammad Abū Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh* (Ttp.:Dār al-Fikr al-‘Arabi, t.t.), 21. Ahmad al-Ḥasanat, *Tatawwur al-Fikr al-Uṣūl ‘inda al-Mutakallimīn* (Yordania: Dār an-Nūr, 2012), 55. Mengenai pemikiran fikih Abū Ḥanīfah, misalnya Charles C. Adams, “Abu Hanifah, Champion of Liberalism and Tolerance in Islam”, *The Muslim World*, July 1946, 217-227. Sahiron Syamsuddin, “Abu Ḥanifah's Use of the Solitary Ḥadith as a Source of Islamic Law”, *Islamic Studies*, Vol. 40, No. 2 (Summer 2001), 257-272.

jenis kelamin, tetapi melalui amal shaleh⁴ dan tingkat ketakwaannya.⁵ Ajaran dasar Islam yang bertujuan untuk meningkatkan harkat, martabat dan hak perempuan, sehingga seimbang dan setara dengan laki-laki inilah yang seharusnya secara ideal menjadi landasan bagi setiap aturan yang berkaitan dengan relasi antara laki-laki dan perempuan. Walaupun tentu saja tujuan ideal tersebut diterapkan secara gradual sesuai dengan konteks zaman dan masyarakatnya masing-masing. Ketika Islam datang, misalnya, tradisi dan budaya Arab saat itu secara umum menempatkan perempuan dalam posisi sangat rendah. Masyarakat Arab saat itu memiliki kebiasaan yang merendahkan kaum perempuan seperti mengubur hidup-hidup bayi perempuan, poligami dengan belasan istri serta tidak memberi hak waris dan hak-hak lain, baik hak domestik maupun hak publik, kepada perempuan. Kedudukan perempuan yang seperti itu kemudian berusaha diubah oleh Islam. Ajaran Islam, sebagaimana tertuang dalam Al-Qur'an, datang untuk mengancam penguburan bayi-bayi perempuan,⁶ membatasi poligami⁷ dan berupaya memberikan hak-hak lain baik domestik seperti hak memiliki mahar⁸ dan harta warisan⁹ maupun hak publik seperti menjadi saksi,¹⁰ walaupun hak-hak tersebut masih disesuaikan dengan peran sosial perempuan saat itu. Upaya Islam

⁴ Q.S. An-Nisā (4): 124.

⁵ Q.S. Al-Hujurat (49): 13.

⁶ Q.S. An-Nahl (16): 58-59. Arti ayat-ayat tersebut adalah: “*Apabila seseorang di antara mereka diberi khabar dengan (kelahiran) anak perempuan, maka wajahnya menjadi merah padam dan dia sangat marah. Dia bersembunyi dari orang banyak, disebabkan khabar buruk yang disampaikan kepadanya. Apakah dia akan memeliharanya dengan (menanggung) kehinaan atau akan membenamkannya ke dalam tanah hidup-hidup. Ingatlah alangkah buruknya apa yang mereka tetapkan itu.*”

⁷ Q.S. An-Nisā (4): 3.

⁸ Q.S. An-Nisā (4): 4.

⁹ Q.S. An-Nisā (4): 7.

¹⁰ Q.S. Al-Baqarah (2): 282.

awal yang memberikan hak kepada perempuan walaupun belum setara dengan laki-laki tersebut dapat dipandang sebagai implementasi ajaran dasar Islam dalam rangka mengangkat harkat perempuan dalam konteks dan situasi masyarakat ketika itu.

Ajaran Islam yang mengangkat harkat dan martabat perempuan tersebut memang sulit dilakukan oleh masyarakat yang memiliki budaya patriarki kental seperti masyarakat Arab saat itu. Ajaran dasar ini, sesuai dengan konteksnya, sebenarnya telah dilaksanakan ketika wahyu turun dan Nabi Muhammad SAW masih hidup.¹¹ Namun demikian, setelah Nabi wafat, ajaran tentang kesetaraan laki-laki dan perempuan tersebut lebih sulit untuk dijalankan, minimal terasa berat bagi sebagian masyarakat muslim saat itu yang telah lama berada dalam budaya patriarki.¹² Nuansa patriarkhis ini terlihat dengan jelas dalam hasil-hasil ijtihad yang dikemukakan oleh para ulama, tidak saja pada masa klasik tetapi juga masih ada pada masa kontemporer. Budaya patriarki ini dalam sejarahnya memang selalu menutupi dan menyembunyikan tujuan dasar Islam yang memiliki semangat untuk mengangkat harkat dan martabat perempuan dalam masyarakat.¹³ Oleh karena itu, semangat kesetaraan tersebut harus selalu diupayakan dan dimunculkan

¹¹ Perlu memahami secara kontekstual posisi wanita dalam *naṣṣ-naṣṣ* mengenai hukum keluarga Islam. Konsep mahar, misalnya, pada prinsipnya untuk mengangkat harkat wanita dalam hak kepemilikan harta, namun konsep mahar ini kemudian bisa ditafsirkan sebagai penguasaan laki-laki terhadap wanita melalui harta benda, sebagaimana pemahaman sebelum Islam. Pemahaman kontekstual mutlak diperlukan dengan didasarkan pada substansi pesan yang dimaksudkan Nabi. Marwan Qadumi, “Jihaz al-Mar’ah fi Ḍay ash-Sharī’ah wa Qānūn al-Aḥwāl ash-Shakhsīyyah”, *Al-Najāh li al-Abḥās*, Vol 19 (1), 2005, 121-156.

¹² Ibnu Hajar Al-‘Ashqalānī, *Fath̃ al-Bāri bi Sharḥ al-Bukhāri* (Mesir: Muṣṭafā al-Bābi al-Halabi wa Aulādūh, 1961), XI: 163.

¹³ Pada masa awal Islam, tidak seperti pada masa-masa setelahnya yang menguatnya kembali tradisi patriarki, terlihat bahwa kesetaraan gender masih dipertahankan sebagaimana pesan Nabi SAW. Hal ini terlihat pada pengakuan terhadap periwayatan hadis oleh perempuan. Asma Sayeed, “Gender and Legal Authority: An Examination of Early Juristic Opposition to Women’s Ḥadīth Transmission”, *Islamic Law and Society* Vol. 16 (2009), 115.

kembali dalam setiap perkembangan masyarakat, termasuk melalui aturan-aturan hukum materiil secara konkrit seperti dalam bentuk aturan perundang-undangan.

Upaya adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan ini sesuai dengan CEDAW (*Convention On The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) atau Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita yang ditetapkan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tahun 1979. Konvensi ini bermaksud untuk melindungi hak asasi perempuan di seluruh dunia. Indonesia sendiri telah ikut meratifikasi CEDAW ini pada tahun 1984 melalui Undang-Undang nomor 7 tahun 1984, yaitu Undang-Undang tentang Pengesahan Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita.¹⁴ Walaupun sudah berlaku lebih dari 30 tahun di Indonesia, namun ratifikasi CEDAW ini dipandang belum diberlakukan secara maksimal dalam meningkatkan hak-hak perempuan, termasuk dalam produk aturan perundang-undangan. Dalam realitasnya, masih didapati banyak produk dan muatan aturan perundangan, baik berupa Undang-Undang ataupun Peraturan Daerah, yang bertentangan dengan konvensi CEDAW. Padahal, adanya kesetaraan jender ini bukan hanya menjadi masalah hak asasi manusia, tetapi juga merupakan poin penting dari pembangunan berkelanjutan, keadilan sosial, perdamaian dan keamanan. Ketika perempuan mampu berkembang sesuai dengan potensi yang dimilikinya, dalam realitasnya akan terjadi pencapaian ekonomi dan sosial bagi semua orang. Dengan demikian, ide dari konvensi CEDAW ini seharusnya terimplementasi dengan baik dalam produk dan muatan materi dalam aturan perundangan di Indonesia.¹⁵

¹⁴<https://cwgi.wordpress.com/2010/07/19/cedaw-dan-komitmen-indonesia/>

¹⁵<http://unic-jakarta.org/2016/05/12/32-tahun-ratifikasi-cedaw-capaian-tantangan-dan-upaya-pemajuan-hak-asasi-perempuan-di-indonesia/>

Materi hukum yang terdapat dalam KHI bidang perkawinan sendiri, khususnya yang berkaitan dengan relasi antara laki-laki dan perempuan, secara umum berupaya menyesuaikan dengan konteks masyarakat Indonesia saat ini. Walaupun masih banyak mengikuti ketentuan hukum yang dikemukakan oleh fikih mazhab klasik, tetapi dalam waktu yang bersamaan juga mengakomodir perkembangan kebutuhan masyarakat kontemporer. Misalnya, mengenai kesetaraan antara suami dan isteri dikemukakan dalam pasal 79 KHI¹⁶ dengan cara sebagai berikut: (1) Suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga. (2) Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat. (3) masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum. Di samping kedudukan suami yang masih dominan, tetapi juga hak isteri berupaya ditingkatkan dan diseimbangkan dengan hak suami. Pembaruan beberapa pasal dalam KHI Bidang Perkawinan yang berbeda dengan hasil ijtihad para ulama klasik ini misalnya tentang keharusan adanya izin dari kedua mempelai sebelum akad dilakukan, mempersulit terjadinya poligami, hak untuk bercerai dan rujuk, keseimbangan hak milik terhadap harta bersama, dan masa berkabung bagi suami atau isteri yang ditinggalkan pasangannya, sebagaimana akan diuraikan satu per satu di bawah ini.

1. Persetujuan Kedua Calon Mempelai

Dalam pasal 16 dan 17 KHI dinyatakan bahwa harus ada persetujuan dari kedua calon mempelai sebelum akad perkawinan dilakukan. Pasal 16-17 KHI¹⁷ tersebut secara lengkap menyatakan:

¹⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 43

¹⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

Pasal 16

- (1) Perkawinan didasarkan atas persetujuan calon mempelai.
- (2) Bentuk persetujuan calon mempelai wanita, dapat berupa pernyataan tegas dan nyata dengan tulisan, lisan atau isyarat tapi dapat juga berupa diam dalam arti selama tidak ada penolakan yang tegas. Kemudian,

Pasal 17

- (1) Sebelum berlangsungnya perkawinan Pegawai Pencatat Nikah menanyakan lebih dahulu persetujuan calon mempelai di hadapan dua saksi nikah.
- (2) Bila ternyata perkawinan tidak disetujui oleh salah seorang calon mempelai maka perkawinan itu tidak dapat dilangsungkan.
- (3) Bagi calon mempelai yang menderita tuna wicara atau tuna rungu persetujuan dapat dinyatakan dengan tulisan atau isyarat yang dapat dimengerti.

Ketentuan KHI tersebut merupakan pendapat yang progresif dalam mendukung adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan.¹⁸ Dalam hal ini adalah berupaya menghilangkan praktek kawin paksa yang masih ada di tengah masyarakat, terutama yang banyak terjadi pada calon mempelai perempuan.¹⁹ Dalam masyarakat Indonesia, bahkan sampai dengan sekarang, memang masih terdapat perkawinan yang dipaksakan oleh orang tua,

¹⁸ Upaya mempromosikan adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan dalam hukum keluarga Islam di era modern ini terjadi mulai era pasca kolonial, dan dapat dipandang berhasil di negara-negara Asia Tenggara dan Afrika Utara. Mohammad Hashim Kamali, "Islamic Family Reform: Problems and Prospects", *Pluto Journals*, ICR No. 3.1, 42. ICR.plutojournals.org.

¹⁹ Ramlan Yusuf Rangkuti, "Pembatasan Usia Kawin dan Persetujuan Calon Mempelai dalam Perspektif Hukum Islam", *Jurnal Equality*, Vol. 13 No. 1, Februari 2008, 72.

sementara anaknya, kebanyakan perempuan, sebenarnya tidak menghendaki perkawinan tersebut. Adanya kawin paksa ini tidak lepas dari masih kuatnya pengaruh konsep wali mujbir yang menyatakan bahwa orang tua, dalam hal ini ayah, dapat menikahkan anak perempuannya yang masih gadis dengan siapapun tanpa harus meminta izin atau adanya persetujuan dari anak perempuan tersebut. Pandangan ini berkembang dalam masyarakat Indonesia adalah melalui pengaruh dari mazhab Shāfi'i, yang merupakan mazhab dominan yang diikuti oleh mayoritas penduduk Indonesia. Di samping itu, adat masyarakat Indonesia yang masih memandang perlunya ikatan keluarga besar juga memperkuat perjodohan yang dilakukan oleh orang tua untuk anaknya, dan umumnya perjodohan tersebut didasarkan pada kedekatan hubungan kekerabatan.

Imam Ash-Shāfi'i (w. 204 H), bersama-sama dengan Imam Mālik (w. 179 H) dan Imam Ibnu Abī Laila (w. 148 H), berpendapat bahwa perempuan yang masih gadis walaupun sudah dewasa tidak harus dimintai persetujuan ketika dinikahkan oleh bapaknya. Sementara itu, berbeda dengan pendapat di atas, Abū Ḥanīfah (w. 150 H), Ath-Thaurī (w. 161 H), Al-Auza'ī (w. 157 H), dan Abū Thaur (w. 230 H) berpendapat bahwa akad nikah hanya dapat dilakukan atas sepersetujuan calon mempelai perempuan.²⁰ Perbedaan pendapat ini antara lain disebabkan adanya perbedaan dalam menginterpretasi hadis Nabi yang menyatakan bahwa janda lebih berhak dari pada walinya, sementara gadis dimintai persetujuannya.²¹ Dalam hadis tersebut sebenarnya dinyatakan secara jelas bahwa gadis perlu dimintai persetujuannya. Namun Imam Ash-Shāfi'i memberi arti bahwa izin tersebut tidak harus ada

²⁰ Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyah al-Muqtaṣid*, (Ttp.: Shirkah An-Nūr Asia, t.t.), II: 4.

²¹ Hadis sebagai sumber hukum Islam memang di samping diperdebatkan dalam masalah orisinalitasnya, juga dalam masalah interpretasinya. Aisha Y. Musa, "Al-Shafi'i, the Hadith, and the Concept of the Duality of Revelation", *Islamic Studies*, Vol. 46, No. 2 (Summer 2007), 169.

dan hanya bersifat anjuran, karena ada pernyataan sebelumnya dalam hadis tersebut bahwa “janda lebih berhak dari pada walinya”. Pernyataan tersebut apabila dipahami dengan *mafhum al-mukhālafah* (pemahaman terbalik) maka dapat disimpulkan bahwa apabila janda lebih berhak dari pada walinya, maka dalam kaitannya dengan gadis, wali yang lebih berhak untuk menikahkan dari pada anak gadisnya.²²

Di samping itu, pendapat yang mengharuskan adanya persetujuan dari calon mempelai perempuan tersebut antara lain didasarkan pada hadis riwayat An-Nasaī dari Siti Aishah. Hadis tersebut menyatakan bahwa Al-Khansa Binti Khidām al-Anṣārī mengadukan keberatan kepada Nabi karena ayahnya telah menikahnya dengan sepupunya. Setelah Nabi memanggil ayahnya, kemudian Nabi menyerahkan kembali masalah pernikahan tersebut kepada Al-Khansa, apakah mau meneruskan atau membatalkannya. Namun Al-Khansa kemudian menyatakan bahwa sebenarnya dia menyetujuinya, hanya saja dia melaporkannya kepada Nabi untuk menunjukkan bahwa seorang ayah sebenarnya tidak mempunyai hak untuk menikahkan putrinya dengan semena-mena.²³ Secara eksplisit hadis tersebut memang menunjukkan bahwa perlu adanya izin dari calon mempelai perempuan ketika hendak dinikahkan. Namun sebaliknya, secara implisit hadis di atas juga memberi pengertian bahwa pernikahan yang telah dilakukan oleh seorang ayah dengan tanpa sepersetujuan putrinya tetap dianggap sah.

Apabila dirujuk pada hadis-hadis yang ada, maka multi-tafsir mengenai perlu tidaknya izin dari calon mempelai perempuan tersebut terus terjadi, sementara KHI telah menetapkan bahwa izin

²² Ibnu Rusyd, *Bidāyah al-Mujtāhid wa Nihāyah al-Muqtaṣid*, II: 4

²³ Wahbah al-Zuhāifi, *Al-Fiqh al-Islām wa Adillatuh* (Damaskus: Dār al-Fikr, 2006), IX: 6567. Ucapan al-Khansa setelah Rasulullah menyerahkan keputusannya pada dia adalah: “*ya rasulallah, qad ajaztu ma šana’a abī, wa lakin aradtu an u’lima an-nišā anna laisa fī al-abā min al-amri šajūn*.”

dan persetujuan dari kedua calon mempelai merupakan hal yang niscaya. Oleh karena itu, secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI tersebut di samping melakukan interpretasi hadis sesuai dengan pendapat yang menyatakan bahwa izin dari kedua calon mempelai adalah syarat sahnya suatu akad nikah, juga didukung dengan argumen lain, yaitu dengan cara analogi terhadap QS. An-Nisā (4) ayat 29 tentang perlunya kerelaan dan persetujuan dua orang yang melakukan akad perniagaan. Ayat tersebut menyatakan: “Wahai orang-orang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan cara suka sama-suka (*‘an tarādīn*, saling rela dan setuju) di antara kamu”.

Metode analogi (*al-qiyās*) dalam Ushul Fikih memerlukan empat rukun, yaitu *al-maqīs ‘alaih* (*al-aṣl*, nash atau masalah yang sudah ada hukumnya), *al-maqīs (al-far’*, cabang atau masalah baru), *al-ḥukm* (hukum dari masalah), dan *al-‘illah* (kausa hukum).²⁴ Dalam kaitan dengan masalah keharusan adanya persetujuan dari kedua calon mempelai ini berarti *al-aṣl*-nya adalah keharusan adanya persetujuan dari dua belah pihak dalam akad perniagaan atau perdagangan, *al-far’*-nya adalah persetujuan dari dua calon mempelai dalam akad pernikahan, *al-‘illah*-nya adalah suatu akad memerlukan persetujuan dua pihak yang berakad, dan *al-ḥukm*-nya adalah kewajiban adanya persetujuan dari dua pihak yang berakad. Dengan demikian, dalam akad nikah, sama dengan akad jual beli, memerlukan adanya persetujuan dan kerelaan dua orang yang berakad, yaitu dua calon mempelai, atau dalam jual beli adalah

²⁴ Afī Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī’ al-Islāmī* (Mesir: Dār al-Ma’ārif, 1971), 124. Mengenai kaitan antara ‘illat dan qiyas, misalnya Nabil Shehaby, “‘Illa and Qiyas in Early Islamic Legal Theory”, *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 102, No. 1 (Jan. - Mar., 1982), pp. 27-46. Muhammad Muṣṭafā Shalabī, *Ta’līl al-Aḥkām* (Beirut: Dār al-Nahḍah al-‘Arabīyyah, 1981), 13. Abd al-Ḥākim al-Sa’dī, *Mabāhith al-‘Illah fī al-Qiyās ‘Inda al-Uṣūliyyīn*, (Beirut: Dār al-Basha’ir al-Islāmiyyah, 1421/2000), 34-40

penjual dan pembeli. Dua orang yang berakad (*al-‘Aqidāni*) dalam akad nikah adalah calon mempelai laki-laki dan calon mempelai perempuan, bukan calon mempelai laki-laki dan wali nikah dari pihak perempuan. Hal ini dapat dilihat dari rukun-rukun pernikahan yang terdiri dari: dua orang yang berakad (calon mempelai laki-laki dan calon mempelai perempuan), wali, dua orang saksi dan ijab Kabul.²⁵ Jadi wali, sebenarnya adalah bukan pihak yang melakukan akad, tetapi hanya yang mewakili dan melakukan akad atas nama pihak calon mempelai perempuan. Persetujuan adanya akad, dengan demikian, bukan dari wali tetapi dari calon mempelai.

Aturan tentang adanya persetujuan yang jelas dari calon mempelai, termasuk dari calon mempelai perempuan tanpa membedakan antara perawan dan janda, merupakan ketentuan yang ada hampir di seluruh negara-negara muslim. Bahkan di Irak dan Malaysia, perkawinan yang dilakukan tanpa seizin salah satu mempelai dapat menimbulkan sanksi hukum bagi para pelakunya. Di Irak, apabila para pelaku kawin paksanya termasuk keluarga dekat, diancam penjara maksimal 3 tahun dan atau denda, dan apabila para pelakunya bukan keluarga dekat maka diancam penjara antara 5 sampai 10 tahun.²⁶ Sementara di Malaysia, para pelaku pemaksaan dalam pernikahan diancam hukuman denda 1000 Ringgit atau penjara maksimal 6 bulan atau keduanya. Hal ini karena dalam konteks hukum modern, termasuk di negara-negara muslim, akad perkawinan dipandang sebagai kontrak yang didasarkan pada kehendak para pihak yang terlibat, dalam hal ini adalah calon mempelai laki-laki dan perempuan. Oleh karena itu, persetujuan dari dua calon mempelai tersebut mutlak diperlukan. Tanpa adanya persetujuan dari salah satu mempelai dapat mengakibatkan tidak

²⁵Misalnya Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6521.

²⁶ Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries* (New Delhi: Academy of Law and Religion, 1987), 58-59.

sahnya akad perkawinan.²⁷ Umumnya undang-undang di Negara-negara muslim mensyaratkan bahwa persetujuan dari dua calon mempelai tersebut harus secara tertulis sehingga secara hukum ada bukti yang kuat dan meyakinkan.²⁸ Kejelasan bukti hukum tersebut, apabila dicermati, adalah untuk menghindarkan terjadinya kawin paksa atas inisiatif wali sementara calon mempelai sendiri sebenarnya tidak menyetujuinya.

Secara metodologis-Ushul Fikih, aturan tentang adanya persetujuan para calon mempelai ini didasarkan pada ketentuan Al-Qur'an bahwa dalam transaksi yang penting, seperti hutang piutang dan perdagangan, perlu dicatatkan, disaksikan dan juga adanya persetujuan atau kerelaan para pihak.²⁹ Perkawinan tidak diragukan lagi adalah akad atau transaksi yang sangat penting, bahkan lebih penting dari hutang piutang dan perdagangan, sehingga persetujuan para pihak, dalam hal ini adalah dua calon mempelai baik laki-laki maupun perempuan, mutlak diperlukan sebelum terjadinya akad nikah.³⁰

Di samping itu, terdapat beberapa ayat yang menyatakan bahwa perempuan berhak terhadap pernikahannya sendiri,³¹ yang berarti bahwa pernikahan yang dilakukan harus atas dasar sepersetujuannya. Hal ini sama dalam hal penggunaan terhadap harta, yaitu perempuan memiliki hak yang murni dalam menentukan untuk membelanjakan hartanya tersebut ataukah tidak. Kemudian

²⁷ Muhammad Qadri Basha, *Al-Ahkam al-Shar'iyyah fi al-Ahwal al-Shahsiyyah* (Kairo: Dar al-Salam, 2006), I: 35.

²⁸ Nikki R. Keddi dan Beth Baron (Ed.), *Women in Middle Eastern History* (London: Yale University Press, 1991), 17-19.

²⁹ Q.S. Al-Baqarah (2): 282 dan Q.S. Al-Nisa (4): 29.

³⁰ Ahmad al-Khumashī, *Al-Ta'liq 'alā Qanūn al-Aḥwāl al-Shakhsīyyah* (Ttp.: Tnp., 1994), I: 61. Lihat juga M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern, Studi Perbandingan dan Keberlanjutan UU Modern dari Kitab-Kitab Fikih* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 212.

³¹ Q.S. Al-Baqarah (2): 230, 232 dan 234.

adanya sanksi hukum bagi para pelanggarnya secara metodologis didasarkan pada metode *sadd al-dharī'ah*, yaitu suatu upaya preventif supaya aturan tersebut dilanggar, dan dalam hal ini adalah dengan adanya sanksi ta'zir yang ditetapkan sesuai kebijakan pemerintah masing-masing negara.³²

2. Mempersulit Poligami

Masalah poligami merupakan masalah kontroversial dan selalu hangat untuk diperbincangkan.³³ Setiap gagasan atau rancangan undang-undang yang berusaha membendung, atau bahkan melarang, praktek poligami biasanya dianggap sesuatu yang tidak Islami, karena diyakini bahwa poligami merupakan ajaran pokok dan penting dalam Islam, dan masalah poligami ini tertuang secara eksplisit dalam Al-Qur'an, yaitu QS. An-Nisā (4) ayat 3. Namun sebaliknya, masyarakat muslim umumnya juga setuju, atau setidaknya tidak mempermasalahkan, bahwa perkawinan seorang muslim dengan perempuan ahli kitab (Yahudi dan Nasrani) adalah dilarang. Padahal hal ini bertentangan dengan Al-Qur'an, karena QS. Al-Mā'idah (5) ayat 5 secara eksplisit membolehkan perkawinan beda agama tersebut. Ketetapan hukum Islam memang dapat berubah sesuai dengan konteksnya, namun ini juga memberi arti bahwa hukum mengenai poligami juga dapat berubah sesuai dengan konteks masyarakatnya.

³² Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhsīyyah* (Ttp.: Dār al-Fikr, t.t.), 76.

³³ Bahkan di kalangan sebagian orientalis, poligami yang dilakukan oleh Nabi SAW menjadi pembahasan kritis. Ikram al-Haq mengkaji bahwa poligami yang dilakukan oleh Nabi SAW tidaklah didasarkan pada alasan nafsu seksual. Namun sampai umur 50 tahun hanya beristri satu orang, yaitu dengan Siti Khadijah, bahkan Siti Khadijah ini berumur lebih tua 15 tahun dari Nabi. Nabi menikah lagi setelah mencapai umur 55 tahun dengan berbagai alasan, baik alasan sosial, politik, kemanusiaan, hukum maupun tujuan pendidikan kepada ummatnya saat itu. Ikram al-Haq, "*Ta'addud Azwāj al-Nabiy Ṣallallahu 'alaihi wa Sallām wa al-Mustashriqūn*", Al-Qalām, Desember 2010, 272-281.

Di negara-negara muslim, secara umum memiliki kecenderungan yang sama dalam hal pembatasan praktek poligami, hanya saja masing-masing negara berbeda-beda dalam tingkat ketegasannya. Di Libanon, misalnya, poligami tidak dilarang tetapi perlu dipenuhi beberapa persyaratan termasuk perlakuan adil terhadap isteri-isterinya. Sementara itu, di Yordania dan Maroko terdapat aturan pembatasan poligami melalui pembuatan perjanjian pra-nikah yang antara lain berisi bahwa apabila terjadi poligami, maka isteri yang tidak setuju dapat langsung mengajukan gugat cerai ke pengadilan. Adanya izin isteri pertama dan Dewan Hakam (arbitrasi) juga menjadi syarat poligami di Pakistan, dan apabila suami pelanggarnya diadukan, maka diancam hukuman maksimal 1 tahun penjara atau denda 500 Rupis atau keduanya. Negara muslim yang melarang poligami sama sekali adalah Turki dan Tunisia, bahkan di Tunisia, pelaku poligami diancam hukuman 1 tahun penjara dan denda sebesar 240.000 frank.³⁴

Secara metodologis-Ushul Fikih, perbedaan aturan mengenai poligami di negara-negara muslim tersebut didasarkan pada interpretasi terhadap ayat-ayat poligami yang dipahami secara tekstual atau substansial. Secara substansial dipahami bahwa sebenarnya poligami dibatasi bahkan tidak dikehendaki oleh Al-

³⁴ Gagasan para Tokoh Pembaruan pemikiran Islam juga turut andil dalam pelarangan poligami di Tunisia saat itu. Seperti yang disampaikan oleh pejuang emansipasi wanita di Tunisia yaitu Tahir al-Haddad (1899-1935) dalam bukunya *Imroatunā fi as-Sharī'ah wa al-Mujtama'*, Tahir Hadad mengatakan bahwa poligami merupakan salah satu bentuk kejelekan yang terdapat pada bangsa Arab Jahiliyah terdahulu (*sayyi'ah min sayyi'āt al-jahiliyah al-ūlā*). Haddad menggambarkan fenomena para lelaki Arab kala itu yang biasa memperisteri beberapa orang wanita, bahkan tanpa batas. Para isteri itu diperlakukan secara tidak adil dan sewenang-wenang. Kemudian Islam datang untuk memberantas perilaku ini dengan menurunkan aturan secara bertahap (*tadarruj fi tasyri*), yaitu mula-mula membatasi jumlah maksimal wanita yang dijadikan isteri hingga 4 orang. Kemudian Islam mensyaratkan sikap adil diantara para isteri, sesuatu yang mustahil dapat diwujudkan oleh seorang suami. Dengan demikian dalam pandangan Haddad, poligami tidak memiliki dasar dalam Islam, bahkan sebenarnya Islam bermaksud memberantas perilaku poligami ini.

Qur'an yang justru bertujuan untuk melindungi hak-hak perempuan.³⁵ Ayat 3 Q.S. Al-Nisā cenderung untuk memerintahkan monogami, sehingga kemudian praktek poligami perlu dibatasi, bahkan syarat adil dalam ayat tersebut disebut sebagai sesuatu yang tidak mungkin dilakukan dalam ayat 129 surat yang sama. Atas dasar itu, sebagian negara-negara muslim seperti Turki dan Tunisia melarang sama sekali praktek poligami.³⁶

Mengenai poligami ini, KHI mengambil posisi tengah antara pandangan yang pro dan kontra, yaitu dengan cara membatasinya secara ketat dengan syarat-syarat tertentu yang harus dipenuhi. Dalam KHI, pembahasan mengenai poligami ini dibahas pada pasal 55-59. Pasal-pasal tersebut secara lengkap berbunyi:

Pasal 55

- (1) Beristeri lebih satu orang pada waktu bersamaan, terbatas hanya sampai empat isteri.
- (2) Syarat utama beristeri lebih dari seorang, suami harus mampu berlaku adil terhadap ister-isteri dan anak-anaknya.
- (3) Apabila syarat utama yang disebut pada ayat (2) tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristeri dari seorang.³⁷

³⁵ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 214-215.

³⁶ Mengenai syarat adil dalam pernikahan, termasuk poligami ini, misalnya dibahas dalam Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, 247-249. Menurut Al-Ṭāhir al-Ḥadād—pemikir modern asal Tunisia—berpendapat bahwa, surat al Nisa (4):3 berhubungan dengan (4):129. Dengan turunnya al Nisa (4): 129 tersebut sudah seharusnya poligami dicegah, sebab menurutnya tujuan pernikahan adalah untuk membina keluarga sakinah, mawadah dan rahmah, sementara pada kenyataannya poligami mengakibatkan sulitnya membina kehidupan keluarga yang harmonis dan tentram antara suami, istri dan anak-anak, apalagi harta yang ditinggalkan si suami ketika ia meninggal sangat terbatas. Al-Ṭāhir Al-Ḥadād, *Wanita dalam Syari'ah dan Masyarakat* terj, (Serabaya: Pustaka Firdaus, 1993),77

³⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 33

Pasal 56

- (1) Suami yang hendak beristeri lebih dari satu orang harus mendapat izin dari Pengadilan Agama.
- (2) Pengajuan permohonan Izin dimaksud pada ayat (1) dilakukan menurut pada tata cara sebagaimana diatur dalam Bab.VIII Peraturan Pemerintah No.9 Tahun 1975.
- (3) Perkawinan yang dilakukan dengan isteri kedua, ketiga atau keempat tanpa izin dari Pengadilan Agama, tidak mempunyai kekuatan hukum.³⁸

Pasal 57

Pengadilan Agama hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila: a. isteri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai isteri; b. isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan; c. isteri tidak dapat melahirkan keturunan.³⁹

Pasal 58

- (1) Selain syarat utama yang disebut pada pasal 55 ayat (2) maka untuk memperoleh izin pengadilan Agama, harus pula dipenuhi syarat-syarat yang ditentukan pada pasal 5 Undang-Undang No.1 Tahun 1974 yaitu : a. adanya persetujuan isteri; b. adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup ister-isteri dan anak-anak mereka.
- (2) Dengan tidak mengurangi ketentuan pasal 41 huruf b Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, persetujuan isteri atau isteri-isteri dapat diberikan secara tertulis atau dengan lisan, tetapi sekalipun telah ada persetujuan tertulis,

³⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34

³⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34

persetujuan ini dipertegas dengan persetujuan lisan isteri pada sidang Pengadilan Agama.

- (3) Persetujuan dimaksud pada ayat (1) huruf a tidak diperlukan bagi seorang suami apabila isteri atau isteri-isterinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian atau apabila tidak ada kabar dari isteri atau isteri-isterinya sekurang-kurangnya 2 tahun atau karena sebab lain yang perlu mendapat penilaian Hakim.⁴⁰

Pasal 59

Dalam hal istri tidak mau memberikan persetujuan, dan permohonan izin untuk beristeri lebih dari satu orang berdasarkan atas salah satu alasan yang diatur dalam pasal 55 ayat (2) dan 57, Pengadilan Agama dapat menetapkan tentang pemberian izin setelah memeriksa dan mendengar isteri yang bersangkutan di persidangan Pengadilan Agama, dan terhadap penetapan ini isteri atau suami dapat mengajukan banding atau kasasi.⁴¹

Ketentuan dalam KHI di atas memberi pengertian bahwa poligami dapat dilakukan dengan beberapa persyaratan, dan apabila syarat-syarat tersebut tidak dapat dipenuhi maka poligami sebenarnya tidak boleh dilakukan.⁴² Ketetapan KHI ini berbeda dengan pendapat yang berkembang dalam masyarakat Indonesia pada umumnya, yaitu bahwa poligami merupakan hal yang boleh (mubah) dilakukan dan merupakan hak laki-laki untuk berpoligami atau tidak. Pendapat ini sebenarnya merupakan makna *al-zāhir* dari

⁴⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 34-35

⁴¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 35

⁴² Poligami yang dibolehkan dalam Al-Qur'an pada dasarnya memang sangat terbatas dengan syarat-syarat yang ketat. Abdur Rahman I. Doi, *Women in Shari'ah (Islamic Law)* (Kuala Lumpur: A.S. Noordeen, 1992), 53-54.

ayat poligami yang dinyatakan dalam QS.An-Nisā (4) ayat 3. Dengan makna *al-zāhir*, dapat dipahami bahwa ayat tersebut memberikan kebolehan praktek poligami bagi laki-laki untuk menikahi perempuan sampai dengan empat orang. Makna *al-zāhir* merupakan makna yang dapat dipahami dan disimpulkan dengan segera dari pengertian secara bahasa, namun sebenarnya makna ini tidak sesuai dengan maksud asli dari konteks ketika ayat itu diturunkan (*siyāq al-kalam*).⁴³ Makna *al-zāhir* inilah yang banyak diikuti oleh fikih mazhab klasik, sesuai dengan konteksnya saat itu. Pembahasan mengenai poligami umumnya hanya menyangkut perlunya bersikap adil, terutama dalam pembagian waktu bersama antara istri yang satu dan yang lainnya. Sementara hukum poligami sendiri sudah dimaklumi, yaitu sesuatu yang boleh (mubah), dalam arti siapa yang merasa mampu akan berbuat adil secara materi dan waktu, maka dibolehkan.⁴⁴ Para ulama mazhab dalam hal poligami ini memang cenderung untuk memberlakukan kaidah *al-‘ibrah bi ‘umūm al-lafz la bi khusūṣ al-sabab*, jadi yang diperhatikan adalah keumuman bunyi lafazh, dengan tanpa mengkaitkannya dengan konteks ketika ayat tersebut turun.

Oleh karena itu, dalam Ushul Fikih, di samping makna *al-zāhir*, terdapat makna *al-naṣṣ*, yaitu makna yang dimaksud oleh suatu ayat karena makna tersebut sesuai dengan konteks ketika ayat itu diturunkan.⁴⁵ Dengan makna *al-naṣṣ* ini, ayat poligami di atas dapat dipahami sebagai perintah untuk membatasi pelaksanaan poligami hanya sampai empat orang perempuan, bahkan mendorong untuk tidak melakukannya, karena praktek poligami ini dipandang

⁴³Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī*, 265.

⁴⁴ Misalnya Taqīyuddīn al-Ḥusainī, *Kifāyah al-Akhyār fī Ḥallī Ghayar al-Ikhtisār* (Pekalongan: Maṭba‘ah Raja Murah, t.t.), II: 38-39.

⁴⁵ Sa’d Ibn Naṣīr al-Shaṭarī, *Al-Qaṭ’ wa al-Zann ‘Inda al-Uṣūliyyīn* (Riyāḍ: Dār al-Habīb, 1997), II: 364. ‘Alī Jum‘ah, *Aliyyat al-Ijtihād*, (Kairo: Dār ar-Risālah, 2004), 55.

dapat memberi kemandaratan bagi istri-istri.⁴⁶ Apabila di lihat dalam konteks masyarakat Arab saat itu, praktek poligami merupakan hal yang lazim, bahkan seorang laki-laki dapat memiliki belasan atau puluhan istri. Dengan ayat 3 QS. An-Nisā di atas, Islam datang untuk membatasi praktek poligami yang berlaku saat itu. Oleh karena itu, maksud utama ayat poligami di atas sebenarnya adalah untuk membatasi praktek poligami, bukan membolehkan apalagi menganjurkan praktek poligami.⁴⁷

Dengan ketentuan yang membatasi poligami ini, secara metodologis-Ushul Fikih, KHI mengartikan ayat poligami dengan menggunakan makna *al-naṣṣ*, yang merupakan makna yang lebih kuat karena makna itulah maksud asli dari ayat tersebut. Di samping itu, ketentuan poligami dalam KHI ini sesuai dengan kaidah yang memandang bahwa konteks masyarakat saat ayat tersebut turun merupakan hal yang penting sebagai acuan untuk memahami ayat. Kaidah tersebut adalah *al-‘ibrah bi khusūṣ al-sabab lā bi ‘umūm al-lafz*, pertimbangan yang dipegangi dalam menafsirkan ayat adalah kekhususan sebab, bukan keumuman makna lafazh. Sementara itu, syarat-syarat yang dikemukakan dalam pasal-pasal KHI di atas merupakan upaya kontekstualisasi maksud ayat dengan konteks masyarakat Indonesia sekarang. Dengan demikian, ketentuan mengenai poligami dalam KHI ini tidak saja berusaha menyesuaikan dengan keadaan dan kondisi masyarakat Indonesia saat ini, tetapi juga memiliki dasar metodologis yang kuat.

⁴⁶Hasaballah, *Uṣūl al-Tashrī*, 265-267.

⁴⁷Dalam berbagai riwayat dinyatakan bahwa para sahabat yang masuk Islam dan memiliki istri lebih dari empat, maka harus membatasi hanya pada empat istri serta menceraikan yang lainnya. Misalnya Ghailan yang memiliki sepuluh orang isteri dan Naufal Ibn Mu’awiyah yang memiliki lima orang isteri. Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 38.

3. Hak Bercerai dan Rujuk

Dalam fikih mazhab, hak bercerai adalah hak prerogatif suami. Kapan pun seorang suami hendak menjatuhkan talak, maka tinggal mengatakannya kepada isteri. Seorang isteri memang mempunyai hak khulu', yaitu meminta cerai dengan cara memberikan suatu pemberian imbalan kepada suami. Hanya saja, permintaan khulu' seorang isteri ini tetap tergantung pada kehendak suami, apakah suami akan mengabulkan atau tidak permintaan khulu' dari isteri tersebut.⁴⁸ Konsep khulu' ini kemudian menjadi pijakan bagi negara-negara muslim untuk menetapkan bahwa seorang isteri dapat melakukan gugat cerai ke pengadilan. Di Maroko, misalnya, dengan mendasarkan pada konsep khulu' mazhab Maliki, menetapkan bahwa isteri dengan alasan tertentu memiliki hak untuk mengajukan perceraian dengan cara mengembalikan sejumlah mahar yang telah diberikan suami kepadanya. Begitu juga di Aljazair dan Somalia ditetapkan bahwa perceraian dapat diajukan atas inisiatif isteri, baik berupa cerai gugat karena alasan yang dibolehkan oleh aturan perundang-undangan atau berupa khulu' dengan disertai pengembalian maksimal sebesar maharnya.⁴⁹

Landasan hukum aturan di atas didasarkan pada konsep khulu' yang merupakan pengajuan cerai atas inisiatif isteri. Konsep khulu' ini didasarkan pada Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 229 dan juga Hadis Nabi dari Ibnu Abbas yang menyatakan bahwa isteri Qais Ibn

⁴⁸ Taqiyyud-dīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 79-80. Dengan konsep khulu' ini menurut Masdar dalam Islam pada dasarnya isteri memiliki hak untuk mengajukan perceraian. Terlepas suaminya setuju atau tidak, yang memutuskan adalah pengadilan, karena ketidaksetujuan suami untuk tidak menerima khulu' tersebut perlu ditelusuri apakah untuk kepentingan kedua belah pihak atau hanya untuk menyakiti isteri. Masdar F. Mas'udi, *Islam & Women's Reproductive Rights* (Jakarta: P3M, 2001), 106-107.

⁴⁹ Ahmad al-Khumashi, *Al-Ta'liq 'ala Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhsīyah*, I: 355-373. Maḥmūd 'Alī al-Sarṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl ash-Shakhsīyah* (Ttp: Dār al-Fikr, tt), 445-451. M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 113-114, 130-131, dan 159-160.

Tsabit datang kepada Nabi SAW untuk meminta cerai dari Qais. Kemudian Nabi SAW memerintahkan bahwa untuk bercerai perempuan tersebut perlu mengembalikan mahar yang berupa kebun kepada Qais.⁵⁰

Di Indonesia hak menceraikan oleh suami sebenarnya masih banyak berlaku dan berkembang dalam masyarakat. Hal ini tentu saja karena pengaruh dari fikih mazhab yang masih banyak dipegangi oleh masyarakat. Berbeda dengan hal itu, KHI memberikan posisi yang sejajar antara suami dan istri mengenai hak untuk mengajukan perceraian, yaitu suami dapat mengajukan talak ke pengadilan agama, sementara isteri dapat mengajukan gugatan cerai. Begitu pula, mengenai rujuk, suami dan isteri memiliki hak yang sejajar. Dengan kata lain, menurut KHI rujuk hanya dapat dilakukan apabila suami dan isteri sama-sama berkehendak. Mengenai hak cerai dan rujuk ini dikemukakan dalam pasal-pasal KHI sebagai berikut.

Pasal 114

Putusnya perkawinan yang disebabkan karena perceraian dapat terjadi karena talak atau berdasarkan gugatan perceraian.⁵¹

Pasal 163

- (1) Seorang suami dapat merujuk isterinya yang dalam masa iddah.
- (2) Rujuk dapat dilakukan dalam hal-hal: a. putusnya perkawinan karena talak, kecuali talak yang telah jatuh tiga kali dan talak yang dijatuhkan qobla al dukhul; b. putusnya perkawinan

⁵⁰Hadis ini diriwayatkan oleh Al-Bukhari. Mahmud 'Ali al-Sharhawi, *Syarah Qanun al-Ahwal al-Shahsiyyah*, 446-447.

⁵¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 56

berdasarkan putusan pengadilan dengan alasan atau alasan-alasan selain zina dan khuluk.⁵²

Pasal 164

Seorang wanita dalam iddah talak raji berhak mengajukan keberatan atas kehendak rujuk dari bekas suaminya dihadapan Pegawai Pencatat Nikah disaksikan dua orang saksi.⁵³

Pasal 165

Rujuk yang dilakukan tanpa sepengetahuan bekas isteri, dapat dinyatakan tidak sah dengan putusan Pengadilan Agama.⁵⁴

Dalam KHI pasal 144 di atas dinyatakan bahwa apabila suami memiliki hak talak, maka isteri memiliki hak untuk melakukan gugatan perceraian, sehingga keduanya memiliki hak yang sama untuk mengajukan perceraian ke pengadilan agama. Demikian juga dalam masalah hak rujuk, seorang suami tidak dapat melakukan rujuk secara sepihak, tetapi juga harus melibatkan persetujuan dari isteri. Pandangan KHI yang berupaya mensejajarkan hak antara suami dan isteri dalam masalah cerai dan rujuk ini merupakan pandangan kontemporer yang berbeda dengan fikih mazhab klasik. Talak, dalam fikih mazhab klasik, merupakan hak prerogatif suami. Ucapan talak suami yang diucapkan secara jelas (*ṣarīḥ*) kepada isterinya, walaupun karena bergurau dan tidak disertai niat, merupakan bentuk talak yang valid, sehingga dapat memisahkan perkawinan mereka.⁵⁵ Begitu pula dengan rujuk, apabila suami menyatakan rujuk kepada isterinya yang ditalak raj'i dan dalam masa iddah, maka rujuk tersebut sah tanpa harus meminta

⁵² *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 74

⁵³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 75

⁵⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 75

⁵⁵ Taqiyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 84.

persetujuan istri. Hal ini didasarkan pada ayat yang menyatakan bahwa suami lebih berhak untuk merujuk kembali isterinya (QS.Al-Baqarah (2): 228).⁵⁶

Logika yang digunakan dalam fikih mazhab klasik mengenai cerai dan rujuk ini adalah bahwa talak merupakan hak suami dan atas dasar keinginan suami, sehingga rujuk pun merupakan hak suami. Dalam kasus talak ini diandaikan bahwa isteri sebenarnya tidak menghendaki perceraian. Sementara itu, apabila isteri berinisiatif untuk bercerai, maka dengan melalui jalur khuluk, yaitu permintaan cerai isteri kepada suami dengan cara isteri memberikan ganti rugi atau imbalan (*'iwād*) kepada suami. Imbalan tersebut sebagai simbol dari pengembalian mahar. Dalam kasus khuluk ini tidak ada rujuk, karena dalam khuluk ini “ikatan mahar” sudah tidak ada lagi, berbeda dengan talak, kecuali talak tiga, yang masih memiliki “ikatan mahar” tersebut.⁵⁷ Dengan adanya konsep khuluk ini sebenarnya dalam hukum perkawinan Islam juga memberi ruang kepada isteri untuk memiliki hak cerai, walaupun dalam fikih mazhab klasik, khuluk tersebut menjadi valid atau tidak adalah masih bergantung pada kerelaan suami.

Ketentuan KHI yang memberi hak cerai gugat kepada isteri ini secara metodologis-Ushul Fikih didasarkan pada analogi (*al-qiyās*) terhadap hak khuluk, hanya saja pemberian imbalan dari isteri kepada suami sebagai bentuk “pengembalian mahar” tersebut ditiadakan karena dalam ayat tentang mahar menyatakan bahwa mahar dipandang sebagai pemberian yang tanpa pamrih (*nihlah*).⁵⁸ Hal ini terlihat dalam KHI pasal 148, khususnya ayat 6, bahwa apabila dalam masalah khuluk ini tidak terjadi kesepakatan antara

⁵⁶Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 107.

⁵⁷Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 79-83. Ayat khuluk adalah QS.Al-Baqarah (2) ayat 231: *fā la'junāha 'alaihima fī mā iftadatah bih* (maka tidak ada dosa bagi keduanya tentang bayaran yang diberikan isteri untuk menebus dirinya).

⁵⁸QS. Al-Nisā (4): 4.

suami dan isteri mengenai besarnya imbalan atau tebusan (*'iwād*), maka Pengadilan Agama akan memeriksa dan memutus sebagai perkara biasa, yaitu sebagai perkara gugatan cerai dari isteri. Dengan demikian, KHI pada dasarnya secara substansial menyamakan antara gugatan cerai yang diajukan isteri dengan khuluk.

Di samping itu, secara metodologis, KHI juga memberlakukan metode *fatḥ al-dharī'ah*, yaitu membuka jalan yang tadinya tidak boleh atau tidak ada demi untuk mewujudkan kemaslahatan.⁵⁹ Dalam hal ini, KHI membuka kesempatan dan memberi hak kepada isteri untuk mengajukan gugatan cerai kepada suaminya, melalui Pengadilan Agama, dengan alasan-alasan yang dibenarkan menurut aturan perundang-undangan. Pembukaan jalan adanya gugatan cerai isteri ini ditujukan sebagai sarana untuk memperoleh kemaslahatan serta menghindari kemadaratan dan kesulitan yang lebih besar. Sebagai contoh, apabila seorang isteri ditelantarkan suaminya atau bahkan mendapat kekerasan dalam rumah tangga, dan untuk mengajukan khuluk juga tidak memiliki cukup harta, maka jalan keluarnya adalah dengan adanya hak gugatan cerai dari seorang isteri kepada suaminya. Mengenai tingkat kemaslahatan dan kemadaratan bagi masing-masing pasangan suami isteri tersebut, ini akan dinilai oleh hakim melalui proses sidang pengadilan.

Kemudian masalah persetujuan isteri dalam hal rujuk, interpretasi KHI terhadap QS.Al-Baqarah (2) ayat 228 yang berbunyi: “*wa bu'ulatumunna aḥaqqu bi raḍḍihinnā*” (para suami lebih berhak untuk merujuk isteri-isteri mereka) tidak hanya didasarkan pada makna tersurat dari *naṣṣ (dalālah al-'ibārah)*, tetapi juga makna yang tersirat (*dalālah al-ishārah*), yaitu apabila suami lebih berhak (*aḥaqq*) dalam masalah rujuk, berarti isteri juga

⁵⁹ Abd al-Karīm Zaidan, *Al-Wafīz fi Uṣūl al-Fiqh* (Baghdād: Dar al-Tauzī wa al-Nashr al-Islāmī, 1993), 244-245.

memiliki hak walaupun sedikit dan bersifat pasif. Atas dasar itu, pasal 163 KHI menyatakan bahwa suami lah yang memiliki hak rujuk, namun isteri, sebagaimana dikemukakan dalam pasal 164 dan 165 KHI di atas, juga berhak untuk keberatan apabila tidak dimintai persetujuan terlebih dahulu. Keberatan isteri tersebut dilakukan ke Kantor Urusan Agama, atau bahkan sampai ke Pengadilan Agama.

4. Hak terhadap Harta Bersama

Ketentuan tentang harta bersama ini belum banyak diberlakukan di negara-negara muslim. Di negara-negara muslim umumnya hanya diatur tentang kewajiban suami untuk memberi nafkah kepada isteri dan anaknya, kecuali di Yaman yang menetapkan bahwa nafkah merupakan kewajiban bersama antara suami dan isteri.⁶⁰ Dengan konsep nafkah ini memberi arti bahwa harta yang diperoleh selama perkawinan di luar kewajiban nafkah tersebut merupakan harta masing-masing suami dan isteri secara terpisah. Ketentuan harta bersama ini telah diterapkan misalnya di Indonesia dan Malaysia, hanya bentuknya masih merupakan kompromi antara harta bersama dan kewajiban suami untuk memberi nafkah. Di satu sisi, harta yang diperoleh merupakan harta bersama, baik yang diperoleh suami maupun isteri, namun di sisi lain, kewajiban nafkah masih menjadi kewajiban suami kepada isterinya.⁶¹

Kewajiban nafkah dari suami dan bekerjanya istri dalam mengurus rumah tangga sebenarnya merupakan salah satu perwujudan dari pergaulan yang baik (*mu'asharah bi al-ma'ruf*) antara suami dan isteri,⁶² yang merupakan sarana untuk mewujudkan perkawinan, yaitu keluarga sakinah yang dipenuhi

⁶⁰ M. Ato Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 76-77.

⁶¹ <http://joint-ownership-property.pdf>, akses tanggal 04 Mei 2015.

⁶² Q.S. Al-Nisa (4): 19.

dengan kasih sayang.⁶³ Suami dan isteri seharusnya dapat bekerja sama dan dapat melakukan pembagian tugas, sehingga harta yang diperoleh oleh keduanya dapat dipandang sebagai harta bersama. Hal ini sesuai dengan firman Allah SWT yang menyatakan bahwa isteri merupakan pakaian suami dan begitu pula sebaliknya,⁶⁴ sehingga dipandang sebagai satu kesatuan yang utuh dalam keluarga yang disatukan melalui ikatan perkawinan.⁶⁵ Penafsiran beberapa ayat seperti inilah yang menjadi dasar bagi adanya harta bersama antara suami dan isteri, yaitu harta yang diperoleh selama perkawinan.

Suami dan isteri merupakan mitra untuk mencapai tujuan perkawinan, yaitu terbentuknya rumah tangga yang sakinah (harmonis dan sejahtera). Untuk mencapai keharmonisan dalam rumah tangga tersebut, perlu ada pembagian tugas masing-masing, yang dalam bahasa fikih disebut dengan hak dan kewajiban suami isteri.⁶⁶ Salah satu kewajiban suami adalah memberi nafkah kepada isteri sesuai dengan kemampuan suami dan kepatutan yang ada dalam masyarakatnya.⁶⁷ Dalam fikih mazhab, adanya kewajiban nafkah ini umumnya memberi konsekuensi adanya dominasi suami terhadap isteri dalam urusan rumah tangga. Hak suami menjadi lebih besar dalam mengatur rumah tangga, dan isteri harus taat terhadap suami dalam masalah apapun.⁶⁸ Apabila dicermati, sebenarnya kewajiban nafkah kepada suami ini merupakan

⁶³ Al-Rūm (30): 21.

⁶⁴ Q.S. Al-Baqarah (2): 187.

⁶⁵ Muhammad Qadri Basha, *Al-Ahkam al-Shar'iyah fi al-Ahwal al-Shahsiyyah*, 363-364.

⁶⁶ Mengenai hak dan kewajiban suami isteri ini misalnya dapat dilihat pada Wahbah, *Al-Fiqh al-Islamī*, IX: 6850-6859.

⁶⁷ QS. Al-Baqarah (2): 233 yang berbunyi: *wa 'ala al-maulūdi lahu rizquhunna wa kiswatuhunna bi al-ma'rūf* (kewajiban ayah memberi nafkah dan pakaian kepada para ibu dengan cara ma'ruf).

⁶⁸ Hal ini biasanya didasarkan pada QS. Al-Nisā (34) ayat 34 yang menyatakan bahwa suami merupakan pemimpin dan pelindung perempuan.

perimbangan dari fungsi reproduksi yang diemban oleh perempuan. Oleh karena itu, dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 233 tersebut suami disebut sebagai *al-maulūd lahu*, yaitu bapaknya anak yang dilahirkan. Ini berarti bahwa isteri yang telah melahirkan anak tersebut berhak untuk mendapat nafkah dari suaminya.

Dengan demikian, adanya pemberian nafkah oleh suami terhadap isteri tersebut tidak bisa menjadi alasan adanya dominasi suami terhadap isteri. Relasi antara suami isteri dalam rumah tangga tetap didasarkan pada pergaulan yang baik (*mu'asharah bi al-ma'rūf*).⁶⁹ Relasi yang baik antara suami dan isteri sebagai mitra ini dalam KHI dipahami tidak saja menyangkut sikap dan perilaku, tetapi juga dalam masalah harta bersama yang didapat selama perkawinan, termasuk setelah terjadi perceraian, baik cerai mati maupun cerai hidup. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam pasal-pasal di bawah ini.

Pasal 96

- (1) Apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.
- (2) Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau isteri yang isteri atau suaminya hutang harus ditanggihkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama.⁷⁰

Pasal 97

Janda atau duda cerai masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.⁷¹

⁶⁹ QS. Al-Nisā (4): 19.

⁷⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

⁷¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

Dari pasal-pasal di atas dapat dipahami bahwa harta bersama, yaitu harta yang didapatkan selama perkawinan, merupakan milik berdua suami dan isteri, tanpa memandang apakah isteri juga ikut bekerja di luar rumah atau hanya sebagai ibu rumah tangga. Kewajiban suami untuk memberi nafkah, tempat tinggal dan pakaian kepada isteri, menurut Wahbah al-Zuhāfi, ini memberi pengertian bahwa sebenarnya pelayanan untuk memasak, mencuci pakaian serta membersihkan dan merawat rumah adalah juga kewajiban suami, dan bukan kewajiban isteri. Bahkan isteri, apabila melakukan pekerjaan rumah tangga tersebut, lanjut Wahbah, dapat meminta bayaran dan upah (*al-ujrah*) kepada suami.⁷²

Dengan demikian, isteri, walaupun sebagai ibu rumah tangga, dianggap bekerja sehingga berhak mendapat upah dari suaminya. Atau dengan kata lain, harta yang diperoleh oleh suaminya merupakan hasil jerih payah berdua antara suami dan isteri, hanya saja ada pembagian tugas, suami bekerja di luar rumah dan isteri bekerja di dalam rumah.⁷³ Ketetapan KHI yang menganggap bahwa isteri yang bekerja di rumah perlu mendapatkan upah tersebut secara metodologis-Ushul Fikih merupakan hasil dari *al-qiyās* atau analogi terhadap upah menyusui anak yang terdapat pada QS. At-Ṭalāq 65 ayat 6: *fa in arḍa'na lakum fa atūhunna ujūrahunna* (apabila mereka (isteri-isteri yang sudah ditalak) menyusui (anak-anakmu) untukmu, maka berikanlah kepada mereka upahnya). Dalam hal ini, berarti *al-aṣl*-nya adalah adanya upah bagi isteri yang telah ditalak ketika menyusui anaknya, *al-far'*-nya adalah adanya upah bagi isteri yang bekerja di rumah, *al-'illah*-nya adalah suatu pekerjaan untuk membantu suami, dan *al-ḥukm*-nya adalah kewajiban adanya upah bagi isteri yang bekerja untuk suaminya. Dengan demikian, harta

⁷² Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6850.

⁷³ Isteri dipandang sedang bekerja ketika menyelesaikan pekerjaan rumah tangganya, karena menurut ketentuan syariah, pada dasarnya isteri memiliki hak ekonomi juga dalam rumah tangga. Abdur Rahman, *Women in Shari'ah*, 146-147.

yang didapat oleh suami isteri selama perkawinan merupakan harta bersama, sehingga apabila salah satunya meninggal atau bercerai, salah satu pihak berhak memiliki separuhnya. Dalam kaitannya dengan cerai mati, maka separuh harta bersama tersebut menjadi milik pasangan yang ditinggal mati, sebelum kemudian dibagi waris. Hal ini dalam tradisi Jawa disebut sebagai *gono gini*. Dengan demikian, ketetapan KHI dalam hal ini juga mempertimbangkan adat kebiasaan masyarakat, yang dalam Ushul Fikih disebut sebagai *al-'urf*. Istilah *gono gini* saat ini kemudian digunakan juga bagi bagian harta yang menjadi hak isteri yang dicerai hidup oleh suaminya.

5. Masa Berkabung

Dalam fikih klasik, berkabung (*al-iḥdād*) biasanya hanya ditujukan bagi isteri yang ditinggal mati oleh suaminya, sementara masalah suami yang ditinggal oleh isterinya tidak dibahas. Masa berkabung isteri ini adalah sama dengan masa iddahnya, yaitu empat bulan sepuluh hari. Selama masa berkabung ini, isteri tidak boleh memakai perhiasan, wewangian dan hal-hal lain yang menarik perhatian laki-laki lain. Isteri juga tidak boleh keluar rumah, kecuali kalau benar-benar ada keperluan yang mendesak dan tidak bisa dihindari.⁷⁴ Sementara itu, suami yang ditinggal mati oleh istrinya, karena tidak dibahas oleh Al-Qur'an dan As-Sunnah, maka fikih klasik juga tidak membahasnya dan dianggap bahwa suami sama sekali tidak memiliki masa berkabung, sebagaimana tidak memiliki masa iddah. Oleh karena itu, dalam praktek masyarakat, kadang-kadang terjadi, seorang laki-laki langsung menikah lagi sehari setelah isterinya meninggal dunia.

Di negara-negara muslim secara umum juga menetapkan masa iddah bagi isteri sebagai masa berkabungnya ketika suaminya

⁷⁴ Misalnya Taqiyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 133-137. Abdur Rahman, *Women in Shari'ah*, 102-103.

meninggal dunia, yaitu empat bulan sepuluh hari, namun demikian tidak sebaliknya. Undang-undang hukum keluarga dari negara-negara muslim tidak menetapkan masa berkabung bagi suami ketika ditinggal mati oleh isterinya.⁷⁵ Masa berkabung bagi isteri ini didasarkan pada ayat ‘iddah meninggal⁷⁶ dan Hadis Nabi SAW yang diriwayatkan oleh Al-Tirmizi bahwa seorang perempuan tidak layak berkabung lebih dari tiga hari, kecuali terhadap suaminya yang meninggal dunia, yaitu empat bulan sepuluh hari.⁷⁷ Berbeda dengan fikih klasik dan umumnya ketentuan di negara-negara muslim, KHI menetapkan masa berkabung bagi suami yang ditinggal mati oleh isterinya, sebagaimana dikemukakan dalam pasal di bawah ini.

Pasal 170

- (1) Isteri yang ditinggalkan mati oleh suami, wajib melaksanakan masa berkabung selama masa iddah sebagai tanda turut berduka cita dan sekaligus menjaga timbulnya fitnah.
- (2) Suami yang ditinggal mati oleh isterinya, melakukan masa berkabung menurut kepatutan.⁷⁸

Dari pasal di atas terlihat bahwa KHI membedakan antara iddah dan *iḥdād* (berkabung), hanya saja masa berkabung dari isteri yang ditinggal mati suaminya sama dengan masa iddahnya. Berkabung di sini dipahami sebagai tanda turut berduka cita dan menghindari adanya fitnah dalam masyarakat. Turut berduka terhadap kepergian pasangan hidupnya ini terimplementasi baik dalam perasaan hati maupun tutur kata, bersikap dan berbuat yang sepatutnya, terutama menurut pandangan masyarakat setempat. Hal yang paling jelas dari sikap berkabung tersebut adalah tidak terburu-

⁷⁵ Tahir Mahmood, *Family Law Reform*, 47-48.

⁷⁶ Q.S. Al-Baqarah (2): 234.

⁷⁷ Mahmud ‘Ali al-Sharṭāwi, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah*, 535.

⁷⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 78

buru melakukan pernikahan lagi, baik bagi isteri maupun bagi suami. Namun karena suami tidak memiliki masa iddah sebagaimana isteri, maka masa berkabung suami, termasuk tidak menikah terlebih dahulu, menurut KHI adalah menurut kepatutan. Dengan semangat kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, sebagaimana dicita-citakan Islam, ini berarti bahwa masa berkabung suami bisa saja sama dengan masa berkabung isteri.

Dalam hadis yang diriwayatkan oleh Al-Bukhārī dan Muslim dinyatakan bahwa seorang perempuan tidak boleh berkabung terhadap jenazah kerabatnya yang meninggal dunia lebih dari tiga hari, kecuali terhadap suaminya maka masa berkabungnya adalah empat bulan sepuluh hari.⁷⁹ Dalam hadis tersebut hanya disebutkan seorang perempuan, bukan laki-laki, karena umumnya yang sedih berlebihan adalah perempuan. Jadi hadis ini hanya menggambarkan keumuman yang terjadi dalam masyarakat. Secara metodologis-Ushul Fikih, hadis ini menjadi dasar bagi berkabungnya seorang isteri yang ditinggal mati suaminya, yaitu dengan pemahaman terhadap makna tersurat (*dalālah 'ibarah*) dalam hadis tersebut. Kata “isteri” dalam hadis tersebut merupakan kata yang tertera dalam nash (*al-manṭūq bih*), sementara kata yang tidak tertera (*al-maskūt 'anhu*)-nya adalah “suami”. Kemudian apakah suami hukumnya sama dengan isteri dalam hal perlunya berkabung ketika ditinggal mati oleh isterinya? Kemudian apabila sama, apakah masa berkabungnya juga sama, yaitu empat bulan sepuluh hari?

Dalam Ushul Fikih, metode yang menyamakan hukum *al-maskūt 'anhu* terhadap *al-manṭūq bih* karena adanya kesamaan ‘illat yang dapat dipahami secara bahasa, disebut dengan *dalālah al-dalālah* (makna tersembunyi dari nash).⁸⁰ ‘Illat dari adanya masa berkabung adalah perasaan sedih karena ditinggal oleh pasangan hidupnya. Perasaan sedih tersebut kemudian terimplementasi oleh

⁷⁹Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 134.

⁸⁰Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīḥ*, 275-278.

adanya masa berkabung. Ketika isteri ditinggal oleh suami, maka perasaan sedih itu muncul, dan begitu pula dengan suami ketika ditinggal mati oleh isterinya. Oleh karena itu, karena adanya kesamaan 'illat maka suami juga hukumnya sama dengan isteri, yaitu memiliki masa berkabung ketika ditinggal mati oleh isterinya. Kemudian lamanya masa berkabung ini bisa juga disamakan dengan masa berkabungnya isteri. Dalam hal ini, KHI mengikuti ketetapan dengan menggunakan metode *dalālah al-dalālah* tersebut, yaitu suami juga memiliki masa berkabung, hanya saja lamanya masa berkabung tidak ditentukan dan diserahkan pada kepatutan dalam masyarakat.

B. Perlindungan Hak-Hak Anak

Dalam hukum keluarga Islam, anak menempati posisi yang penting. Ayat-ayat Al-Qur'an dan As-Sunnah banyak berpesan kepada orang tua untuk mendidik anak dengan baik dan memenuhi kebutuhan-kebutuhannya. Bahkan apabila ayah dan ibunya bercerai pun, hukum keluarga Islam berupaya supaya hak-hak anak tetap terjaga. Dalam buku-buku fikih masalah pengasuhan anak ini dibahas dalam bab *al-Ḥaḍānah* (pemeliharaan anak).⁸¹ Dalam KHI Bidang Perkawinan, masalah pengasuhan anak ini juga dibahas secara khusus, yaitu pada bab XIV (pasal 98-106) mengenai pemeliharaan anak dan bab XV (Pasal 107-112) masalah perwalian. Namun demikian, apabila dicermati, pembaruan KHI Bidang Perkawinan ini tidak hanya pada dua bab di atas, tetapi juga tersebar di beberapa pasal lainnya.

⁸¹Perlindungan anak ini secara lebih luas dibahas dalam konsep wilayah (perwalian, perlindungan), yaitu perlindungan orang tua terhadap anaknya. Perlindungan tersebut mencakup (1) perlindungan dalam masalah pendidikan, ini masuk pembahasan *ḥaḍānah*, (2) perlindungan terhadap jiwa dan raganya, mulai dari lewat umur *ḥaḍānah* sampai baligh (dewasa), dan (3) perlindungan terhadap hartanya. Muhammad Abū Zahrah, *Al-Aḥwāl al-Syakhshiyah* (Tnp.: Dār al-Fikr al-'Arabi, t.t.), 526.

1. Batas Minimal Usia Nikah

Dalam fikih klasik, pernikahan tidak mengenal batas usia minimal, sehingga kemudian ada konsep wali mujbir yang dapat menikahkan anaknya yang masih kecil.⁸² Wali, sesuai makna bahasanya (*al-wilāyah*, berarti *al-maḥabbah*, *al-nuṣrah*) yang berarti orang yang menyayangi dan menolong, ketika menikahkan anaknya adalah demi untuk kemaslahatan anak tersebut, bukan kemaslahatan dirinya.⁸³ Namun demikian, dalam perkembangannya, banyak wali nikah yang memaksakan kehendak kepada anak perempuan untuk menikah demi kepentingannya sendiri, tanpa mempertimbangkan kepentingan anaknya.

Fikih kontemporer, berbeda dengan fikih klasik, umumnya membatasi usia minimal pernikahan dengan maksud untuk melindungi hak anak, termasuk dari pernikahan yang dilakukan oleh wali dengan tanpa sepersetujuan anak karena masih kecil. Batas usia minimal pernikahan dalam KHI ini adalah 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan, sebagaimana dinyatakan dalam pasal di bawah ini.

Pasal 15

- (1) Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang ditetapkan dalam pasal 7 Undang-undang No.1 tahun 1974 yakni calon suami sekurang-kurangnya berumur 19 tahun dan calon isteri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun.
- (2) Bagi calon mempelai yang belum mencapai umur 21 tahun harus mendapat izin sebagaimana yang diatur dalam pasal 6 ayat (2), (3), (4) dan (5) UU No. 1 Tahun 1974.⁸⁴

⁸²Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6691-6692.

⁸³ Wahbah, *Al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6690.

⁸⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 19

Pembatasan usia minimal untuk nikah ini umum dilakukan di beberapa negara, namun batas usia yang ditentukan tersebut berbeda-beda. Misalnya untuk menyebutkan beberapa contohnya adalah Malaysia yang membatasi 18 tahun bagi laki-laki dan 15 tahun bagi perempuan, Saudi Arabia membatasi minimal 15 tahun baik untuk laki-laki maupun perempuan, Bangladesh membatasi minimal 21 tahun bagi laki-laki dan 18 tahun bagi perempuan, dan Aljazair yang membatasi 21 tahun bagi laki-laki dan 19 tahun bagi perempuan.⁸⁵ Di samping itu, di Syria dan Yordania diatur juga jarak umur antara mempelai laki-laki dan perempuan yang tidak boleh terlalu jauh. Apabila jarak umurnya terlalu jauh, maka di Syria perkawinan tersebut hanya bisa dilakukan setelah mendapatkan izin secara khusus dari pengadilan. Sementara di Yordania ditetapkan bahwa perkawinan tidak dapat dilangsungkan apabila perbedaan umur antara mempelai laki-laki dan perempuan tersebut lebih dari 20 tahun dan mempelai perempuan belum mencapai umur 18 tahun. Perkawinan tersebut dapat dilakukan hanya dengan izin khusus dari pengadilan dan dipastikan bahwa perkawinan itu adalah demi kepentingan mempelai perempuan.⁸⁶ Landasan hukum dari batas minimal usia nikah ini adalah Q.S. Al-Nisā (4) ayat 6 yang menyatakan adanya umur untuk menikah. Hanya saja batasan minimal umur menikah ini dipahami berbeda-beda oleh Negara-negara muslim sesuai dengan konteksnya masing-masing, sebagaimana para ulama mazhab juga berbeda pendapat mengenai umur dewasa (*sinn al-bulug*) tersebut.⁸⁷

Apabila dicermati, pembatasan usia minimal pernikahan di Saudi Arabia adalah seorang anak umumnya mencapai umur baligh,

⁸⁵Muhammad Jābir Ṣalāh, *Tahfīd Sinn al-Zawāj, Ḥatmiyyah Ijtimā'iyah wa Iqtisādiyyah* (Yaman: Muassasah Nadwah az-Zawāj, 2008), 3-4.

⁸⁶M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 211.

⁸⁷Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, 90.

yaitu 15 tahun. Sementara di negara-negara lainnya tidak hanya baligh tetapi juga mendekati dewasa. Usia dewasa sendiri menurut KHI adalah umur 21 tahun, sehingga walaupun calon mempelai sudah berusia 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan, tetapi masih memerlukan izin dari orang tua. Secara metodologis, pandangan mengenai batas usia minimal untuk nikah ini didasarkan pada QS. Al-Nisā (4) ayat 6 yang menyatakan: “*wa ibtalu al-yatāma ḥatta idhā balaghū an-nikāh*” (Dan ujilah (didiklah) anak yatim itu sampai mencapai cukup umur untuk menikah). Kalimat “*ḥatta idhā balaghū an-nikāh*” dipahami oleh negara-negara di atas sebagai anak yang telah mencapai umur baligh atau sudah mendekati dewasa. Pemahaman dari makna tersurat (*dalālah ‘ibārah*) tersebut kemudian dikaitkan dengan *al-‘urf* atau kondisi masing-masing negara sehingga kemudian menimbulkan batasan umur yang berbeda-beda.

Kalimat “*ḥatta idhā balaghū an-nikāh*” dalam ayat di atas, yang secara literal berarti “sampai ketika mencapai cukup usia untuk menikah”, memberi makna bahwa ada “usia nikah” dan batasan minimalnya tentu saja tergantung pada tempat dan waktu serta keadaan masing-masing masyarakat. Penentuan batas minimal untuk menikah, dengan demikian, ditentukan oleh *al-‘urf* masing-masing masyarakat. Dengan demikian, secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai batas minimal usia menikah ini didasarkan pada makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari ayat di atas dan juga *al-‘urf* Indonesia, yang tujuannya adalah untuk melindungi hak-hak anak supaya tidak dikawinkan dalam usia dini oleh walinya.⁸⁸ Walaupun menikah, maka anak yang telah mencapai batas usia minimal tersebut menikah karena memang keinginannya, dengan tetap di bawah izin dan bimbingan orang tuanya.

⁸⁸Mengenai pentingnya *al-‘urf* dalam penetapan hukum Islam, misalnya As’ad ‘Abd al-Ghānī al-Kafrawī, *Al-Istidlāl ‘Inda al-Uṣūliyyīn*, (Kairo: Dār as-Salām, 2005), 510-514.

2. Perkawinan Wanita Hamil

Apabila ditelusuri dalam fikih mazhab terjadi perbedaan pendapat mengenai boleh tidaknya menikahi wanita yang hamil akibat zina, namun perdebatan tersebut mengenai dua hal, pertama tentang boleh tidaknya menikah dengan pezina (sebagai profesi), dan kedua tentang boleh tidaknya menikahi wanita hamil akibat zina. Mengenai masalah pertama, mayoritas ulama berpendapat bahwa hukum menikahi pezina pada dasarnya adalah boleh bagi siapapun, sementara sebagian ulama mengharamkannya bagi orang muslim. Pernikahan dengan wanita yang profesinya sebagai pezina hanya boleh dilakukan oleh pezina laki-laki. Pendapat sebagian ulama ini didasarkan pada makna tersurat dari QS. Al-Nūr (24) ayat 3 yang menyatakan: *wa al-zāniyatu la yankihuha illā zānin au mushrikun wa ḥurrima dhālika ‘ala al-muḥminīn* (pezina perempuan tidak boleh menikah kecuali dengan pezina laki-laki atau orang musyrik, dan hal itu diharamkan bagi orang-orang beriman). Sementara menurut mayoritas ulama, ayat di atas tidak menunjukkan makna haram, tetapi hanya celaan (makruh). Sementara yang diharamkan dalam ayat itu (*wa ḥurrima dhalika ‘alā al-muḥminīn*) adalah perbuatan zinanya, bukan pernikahannya.⁸⁹ Sementara itu, mengenai masalah kedua, sebagian ulama membolehkan perkawinan wanita hamil akibat zina bagi siapapun, karena tidak ada iddah dalam zina, dan sebagian ulama melarangnya, karena khawatir tercampurnya nasab dan jelas-jelas rahimnya tidak kosong, sebagai syarat adanya nikah yang sah.⁹⁰

Pandangan KHI mengenai hal ini tampaknya merupakan hasil eklektik dari pendapat-pendapat yang ada, yaitu wanita hamil akibat zina adalah boleh menikah hanya dengan laki-laki yang menghamilinya, atau dengan kata lain wanita hamil akibat zina tersebut tidak boleh menikah kecuali hanya dengan laki-laki yang

⁸⁹ Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Muḥtahid*, II: 30.

⁹⁰ Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrīʿ*, 341.

menghamilinya. Apabila dikaitkan dengan pandangan ulama dalam masalah kedua, yaitu tentang boleh tidaknya wanita hamil akibat zina dinikahi, pandangan KHI ini berada di antara keduanya, yaitu mengikuti pendapat pertama yang menyatakan bahwa wanita hamil akibat zina tersebut boleh nikah, namun bedanya tidak dengan siapapun, tetapi khusus dengan laki-laki yang menghamili. Pengkhususan ini tampaknya untuk menepis keberatan pendapat kedua yang mengkhawatirkan tercampurnya nasab. Dengan menikah hanya dengan laki-laki yang menghamili, percampuran nasab tersebut tidak terjadi. Pasal KHI yang menyatakan hal ini adalah sebagai berikut.

Pasal 53

- (1) Seorang wanita hamil di luar nikah, dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya.
- (2) Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dilangsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya.
- (3) Dengan dilangsungkannya perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandung lahir.⁹¹

Dari pasal 53 di atas terlihat bahwa alasan mengapa wanita yang telah hamil akibat zina tersebut dapat dinikahkan secara sah dengan pria yang menghamilinya adalah untuk menjaga hak-hak anak supaya ketika lahir anak tersebut sebagai anak sah yang memiliki hubungan darah dengan ayahnya.⁹² Dengan demikian, hak-

⁹¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 33

⁹² Ketentuan KHI ini telah selaras dengan *maqāshid syarīah*, khususnya dalam melindungi hak-hak status dan kebendaan anak, hanya saja perlu adanya sanksi bagi pelaku zina, sehingga ketentuan ini tidak membuka pintu yang permisif

hak yang lain seperti nasab dan nafkah akan terjamin sampai dia dewasa. Secara metodologis-Ushul Fikih, pendapat KHI ini didasarkan pada makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari QS.An-Nūr (24) ayat 3 di atas. Hanya saja dalam hal ini diimplementasikan khusus pada wanita hamil akibat zina, bukan wanita yang berprofesi sebagai pezina atau wanita penghibur. Karena bisa saja dalam masalah wanita penghibur ini, KHI berpendapat sama dengan mayoritas ulama, yaitu boleh menikah dengan siapa saja asalkan syarat rukunnya terpenuhi. Hal ini dapat disimpulkan secara implisit dari pasal-pasal yang ada. Dengan demikian, KHI telah melakukan pengkhususan makna terhadap pezina yang masih umum tersebut menjadi wanita hamil akibat zina. Pengkhususan seperti ini secara metodologis dapat dibenarkan, dan dalam hal ini makna umum tersebut dikhususkan oleh *al-‘urf* atau realitas yang banyak terjadi di Indonesia, yaitu wanita hamil akibat zina yang umumnya secara adat harus dinikahkan.⁹³

Ketentuan tentang menikahi wanita hamil oleh laki-laki yang menghamili ini juga umum berlaku di negara-negara muslim lain.⁹⁴ Wahbah al-Zuhaili (w. 2015) menyatakan bahwa para ulama bersepakat mengenai kebolehan menikah wanita pezina bagi orang yang menzinahinya. Oleh karena itu, pernikahan antara laki-laki dan wanita yang dihamilinya adalah sah sebagaimana pernikahan pada umumnya. Pandangan ini tidak bertentangan dengan isi surah al-Nur (24) ayat 3 karena status mereka sama-sama pezina.⁹⁵ Kebolehan ini di samping alasan normatif tersebut juga dimaksudkan untuk

bagi perbuatan zina. Nurul Huda, “Kawin Hamil dalam Kompilasi Hukum Islam (Tinjauan Maqashid Syariah)”, *Ishraqi*, Vol. 5, No. 1, Januari-Juni 2009, 35-51.

⁹³Mengenai pengkhususan makna umum oleh *al-‘urf* ini, misalnya Ḥasaballah, *Uṣūl al-Tashrī‘*, 242.

⁹⁴ Muhammad Qadri Basha, *Al-Aḥkām al-Shar‘iyyah fī al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, 112-113.

⁹⁵ Wahab al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islāmi wa Adillatuh*, (Damaskus: Dār al-Fikr, 1985), VI: 148.

melindungi hak-hak hukum anak dalam masyarakat, khususnya masalah status dan nasab dari anak yang dilahirkan. Demikian juga dalam KHI, ketentuan ini merupakan sesuatu yang tidak dapat dilepaskan dari upaya meredefinisi dan melakukan pembaruan tentang pengertian anak sah.

3. Status Anak Sah

Anak sah dalam fikih klasik adalah anak yang lahir sebagai hasil pembuahan dari suami dan isteri yang didahului terlebih dahulu oleh akad nikah secara sah. Dengan demikian, apabila terjadi hamil terlebih dahulu kemudian baru diadakan akad nikah, maka anak yang lahir tidak dianggap sebagai anak yang sah, tetapi anak zina.⁹⁶ Ketentuan ini dapat dipandang sebagai tindakan preventif untuk menutup perbuatan zina, dengan tidak mengakui konsekuensinya secara hukum. Namun demikian, dalam waktu yang sama, yang menjadi korban adalah anak yang dilahirkannya, padahal dia tidak bersalah, dan yang bersalah sebenarnya adalah perbuatan orang tuanya. Dengan maksud untuk melindungi hak-hak anak dan sebagai konsekuensi dari dibolehkannya wanita hamil akibat zina menikah dengan laki-laki yang menghamilinya, maka KHI menetapkan definisi anak sah sebagaimana pasal di bawah ini.

Pasal 99

Anak yang sah adalah:

- a. Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah;
- b. Hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.⁹⁷

⁹⁶Salah satu argumen para ulama adalah bahwa adanya nasab merupakan nikmat, dan nikmat tidak lahir dan muncul dari perbuatan pidana. Abū Zahrah, *Al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah*, 454-455.

⁹⁷ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 51

Anak sah, dengan demikian, menurut KHI pasal 99 ini adalah *pertama*, anak yang lahir setelah adanya akad perkawinan yang sah dari kedua orang tuanya, kemudian hamil dan lahir, *kedua*, anak yang lahir setelah adanya kehamilan terlebih dahulu, kemudian kedua orang tuanya melakukan akad nikah lalu lahir, *ketiga*, anak yang lahir setelah adanya akad nikah yang sah, namun sebelum lahir kedua orang tuanya berpisah, baik karena cerai atau ayahnya meninggal, dan *keempat* adalah anak yang lahir setelah adanya proses bayi tabung dari kedua orang tuanya yang telah sah menikah. Anak sah tipe kedua inilah yang berbeda dengan pandangan fikih mazhab klasik.⁹⁸

Bahkan keputusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang dikeluarkan pada tanggal 27 Pebruari 2012 menyatakan bahwa *Anak yang dilahirkan di luar perkawinan tidak saja mempunyai hubungan perdata dengan ibunya tetapi juga dengan bapak biologisnya sepanjang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi atau alat bukti lain menurut hukum bahwa anak tersebut mempunyai hubungan darah dengan bapak biologisnya.*⁹⁹ Dengan putusan MK tersebut, berarti adanya legalitas hukum berupa hubungan darah antara anak yang lahir di luar perkawinan dengan ayah biologisnya. Hubungan yang semula hanya merupakan sebuah realitas berubah menjadi hubungan hukum, sehingga hal ini memiliki konsekuensi dan akibat hukum. Dengan demikian, antara anak dengan bapak biologisnya dan juga keluarga bapaknya secara hukum memiliki hubungan perdata sebagaimana hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.¹⁰⁰

⁹⁸Tahir Mahmood, *Family Reform in the Muslim World* (Bombay:Tripathi, 1972), 115. مدونة الأسرة المغربية. <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

⁹⁹ Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, hlm. 29-44.

¹⁰⁰Mukti Arto, "Diskusi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 27 Pebruari 2012 Tentang Perubahan Pasal 43 UUP", Makalah, hlm. 5-6.

Konsekuensinya, apabila antara anak dan ibu memiliki hubungan nasab, maka dipahami bahwa dengan bapak biologisnya juga memiliki hubungan nasab, yang berarti anak yang lahir di luar perkawinan tersebut berhak atas nafkah, perwalian dan waris kepada bapak biologis dan keluarga bapaknya tersebut.

Putusan MK tersebut menuai pro dan kontra. Kelompok yang pro antara lain adalah Komnas HAM dan Komnas Perempuan serta para aktivis gerakan perempuan dan anak. Mereka memandang bahwa keputusan MK tersebut sudah tepat karena bertujuan melindungi hak-hak anak dan juga perempuan. Anak di luar perkawinan umumnya selama ini menjadi tanggung jawab ibunya semata, namun dengan putusan MK tersebut tanggung jawab utama terhadap anak berada di tangan bapak biologisnya. Sementara itu, pihak-pihak yang menolak putusan MK kebanyakan dari kalangan ahli hukum Islam, baik ulama maupun hakim.¹⁰¹ MUI, misalnya, menyatakan bahwa anak hasil zina tidak memiliki hubungan nasab sama sekali dengan bapak biologisnya. Namun demikian, laki-laki pezina sebagai bapak biologisnya, oleh pemerintah dapat dikenakan hukuman *ta'zir* (jenis dan hukuman yang diberikan oleh pihak yang berwenang) berupa 1) mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut dan 2) memberikan harta setelah ia meninggal melalui *wasiat wajibah*. Hukuman tersebut semata-mata bertujuan melindungi hak anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.¹⁰²

Secara metodologis, ketetapan KHI mengenai definisi anak sah tersebut adalah didasarkan pada metode *al-istihsān*, yaitu mengecualikan anak yang telah dikandung terlebih dahulu sebelum akad nikah kedua orang tuanya sebagai anak sah demi

¹⁰¹ Syamsul Anwar dan Isak Munawar, "Nasab Anak di Luar Perkawinan Paska Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 27 Februari 2012 Menurut Teori Fikih dan Perundang-undangan", Makalah, hlm. 33.

¹⁰² <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4f6322acd4b12/fatwa-mui-juga-melindungi-anak-hasil-perzinaan>.

mempertimbangkan kemaslahatan dan perlindungan hak-hak anak (*ḥifdh an-nafs*), khususnya hak nafkah, hak waris dan hak pengasuhan. Ketetapan ini diperkuat oleh QS.Al-An'ām (6) ayat 164: *Lā taziru wāziratun wizra ukhrā* (seorang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain), seorang anak yang tidak berdosa sebaiknya tidak menanggung beban perbuatan zina yang telah dilakukan orang tuanya.

Seiring dengan kebolehan menikahi wanita hamil oleh laki-laki yang menghamilinya, maka anak yang dikandungnya dan lahir setelah terjadinya perkawinan tersebut dipandang sebagai anak yang sah dalam aturan perundang-undangan di negara-negara muslim, berbeda dengan ketetapan fikih mazhab klasik yang tidak mengakuinya sebagai anak sah. Kebanyakan Negara-negara muslim menetapkan bahwa anak dianggap sebagai anak sah apabila masa kehamilan selama pernikahannya adalah minimal enam bulan. Hal ini disimpulkan dari dua ayat, yaitu Q.S. Luqman (31) ayat 14 yang menyatakan bahwa umur selesainya menyapih adalah dua tahun dan Q.S. Al-Ahqaf (46) ayat 15 yang menyatakan bahwa masa hamil dan menyusui adalah tiga puluh bulan. Dengan demikian dari dua ayat tersebut dapat dipahami bahwa umur minimal kehamilan adalah tiga puluh bulan dikurangi dua tahun, yaitu enam bulan.¹⁰³ Lebih dari itu, dalam undang-undang hukum keluarga Maroko dinyatakan bahwa anak yang lahir dalam masa khitbah (peminangan) dapat dianggap sebagai anak sah, apabila memang kedua orang tuanya melangsungkan pernikahan setelahnya. Hal ini didasarkan terutama pada perlindungan terhadap hal-hak anak (*li ḥimāyah ḥuqūq al-ṭifl*).¹⁰⁴ Secara metodologis-Ushul Fikih,

¹⁰³Maḥmūd 'Ali al-Shartāwi, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah*, 541-542.

¹⁰⁴ <http://ar.wikipedia/mudawwadah al-usrah al-maghribi>. Diakses pada 4 Mei 2015.

ketetapan ini sebagaimana ketentuan KHI di atas menggunakan metode *al-istihsān* hanya saja dalam tingkat yang lebih liberal.¹⁰⁵

4. Pengasuhan Anak

Anak merupakan amanah Allah kepada orang tua, sehingga orang tua wajib mendidik, menjaga dan mengasuhnya dengan baik. Pengasuhan anak ini berlangsung sampai anak tumbuh dewasa, sehingga bisa dilepas untuk hidup mandiri.¹⁰⁶ Hal ini karena pada dasarnya anak merupakan buah hati dan kesenangan dalam keluarga serta menjadi salah satu tujuan dari adanya perkawinan.¹⁰⁷ Dalam KHI, anak dianggap telah dewasa adalah setelah mencapai umur 21 tahun. Pengasuhan orang tua ini terus berlanjut sekalipun kedua orang tuanya bercerai, hal ini sebagaimana dinyatakan antara lain dalam pasal-pasal di bawah ini.

Pasal 98

- (1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- (2) Orang tuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan.
- (3) Pengadilan Agama dapat menunjuk salah seorang kerabat terdekat yang mampu menunaikan kewajiban tersebut apabila kedua orang tuanya tidak mampu.¹⁰⁸

¹⁰⁵ <http://ar.wikipedia/mudawwadah al-usrah al-maghribi>. Diakses pada 4 Mei 2015.

¹⁰⁶ Wacl B. Hallaq, *Shari'ah: Theory, Practice, Transformations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 287-288.

¹⁰⁷ Abdur Rahman, *Women in Shari'ah*, 129.

¹⁰⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 50

Pasal 156

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah antara lain:

- a. Apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaann kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula;
- b. Semua biaya hadanah dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun).¹⁰⁹

Pada pasal-pasal di atas dijelaskan bahwa apabila orang tuanya tidak mampu atau tidak memungkinkan, termasuk karena meninggal dunia sehingga menjadi anak yatim, maka melalui Pengadilan Agama, pengaturan pengasuhan anak tersebut akan dialihkan pada kerabatnya yang mampu. Dengan kata lain, negara, melalui lembaga yang terkait, bertanggung jawab terhadap pengasuhan anak ini sampai dia menjadi dewasa.¹¹⁰ Di sini terlihat betapa KHI memperhatikan dan melindungi hak-hak anak, sampai mengantarkannya ke masa dewasa. Secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai hak anak ini didasarkan pada makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari ayat-ayat Al-Qur’an dan Sunnah Nabi yang berkaitan dengan *al-ḥadānah*, yang kemudian diimplementasikan sesuai dengan konteks *al-‘urf* yang ada di Indonesia.

¹⁰⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 72

¹¹⁰ Abdur Rahman, *Women in Shari’ah*, 113-116.

Konteks *al-‘urf* inilah yang membedakan aturan dalam masalah *al-ḥaḍānah* ini di negara-negara muslim lainnya, khususnya sampai kapan atau umur berapa seorang anak mendapat hak pemeliharaan dari orang tuanya tersebut. Namun demikian, secara umum negara-negara muslim tersebut memiliki semangat yang sama dalam melindungi hak-hak anak, terutama ketika dua orang tuanya bercerai. Perceraian orang tua diupayakan tidak mengakibatkan penelantaran terhadap anak mereka. Semua ketentuan negara-negara muslim menyatakan bahwa anak yang masih kecil berada di bawah pemeliharaan ibunya ketika terjadi perceraian. Ketika anak tersebut mencapai usia baligh, baru dapat memilih untuk hidup bersama ibu atau ayahnya. Di Yordania, misalnya, ditetapkan bahwa seorang anak berada dalam pemeliharaan ibunya sampai umur 7 tahun bagi laki-laki dan 9 tahun bagi perempuan, dan apabila masih diperlukan ditambah 2 tahun lagi untuk kemudian dapat memilih antara tetap ikut dengan ibunya atau pindah ikut dengan ayahnya.¹¹¹ Sementara di Tunisia, pada dasarnya seorang anak dapat dipelihara oleh salah satu pihak dari kedua orang tuanya atau pihak ketiga berdasarkan putusan pengadilan. Pengadilan juga dapat menetapkan batas waktu pemeliharaan anak dengan memperhatikan kondisi anak yang bersangkutan.¹¹²

Pemeliharaan anak tersebut tidak berhenti sampai di situ. Anak tetap harus diasuh dengan baik oleh bapaknya, ibunya atau pihak ketiga yang ditunjuk. Nafkah anak tersebut pada dasarnya dibebankan kepada bapaknya. Di Maroko, misalnya, anak masih dalam pemeliharaan orang tuanya sampai umur 20 tahun atau sudah bekerja bagi laki-laki dan sampai menikah bagi perempuan.¹¹³ Ayat-ayat Al-Qurān yang menjadi landasan pemeliharaan anak ini tidak

¹¹¹ Tahir Mahmood, *Family Law Reform*, 78.

¹¹² Tahir Mahmood, *Family Law Reform*, 105.

¹¹³ Aḥmād al-Khumaṣī, *Al-Ta’līq ‘ala Qānūn al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah* (Ttp.: Tnp., t.t.), II: 259-264.

menentukan batas umur anak. Namun demikian, pemeliharaan anak ini tidak saja berkaitan dengan nafkah,¹¹⁴ tetapi juga dengan pembentukan akhlak dan agamanya secara umum, sehingga menjadi anak yang shaleh dan terhindar dari api neraka.¹¹⁵ Pemeliharaan anak ini merupakan fardu kifayah, sehingga apabila orang tuanya tidak mampu maka menjadi kewajiban masyarakat yang mampu, dan apabila ada anak yang terlantar maka menjadi dosa bagi seluruh masyarakat.¹¹⁶

C. Peran Lembaga Pemerintah dalam Perkawinan

Dalam QS.An-Nisā (4) ayat 35 dinyatakan bahwa ketika suami dan isteri berselisih pendapat dan bertengkar, maka dianjurkan untuk tidak langsung terjadi talak, tetapi masing-masing mengangkat hakam sebagai mediator untuk menyelesaikan permasalahan yang ada dalam perkawinan. Dengan kata lain, dalam masalah perkawinan ini diperlukan pihak ketiga, selain suami dan isteri, yang dapat membantu sebagai penengah dalam rangka menjaga hak-hak masing-masing suami isteri. Dalam perkawinan, sebagaimana dikemukakan, pada dasarnya terdapat hak dan kewajiban suami dan isteri sebagai aturan formalitas untuk tercapainya keharmonisan rumah tangga, sehingga masing-masing pihak berjalan pada tempat yang semestinya. Namun demikian, pada dasarnya hak dan kewajiban tersebut bersifat fleksibel dan dapat dikompromikan antara suami dan isteri, karena prinsip dasar relasi antara suami dan isteri adalah pergaulan yang baik (*mu'āsharah bi al-ma'rūf*).

Di Indonesia, dan juga di negara-negara lain, saat ini konsep hakam atau mediator ini termanifestasi dalam lembaga-lembaga

¹¹⁴ Q.S. Al-Baqarah (2) 233 dan Q.S. Al-Isrā (17): 31.

¹¹⁵ Q.S. Al-Isrā (17): 23-24 dan Q.S. Al-Tahrim (66): 6.

¹¹⁶ Maḥmūd 'Alī al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah*, 560-562.

pemerintah yang terkait dengan masalah perkawinan, baik ketika akan menikah maupun apabila ada perselisihan antara suami dan isteri. Lembaga-lembaga terkait perkawinan tersebut adalah Kantor Urusan Agama (KUA) dan Pengadilan Agama (PA).¹¹⁷ Dengan demikian, lembaga-lembaga pemerintah terkait perkawinan tersebut tidak hanya sebagai tempat penyelesaian ketika terjadi perselisihan, tetapi juga sebagai lembaga yang mengatur dan mengelola perkawinan secara umum, termasuk sebagai sarana untuk menjaga supaya tujuan perkawinan tersebut tercapai. Lembaga pemerintah ini sebenarnya tidak hanya berkaitan dengan perkawinan tetapi mengatur masalah hukum keluarga (*al-Aḥwāl al-shakhṣiyyah*) secara umum.

Peran lembaga-lembaga pemerintah ini tergambar dalam pasal-pasal KHI Bidang Perkawinan, antara lain dalam masalah-masalah sebagai berikut.

1. Pencatatan Perkawinan, Cerai dan Rujuk

Sebagaimana dikemukakan, peran lembaga pemerintah, dalam hal ini adalah KUA, berfungsi juga sebagai sarana untuk menjaga dan mewujudkan tujuan perkawinan. Salah satu cara untuk menjaga dan mewujudkan tujuan perkawinan tersebut adalah dengan menertibkan dan mengatur administrasi perkawinan, yang salah satunya adalah pencatatan nikah. Pencatatan ini merupakan bukti yang paling kuat bagi adanya ikatan suami isteri, sehingga di samping masing-masing akan lebih bertanggung jawab juga di kemudian hari tidak bisa ada yang mengingkarinya, baik dari pihak

¹¹⁷ Pemerintah memang berperan besar dalam menentukan perubahan masyarakat melalui aturan-aturan hukumnya, termasuk dalam bidang perkawinan di Indonesia. Mark Cammack, Lawrence A. Young, Tim Heaton, "Legislating Social Change in an Islamic Society: Indonesia's Marriage Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996, 73. Peran tersebut, khususnya Pengadilan Agama, menjadi semakin kuat setelah pindah dari Kementerian Agama ke Mahkamah Agung pada bulan Juni tahun 2004. Mark E. Cammack and R. Michael Feener, "The Islamic Legal System in Indonesia", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 21 NO. 1, Januari 2012, 26.

suami isteri ataupun pihak lain. Oleh karena itu, KHI mengatur masalah pencatatan perkawinan tersebut sebagaimana dalam beberapa pasal di bawah ini.

Pasal 5

- (1) Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat.
- (2) Pencatatan perkawinan tersebut apada ayat (1), dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No.22 Tahun 1946 jo Undang-undang No. 32 Tahun 1954.¹¹⁸

Pasal 6

- (1) Untuk memenuhi ketentuan dalam pasal 5, setiap perkawinan harus dilangsungkan dihadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah.
- (2) Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan Hukum.¹¹⁹

Pasal 7

- (1) Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.
- (2) Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan itsbat nikahnya ke Pengadilan Agama.¹²⁰

Dengan demikian, supaya berkekuatan hukum, perkawinan di Indonesia harus dicatat di hadapan pegawai pencatat nikah yang

¹¹⁸ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 15

¹¹⁹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 15

¹²⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 15

kemudian ditulis dalam akta nikah. Akta nikah ini merupakan bukti yang otentik bahwa telah terjadi pernikahan antara suami dan isteri yang bersangkutan, sehingga tidak ada pihak yang dapat mengingkarinya dan konsekuensi-konsekuensi yang ditimbulkan dari perkawinan ini menjadi berkekuatan hukum. Anak yang dilahirkan, misalnya, akan diakui negara sebagai anak sah dari pasangan suami isteri tersebut, sehingga hak nafkah, hubungan nasab dan hak warisnya dilindungi oleh negara.

Sebagaimana pernikahan, perceraian juga harus dicatat dan dibuktikan dengan surat cerai dari Pengadilan Agama, karena akan memiliki konsekuensi dan hukum berbeda, khususnya berkaitan dengan isteri dan anaknya.¹²¹ Oleh karena itu pasal 8 KHI menyatakan:

Pasal 8

Putusnya perkawinan selain cerai mati hanya dapat dibuktikan dengan surat cerai berupa putusan Pengadilan Agama baik yang berbentuk putusan perceraian, ikrar talak, khuluk atau putusan taklik talak.¹²²

Begitu pula, apabila terjadi rujuk, yang berarti hak dan kewajiban dalam perkawinan akan kembali lagi, maka juga harus dicatat di Kantor Urusan Agama. Hal ini dikemukakan dalam beberapa pasal dalam KHI, yang antara lain:

Pasal 10

Rujuk hanya dapat dibuktikan dengan kutipan Buku Pendaftaran Rujuk yang dikeluarkan oleh Pegawai Pencatat Nikah.¹²³

¹²¹Mengenai semakin pentingnya kedudukan dan peran Peradilan Agama ini, lihat misalnya Achmad Gunaryo, *Pergumulan Politik & Hukum Islam: Reposisi Peradilan Agama dari Peradilan "Pupuk Bawang" Menuju Peradilan Sesungguhnya* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006).

¹²² *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 16

¹²³ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 17

Pasal 166

Rujuk harus dapat dibuktikan dengan Kutipan Buku Pendaftaran Rujuk dan bila bukti tersebut hilang atau rusak sehingga tidak dapat dipergunakan lagi, dapat dimintakan duplikatnya kepada instansi yang mengeluarkannya semula.¹²⁴

Pencatatan nikah, cerai dan rujuk menjadi sangat penting secara administratif karena berkaitan dengan status pernikahan dan konsekuensi hukum yang mengikutinya. Dari uraian di atas terlihat secara implisit bahwa tujuan adanya pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini adalah untuk menjaga hak-hak dari masing-masing anggota keluarga, baik suami, isteri maupun anak, sehingga secara metodologis dapat didasarkan pada metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu menetapkan hukum dengan didasarkan pada kemaslahatan yang sesuai dengan tujuan syariah (*maqāshid al-sharī'ah*), yaitu menjaga jiwa dan harta (*ḥifẓ al-nafs wa al-māl*) dari masing-masing anggota keluarga, bahkan menjaga kejelasan keturunan (*ḥifẓ al-nasl*). Namun demikian, pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini secara metodologis bisa juga didasarkan pada metode *al-qiyās*, yaitu analogi terhadap pencatatan hutang piutang yang dinyatakan dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 282.¹²⁵ Ayat tersebut memerintahkan bahwa apabila terjadi akad hutang piutang, maka harus ditulis, ayat tersebut berbunyi: *yā ayyuha alladhīna āmanū idhā tadāyantum bi dainin ilā ajalīn musamma faktubūh* (wahai orang-orang beriman, apabila kamu sekalian melakukan akad hutang piutang, maka tulislah hutang tersebut).

Para ulama biasanya mengartikan kalimat perintah *faktubūh* (tulislah akad hutang piutang itu) tersebut dengan makna anjuran atau sunnah (*li al-irshād* atau *li al-nadb*), namun sebenarnya apabila

¹²⁴ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 75

¹²⁵ Mengenai pentingnya metode *al-Qiyās*, misalnya 'Alī Jum'ah, *Al-Mustalāḥ al-Uṣūlī wa Mushkilah al-Mafāhim* (Kairo: Dār al-Risālah, 2004), 51-53.

akad hutang piutang itu jumlahnya besar dan penting, perintah untuk menulis atau mencatat tersebut bisa menjadi harus atau wajib. Dalam metode *al-qiyās* ini, berarti *al-aṣl*-nya adalah akad hutang piutang, *al-farʿ*-nya adalah akad nikah, cerai dan rujuk, kemudian *ʿillat*-nya adalah supaya ada tanggung jawab dari para pihak dan tidak ada kezhaliman, dan hukumnya harus ditulis atau dicatat. Dengan demikian, hukum mencatatkan perkawinan, perceraian dan rujuk adalah sama dengan hukum mencatatkan akad hutang piutang sebagaimana disebutkan dalam ayat di atas. Bahkan, masalah perkawinan ini, berbeda dengan akad hutang piutang, disebut oleh Al-Qurān sebagai *mithāqan ghalīẓan*, suatu akad yang berupa ikatan kokoh.¹²⁶

Ketentuan pencatatan nikah, begitu pula dengan cerai dan rujuk, sudah menjadi aturan secara umum dalam undang-undang hukum keluarga di negara-negara muslim. Kebanyakan negara menetapkan bahwa pencatatan nikah ini merupakan ketentuan administrasi yang tidak mempengaruhi keabsahan pernikahan. Hanya saja yang membedakannya adalah tingkat ketegasan dari undang-undang di berbagai negara muslim tersebut, yaitu apakah meninggalkan ketentuan pencatatan nikah tersebut merupakan pelanggaran yang terkena sanksi atau tidak. Untuk menyebutkan sebagian negara yang memandang bahwa meninggalkan pencatatan adalah suatu pelanggaran adalah Pakistan dan Yordania, bahkan di Yaman dipandang sebagai perkawinan yang tidak sah dan di Iran diancam hukuman kurungan antara satu sampai 3 bulan. Landasan metodologis dari ketentuan ini adalah analogi terhadap akad jual beli yang harus dicatatkan,¹²⁷ juga *sadd al-dharīʿah* terhadap dampak

¹²⁶ QS. Al-Nisā (4): 21.

¹²⁷ Q.S. Al-Baqarah (2): 282.

buruk dari perkawinan yang tidak dicatatkan.¹²⁸ Dalam masalah pencatatan nikah ini, dengan demikian, terjadi perbedaan pendapat pada dua hal, yaitu apakah mempengaruhi keabsahan pernikahan ataukah hanya sebagai syarat administratif, dan apakah meninggalkannya merupakan pelanggaran hukum yang perlu disanksi ataukah tidak.

2. Perceraian melalui Pengadilan

Perceraian menurut KHI disamping harus dicatatkan, juga hanya dapat terjadi melalui sidang Pengadilan. Bahkan taklik talak yang sudah diucapkan oleh suami pun tidak serta merta jatuh tanpa melalui proses sidang terlebih dahulu di Pengadilan Agama. Ketetapan KHI ini berbeda dengan ketetapan dalam fikih mazhab, yang berpendapat bahwa talak dapat langsung jatuh dengan ucapan dari suami, bahkan apabila diucapkan dengan kata-kata yang jelas, tanpa niat pun tetap jatuh talaknya.¹²⁹ Menurut KHI, dengan demikian, perceraian, baik melalui talak, gugat cerai atau lainnya, selain cerai mati, baru terjadi setelah adanya keputusan pengadilan yang tetap. Ketetapan KHI ini antara lain tertuang dalam beberapa pasal sebagai berikut.

Pasal 46

- (1) Isi taklik talak tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam.
- (2) Apabila keadaan yang diisyaratkan dalam taklik talak betul-betul terjadi kemudian, tidak dengan sendirinya talak jatuh. Supaya talak sungguh-sungguh jatuh, isteri harus mengajukan persoalannya ke pengadilan Agama.

¹²⁸ Ahmad al-Khumashi, *Al-Ta'liq 'alā Qānūn al-Akhwāl al-Shakhsīyyah*, I: 231. M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 59, 72 dan 211-212.

¹²⁹ Taqiyyuddin, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 84.

- (3) Perjanjian taklik talak bukan salah satu yang wajib diadakan pada setiap perkawinan, akan tetapi sekali taklik talak sudah diperjanjikan tidak dapat dicabut kembali.¹³⁰

Pasal 115

Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan Agama setelah Pengadilan Agama tersebut berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.¹³¹

Pasal 123

Perceraian itu terjadi terhitung pada saat perceraian itu dinyatakan di depan sidang pengadilan.¹³²

Ketetapan KHI ini secara umum merupakan implementasi dari prinsip perceraian dalam hukum perkawinan Islam, yaitu perceraian adalah sesuatu yang halal tetapi dibenci oleh Allah (*abghad al-ḥalāl ilā Allah al-Ṭalāq*) dan perceraian harus dilakukan dengan cara yang baik (*taṣrīḥ bi iḥsān* atau *fariqūhunna bi ma'nūf*).¹³³ Kemudian dalam proses terjadinya perceraian tersebut, sebagaimana dikemukakan, dianjurkan adanya hakam atau mediator, dan hakam menurut KHI adalah Pengadilan Agama melalui para hakimnya. Dengan demikian, secara metodologis, ketentuan KHI ini didasarkan pada penerapan prinsip umum yang dikemukakan oleh *naṣṣ* secara jelas (*dalālah al-'ibārah*) dan implementasinya sesuai dengan konteks Indonesia saat ini (*al-'urf*). Di samping itu, ketentuan KHI yang memandang bahwa ucapan talak suami di luar sidang pengadilan dianggap tidak sah di satu sisi, dan di sisi yang lain isteri juga memiliki hak untuk mengajukan gugatan cerai ke

¹³⁰ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 29-30

¹³¹ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 56

¹³² *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 59

¹³³ QS. Al-Baqarah (2): 229 dan 231. QS. Al-Ṭalāq (65): 2.

pengadilan, ini secara metodologis-Ushul Fikih didasarkan pada metode *sadd al-dhari'ah* untuk suami dan *fath al-dhari'ah* untuk isteri. Dalam arti, hak talak suami dibatasi dan jalannya sedikit dihambat (*sadd*) dengan adanya batasan harus di sidang pengadilan, sementara hak isteri diberi jalan dengan membuka peluang (*fath*) untuk dapat mengajukan gugatan cerai ke pengadilan agama. Dengan demikian, pasangan suami isteri hanya bisa mengajukan ke pengadilan agama apabila hendak bercerai, karena pengadilan agama itulah sebagai hakim yang dapat memutuskan perceraian tersebut.

Ketentuan mengenai perceraian harus melalui sidang pengadilan ini telah menjadi aturan hampir di seluruh negara-negara muslim. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah Turki, Siprus, Tunisia, Aljazair, Maroko, Sudan, Yordania, Syria, Iran dan Irak. Di Turki dan Siprus, misalnya, dinyatakan bahwa talak hanya dapat dilakukan melalui putusan pengadilan, dan yang dapat mengajukan cerai ke pengadilan tersebut baik dari pihak suami ataupun pihak isteri. Di Iran, seorang suami dapat mengucapkan talak setelah terlebih dahulu mendapatkan surat keterangan tidak dapat hidup rukun dari pengadilan. Sementara di Pakistan suami dapat menjatuhkan talak di luar pengadilan, namun setelah itu harus melaporkannya ke pejabat pencatatan perceraian yang kemudian akan membentuk Dewan Hakim (Arbitrasi) untuk mendamaikan keduanya. Namun apabila setelah 90 hari proses hakim tersebut gagal, maka talak tersebut berlaku.¹³⁴ Terlepas dari perbedaan yang ada, perceraian di negara-negara muslim tersebut hanya dapat terjadi apabila sudah melalui lembaga peradilan. Hal ini didasarkan pada prinsip mempersulit terjadinya perceraian, karena perceraian merupakan hal halal yang dibenci Allah SWT dan juga

¹³⁴ M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 212-213.

memfungsikan lembaga hakam yang dinyatakan dalam QS. An-Nisā (4) ayat 35.¹³⁵

3. **Perselisihan Perkawinan**

Pengadilan Agama pada dasarnya menjadi tempat bagi terjadinya perselisihan hukum keluarga yang terjadi di antara umat Islam. Dalam kaitannya dengan hukum perkawinan, selain masalah perceraian di atas, KHI juga memberi wewenang Pengadilan Agama untuk menyelesaikan masalah harta bersama dan masalah hadhanah, sebagaimana dinyatakan dalam pasal-pasal di bawah ini.

Pasal 88

Apabila terjadi perselisihan antara suami isteri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama.¹³⁶

Pasal 156

Akibat putusanya perkawinan karena perceraian ialah antara lain: e. bilamana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), dan (d); f. pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.¹³⁷

¹³⁵ Maḥmūd ‘Ali al-Sharṭāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakṣiyyah*, 463-467.

¹³⁶ *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 47

¹³⁷ Secara lengkap pasal 156 ini berbunyi: Akibat putusanya perkawinan karena perceraian ialah: a. anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadhanah dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh: 1. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; 2. ayah; 3. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; 5. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah. b. anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk

Adanya Pengadilan Agama sebagai tempat perselisihan dalam perkawinan menunjukkan bahwa lembaga pemerintah tidak hanya berupaya turut serta mewujudkan tujuan perkawinan ketika pada awal akad nikah, tetapi juga mengawalinya selama masa pernikahan. Kalaupun perkawinan tidak dapat dipertahankan, maka lembaga pemerintah juga menjaga hak masing-masing, terutama hak-hak yang dimiliki isteri dan anak yang menyangkut nafkah dan harta perkawinan. Putusan pengadilan terhadap perselisihan perkawinan tersebut mengikat para pihak yang berperkara, sebagaimana kaidah *ḥukm al-ḥākim mulzimun wa yarfa'ū al-khilāf* (keputusan hakim itu mengikat dan menghilangkan perselisihan). Pembahasan tentang hakim dan peradilan ini banyak dibahas dalam buku-buku fikih dengan judul kitab *al-'aqdiyyah* (bab masalah peradilan), yang pembahasannya didasarkan pada ayat-ayat Al-Qur'an, Hadis dan juga sejarah peradilan Islam.¹³⁸

Seiring dengan adanya kodifikasi hukum keluarga Islam di negara-negara muslim, maka lembaga peradilan yang umumnya sudah ada menjadi semakin kuat dan menjadi rujukan bagi orang yang ingin mencari keadilan, termasuk dalam sengketa mengenai hukum keluarga. Dengan kodifikasi undang-undang hukum keluarga tersebut, berarti pengadilan memiliki hukum materiil sebagai dasar bagi putusan yang dibuat. Lembaga peradilan ini bersifat

mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya; c. apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaann kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula; d. semua biaya hadhanah dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun); e. bilamana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), dan (d); f. pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, 72-73

¹³⁸Misalnya Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 256.

independen dan tidak boleh ada campur tangan dari pemerintah, apalagi dari para pihak yang berperkara. Oleh karena itu, di Iran, misalnya, walaupun ada lembaga arbitrase, namun hanya masalah yang ringan yang ditangani dan itupun apabila para pihak menyetujuinya untuk diselesaikan oleh lembaga arbitrase tersebut. Permasalahan yang rumit dan perselisihan perkawinan dan perceraian yang berbelit-belit membutuhkan pengadilan sebagai tempat penyelesaian perselisihan masalah perkawinan.¹³⁹ Hal yang terjadi di Iran ini merupakan gambaran umum peran pengadilan agama dalam menyelesaikan perselisihan masalah perkawinan di negara-negara muslim lainnya, tidak terkecuali di Indonesia dengan peradilan agamanya. Secara metodologis-Ushul Fikih, penggunaan pengadilan agama dalam masalah perselisihan perkawinan di atas merupakan perwujudan dari lembaga hakam sebagaimana disebutkan dalam QS. An-Nisā (4) ayat 35 dan juga Hadis Nabi SAW yang menyatakan bahwa apabila terjadi perselisihan, dalam hal ini wali dan mempelai perempuan, maka pemerintah adalah sebagai wali bagi orang yang tidak memiliki wali. Dari Hadis ini ulama mazhab dan juga undang-undang negara muslim sepakat bahwa perselisihan perkawinan diselesaikan oleh hakim di pengadilan.¹⁴⁰

Dari uraian di atas terlihat bahwa dalam KHI Bidang Perkawinan terdapat banyak pembaruan yang dilakukan, baik yang menyangkut tentang kesetaraan suami dan isteri, masalah hak-hak anak, maupun masalah peran lembaga pemerintah dalam perkawinan. Kemudian, pembaruan tersebut tidak saja menyangkut relasi masing-masing anggota keluarga, yaitu antara suami dan istri serta antara orang tua dan anak, dan lembaga pemerintah yang

¹³⁹M. Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution (Ed.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, 63.

¹⁴⁰Hadis riwayat Al-Darimī dan Abū Dawūd tersebut berbunyi: *fa in ishtajarū fa al-sulfān waliyyu man lā waliyya lahu*. Maḥmūd ‘Ali al-Shartāwī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakhṣiyyah*, 97-98.

mengawalnya, tetapi juga secara metodologis-Ushul Fikih dapat dipertanggungjawabkan. Apabila ditarik lebih umum, pembaruan yang didasarkan pada metode-metode penyimpulan hukum sebagaimana dikemukakan di atas bermuara pada *maqāṣid al-sharī'ah*, khususnya perlindungan keluarga (*ḥifẓ al-usrah*), sebagaimana digagas oleh Ibnu 'Ashūr.¹⁴¹

Pembaruan KHI bidang perkawinan, sebagaimana yang dikemukakan berupaya mengangkat hak-hak perempuan, hal ini selaras dengan piagam PBB tentang Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia (DUHAM) yang menegaskan prinsip-prinsip HAM yang berpegang pada martabat dan nilai-nilai kemanusiaan serta hak-hak yang sama antara laki-laki dan perempuan. Prinsip dasar DUHAM tersebut antara lain diimplementasikan pada konvensi CEDAW tahun 1979 yang bertujuan untuk menghapus segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan.¹⁴²

Adapun prinsip-prinsip konvensi CEDAW adalah: *Pertama*, prinsip non diskriminasi, yaitu untuk menghapus setiap diskriminasi terhadap perempuan. Pasal 1 konvensi perempuan secara tegas menyebutkan bahwa diskriminasi terhadap perempuan adalah “*Setiap perbedaan, pengecualin atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapuskan pengakuan, penikmatan atau penggunaan hak-hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan pokok di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh kaum perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan*”. *Kedua*, prinsip Persamaan (keadilan *substantive*), menyadari bahwa perbedaan antara laki-laki dan perempuan akibat dari konstruksi budaya yang

¹⁴¹Dikutip oleh Jaser Audah, *Al-Maqāṣid untuk Pemula*, terjemah dari *Maqāṣid Al-Sharī'ah: A Beginner's Guide* (Yogyakarta: Suka Press, 2013),52-53.S

¹⁴² Sri Wijayanti Eddyono, *Hak Asasi Perempuan Dan Konvensi CEDAW, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X*, (Jakarta: ELSAM, 2004), 5

diskriminatif sejak lama dan berdampak pada tidak dihargainya peran reproduksi perempuan. Dalam mukaddimah konvensi perempuan menekankan *“perlu adanya perubahan dalam peranan tradisional kaum laki-laki dan perempuan dalam masyarakat dan dalam keluarga, untuk mencapai persamaan sepenuhnya antara laki-laki dan perempuan”*. Pendekatan persamaan ini tidak semata-mata melihat adanya kesempatan yang sama, melainkan menekankan dengan sungguh-sungguh hasil yang sama. Sehingga proses yang berbeda untuk mencapai hasil yang sama sangat disarankan. Pendekatan kesempatan yang sama seperti tercantum dalam DUHAM tentang hak sipil, politik, ekonomi, sosial dan budaya agar dapat secara sungguh-sungguh dilaksanakan untuk perempuan, oleh karena itu perlu dilakukan langkah-langkah yang tepat berupa perlindungan dan kebijakan khusus yang sesuai dengan situasi perempuan. *Ketiga*, Prinsip kewajiban negara, adalah kewajiban negara yang utama untuk menjalankan konvensi agar hak-hak perempuan dapat dinikmati oleh kaum perempuan meliputi kewajiban di dalam bidang hukum, politik, sosial, ekonomi dan budaya.¹⁴³

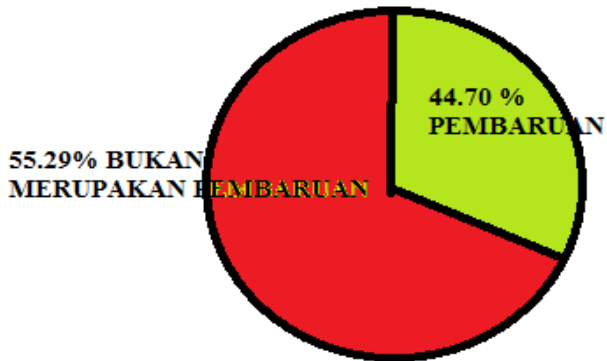
Dengan demikian Pasal-pasal pembaruan KHI bidang perkawinan sejalan dengan prinsip-prinsip CEDAW tersebut, yang berusaha untuk mengangkat hak-hak perempuan seperti dengan adanya larangan pernikahan di bawah umur, memberikan hak gugat cerai kepada perempuan apabila merasa dirugikan dalam perkawinannya, persetujuan calon mempelai perempuan yang merupakan syarat mutlak bagi sahnya perkawinan, hak perempuan terhadap harta bersama, dan menjadikan Pengadilan Agama sebagai

¹⁴³ UU No. 7 tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita. Lihat juga Sri Wijayanti Eddyono, Hak Asasi Perempuan Dan Konvensi CEDAW, *Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X. 7*

tempat untuk mencari keadilan bagi perempuan yang memiliki permasalahan perkawinan.

Namun demikian, dalam KHI belum semua pasalnya mengakomodir problem-problem kontemporer, sehingga banyak juga pasal-pasal yang belum mengalami pembaruan dan masih berpegang teguh pada pendapat yang ada dalam fikih mazhab klasik dan secara umum masih belum sesuai dengan prinsip-prinsip anti diskriminasi yang ada dalam CEDAW diatas. Materi hukum yang terkandung dalam KHI Bidang Perkawinan, apabila dicermati, kebanyakan masih merujuk dan mengikuti pendapat-pendapat fikih mazhab klasik, terutama mazhab Syafi'i. Bahkan aturan-aturan fikih mazhab yang sebenarnya kurang sesuai untuk diterapkan pada masa sekarang pun masih diikuti oleh KHI Bidang Perkawinan. Padahal, di samping pendapat yang kurang sesuai tersebut, sebenarnya ada pendapat ulama mazhab yang lebih sesuai. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah keharusan adanya wali nikah dan harus laki-laki (pasal 19 dan 20), saksi nikah juga harus laki-laki (pasal 25), sehingga perempuan tidak memiliki hak untuk menjadi wali maupun saksi. Begitu pula perkawinan beda agama tidak dimungkinkan baik bagi laki-laki maupun perempuan (pasal 40 dan 44), poligami masih terbuka untuk dilakukan dengan syarat yang tidak terlalu ketat (pasal 55-59), dan posisi istri yang masih inferior dalam keluarga, seperti istri adalah ibu rumah tangga dan suami adalah kepala keluarganya (pasal 79), kewajiban istri adalah berbakti kepada suami (pasal 83), dan hanya istri yang mungkin melakukan nusyuz (pasal 84). Pasal-pasal tersebut dalam konteks sekarang rentan untuk disalah gunakan oleh suami untuk melakukan tindakan subordinatif terhadap istri.

Apabila digambarkan dengan menggunakan prosentase pasal-pasal KHI bidang perkawinan yang sudah melakukan pembaruan dan pasal-pasal yang belum melakukan pembaruan adalah sebagai berikut:



Di samping itu, KHI yang dalam prakteknya digunakan sebagai hukum materil di Pengadilan Agama, belum mencerminkan sebagai aturan perundang-undangan dalam pengertiannya yang modern. Hal ini karena KHI Bidang Perkawinan masih kental dengan nuansa fikihnya yang sama sekali tidak mengandung sanksi hukum, sehingga aturan-aturan yang ada, termasuk aturan-aturan pembaruannya, tidak memiliki daya paksa dan seakan-akan hanya bersifat anjuran, dan bukan sebagai perintah dan larangan yang positif. Namun demikian, di samping mayoritas pasal-pasal yang masih kental dengan fikih mazhab klasik, terdapat pasal-pasal yang berupaya untuk melakukan pembaruan yang disesuaikan dengan konteks sekarang, dan dalam tingkat tertentu muatan pasal-pasal tersebut berbeda sama sekali dengan pendapat yang ada dalam fikih mazhab klasik. Dengan demikian, secara singkat, pasal-pasal KHI Bidang Perkawinan ini dapat diklasifikasikan menjadi tiga bagian, yaitu pertama, pasal-pasal yang masih mengikuti fikih mazhab klasik, dan ini ada yang masih sesuai dan ada yang sudah tidak sesuai untuk konteks kontemporer saat ini, kedua, pasal-pasal pembaruan yang merupakan hasil revisi pendapat mazhab dominan yang dirumuskan melalui *takhayyur* antar mazhab. Dan yang ketiga pasal-pasal yang memang berbeda sama sekali dengan fikih mazhab dan melakukan pembaruan secara liberal.

Pembahasan mengenai pasal-pasal pembaruan dalam KHI Bidang perkawinan ini penting dilakukan setidaknya untuk melihat sejauhmana pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan dan pengembangan apa yang perlu dilakukan untuk memperbaiki dan menyesuaikan KHI Bidang Perkawinan tersebut dengan konteks Indonesia sekarang. Sejauhmana pembaruan KHI Bidang perkawinan ini dalam konstruksi Ushul Fikih dari KHI secara umum, ini akan dibahas pada bab selanjutnya.

Bab V

Kerangka Metodologis dan Respon Terhadap KHI Bidang Perkawinan

A. Kerangka Metodologis-Ushul Fikih dalam Pembaruan KHI Bidang Perkawinan

Dalam melakukan pembaruan, KHI Bidang Perkawinan, sebagaimana dikemukakan dalam bab sebelumnya, pada tingkat tertentu berupaya untuk mewujudkan kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, meningkatkan perlindungan terhadap hak anak, serta menertibkan administrasi perkawinan melalui peran pemerintah yang diwakili terutama oleh Kantor Urusan Agama dan Peradilan Agama. Dalam melakukan pembaruan tersebut, secara metodologis-ushul fikih, KHI Bidang Perkawinan menggunakan metode-metode baik melalui pendekatan bahasa (*qawā'id lughawiyah*) yang merujuk pada nash Al-Qur'an dan As-Sunnah maupun melalui pendekatan makna (*qawā'id ma'nawiyah*) yang merujuk pada kausa hukum ('illat), maṣlaḥah atau *maqāsid ash-shari'ah*. Kemudian dalam penetapan pembaruan tersebut, KHI juga berupaya mempertimbangkan konteks masyarakat yang ada di Indonesia.

Namun demikian, untuk melihat sejauhmana pembaruan yang telah dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan tersebut perlu dilihat dan dianalisis kerangka Ushul Fikih yang dibangun. KHI Bidang Perkawinan sendiri sebenarnya tidak menjelaskan kerangka metodologi yang digunakan, namun dari materi hukum yang ada, nalar hukum dan kerangka metodologinya dapat ditelusuri. Dengan demikian, apa yang dilakukan dalam penelitian ini sama halnya dengan para ulama mazhab Hanafi ketika menyusun kerangka Ushul Fikih mazhabnya, yaitu dengan cara melihat dan meneliti secara

induktif dari pendapat-pendapat fikih Abu Hanifah.¹ Landasan metodologi-Ushul Fikih yang digunakan oleh KHI Bidang Perkawinan dalam melakukan pembaruannya, dapat dilihat dalam tabel di bawah ini. Urutan pembahasan dalam bab ini didasarkan pada jenis metode dan landasan yang digunakan, yaitu interpretasi kebahasaan terhadap *naṣṣ*, penggunaan *Al-Qiyās*, ataupun penggunaan metode yang didasarkan pada *Maslahah*, walaupun kadang-kadang landasan yang digunakan tersebut tidak hanya satu jenis metode tetapi juga merupakan gabungan dari beberapa metode.

1. Interpretasi Kebahasaan terhadap *naṣṣ*

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
1	Membatasi Poligami	Pasal 55-59	Didasarkan pada makna <i>an-naṣ</i> QS. An-Nisā (4) ayat 3, bukan makna <i>zāhir</i> -nya, yaitu makna yang dimaksud oleh suatu ayat karena makna tersebut sesuai dengan konteks ketika ayat itu diturunkan. ² Dilihat dalam konteks masyarakat Arab saat itu, praktek poligami merupakan hal yang lazim, bahkan seorang laki-laki dapat memiliki belasan atau puluhan istri. Ayat 3 QS. An-Nisā di atas bermaksud untuk membatasi praktek poligami yang berlaku saat itu, bukan

¹ Muhammad Abū Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh* (TTP: Dār al-Fikr al'Arābi,t.t.), 21-22.

² Sa'd Ibn Naṣīr ash-Shatsari, *Al-Qaṭ'u wa az-Zann 'Inda al-Uṣūliyyin* (Riyād: Dār al-Habīb, 1997), II: 364. 'Alī Jum'ah, *Aliyyat al-Ijthād* (Kairo: Dār ar-Risalah, 2004), 55.

			<p>membolehkan apalagi menganjurkan praktek poligami.³ Di samping itu, ketentuan poligami dalam KHI ini sesuai dengan kaidah yang memandang bahwa konteks masyarakat saat ayat tersebut turun merupakan hal yang penting sebagai acuan untuk memahami ayat (<i>al-‘ibrah bi khusūṣ as-sabab lā bi ‘umūm al-lafz</i>). Sementara itu, syarat-syarat poligami yang dikemukakan dalam pasal-pasal KHI merupakan upaya kontekstualisasi maksud ayat dengan konteks masyarakat Indonesia sekarang.</p>
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Dalam memahami ayat poligami, khususnya Q.S An-Nisā (4) ayat 3, secara metodologis para ulama dan kebanyakan masyarakat muslim sampai dengan sekarang, lebih banyak menggunakan makna *ẓāhir*, yaitu makna yang segera dipahami dari ayat tersebut tanpa melihat konteks ketika ayat tersebut turun. Sementara KHI pasal 55-59 lebih cenderung untuk menggunakan makna *Nasṣ* untuk memahami ayat poligami tersebut. Dalam ilmu Ushul Fikih, makna *nasṣ* ini lebih kuat dari pada makna *ẓāhir*, karena urutan dari yang terkuat ke yang lemah adalah *Muḥkam, Mufassar, nasṣ, Ẓāhir, Khafi, Mushkil, Mujmal dan Mutashabih*.⁴ Mengenai pembatasan

³Dalam berbagai riwayat dinyatakan bahwa para sahabat yang masuk Islam dan memiliki istri lebih dari empat, maka harus membatasi hanya pada empat istri serta menceraikan yang lainnya. Misalnya Ghailan yang memiliki sepuluh orang isteri dan Naufal Ibn Mu’āwiyah yang memiliki lima orang isteri. Taqiyyuddin al-Husaini, *Kifāyah al-Akhyār fi Halli Ghayār al-Ikhtisār* (Pekalongan: Maṭba’ah Raja Murah, t.t.), II: 38.

⁴*Muḥkām* adalah lafad yang petunjuk maknanya sangat jelas sehingga tidak dapat untuk diinterpretasi lain bahkan tidak dapat dihapus (*naskh*), *mufassar* adalah lafad yang petunjuk maknanya sangat jelas dan tidak dapat diinterpretasi lain

poligami ini, bahkan Tunisia, misalnya, melarang sama sekali praktek poligami. Sanksi bagi pelaku poligami adalah penjara selama satu tahun dan denda 24.000 Frank.⁵ Secara metodologis, pelarangan poligami tersebut sudah tidak menggunakan interpretasi bahasa, tetapi sudah menggunakan *al-Istiḥsān*, yaitu mengecualikan ayat poligami dengan pertimbangan kemaslahatan, dan juga menggunakan *sadd adh-dharī'ah*, karena menganggap praktek poligami dalam masyarakat Tunisia sudah mengarah pada kemafsadatan. Padahal dalam hukum Islam kemafsadatan atau kerusakan tersebut harus dihilangkan, bahkan didahulukan dari pada mengambil kemanfaatan yang mungkin juga timbul, sebagaimana kaidah: *Al-Darār yuzālū* (Kemadaratan harus dihilangkan)⁶ dan kaidah: *Dar'u al-mafāsīd aulā min jalb al-masāliḥ* (Menolak kemafsadatan lebih utama dari pada mengambil kemanfaatan).⁷ Dengan demikian, KHI, berbeda dengan aturan perundangan di

namun masih mungkin untuk dihapus, *naṣṣ* adalah lafadz yang petunjuk maknanya jelas dan sesuai dengan konteks kalimat serta masih dapat menerima interpretasi lain, *zāhir* adalah lafad yang petunjuk maknanya jelas tetapi bukan yang dimaksud oleh konteks kalimat serta dapat menerima interpretasi makna lain, *khāfi* adalah lafad yang petunjuk maknanya jelas namun tersembunyi oleh sebab lain dan menimbulkan interpretasi ketika diterapkan, *mushkil* adalah lafad yang petunjuk terhadap maknanya tidak jelas baik disebabkan tidak ada penjelasan yang memadai ataupun karena memang mengandung multi-makna, *mujmal* adalah lafad yang petunjuk maknanya tidak jelas sehingga masih memerlukan penjelasan lebih lanjut dari pembicaranya, dan *mutashābih* adalah lafad yang petunjuk maknanya tidak dapat diketahui karena ketidakjelasannya. Untuk lebih lanjut, misalnya dapat dilihat pada Wahbah az-Zuhailī, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī* (Damaskus: Dār al-Fikr, 1986), I: 312-347.

⁵Menurut Esposito, pelarangan poligami di Tunisia ini dipengaruhi oleh pandangan Muhammad Abduh yang menyatakan bahwa syarat adil dalam QS. An-Nisa (4) ayat 3 sangat sulit bahkan hampir tidak mungkin dapat dilaksanakan sebagaimana dinyatakan dalam ayat 129 surat yang sama. John L. Esposito, *Women in Muslim Family Law* (New York: Syracuse University Press, 1982), 92-93.

⁶ Jalaluddin al-Suyūṭī, *Al-Ashbah wa al-Nazāir fi al-Furū'* (Tnp.: Dār al-Fikr, t.t.), 59.

⁷ 'Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damaskus: Dār al-'Ilm, 1986), 170.

Tunisia yang sangat progresif, secara metodologis masih menggunakan interpretasi bahasa karena memang masalah poligami ini tertuang secara tekstual dalam *naṣṣ* Al-Qur'an. Di sinilah terlihat bahwa KHI masih berupaya mendialogkan antara *naṣṣ* dan *maslaḥah*.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
2	Persetujuan rujuk dari Isteri	Pasal 163-165	Interpretasi terhadap QS. Al-Baqarah (2) ayat 228 yang berbunyi: “ <i>wa bu’ūlatuhunna aḥaqqu bi raddihinna</i> ” (para suami lebih berhak untuk merujuk isteri-isteri mereka) tidak hanya didasarkan pada makna tersurat dari <i>naṣ</i> (<i>dalālah al-‘ibārah</i>), tetapi juga makna yang tersirat (<i>dalālah al-ishārah</i>), yaitu apabila suami lebih berhak (<i>aḥaqq</i>) dalam masalah rujuk, berarti isteri juga memiliki hak walaupun sedikit dan bersifat pasif. Atas dasar itu, pasal 163 KHI menyatakan bahwa suami lah yang memiliki hak rujuk, namun isteri, sebagaimana dikemukakan dalam pasal 164 dan 165 KHI di atas, juga berhak untuk keberatan apabila tidak dimintai persetujuan terlebih dahulu.

Sebagaimana pembatasan poligami, KHI juga menggunakan interpretasi bahasa untuk menetapkan bahwa rujuk harus sepersetujuan isteri. Hanya saja interpretasi bahasa tersebut menggunakan *dalālah ishārah*, yaitu makna tersirat dari suatu *naṣṣ*. Atas dasar itu, KHI tetap menyatakan bahwa hak rujuk adalah tetap milik suami, sebagaimana makna tersuratnya (*dalālah ‘ibārah*), hanya saja isteri dapat mengajukan keberatan apabila tidak setuju

terhadap rujuk tersebut. Hal ini lebih progresif dari pada pendapat umumnya ulama mazhab bahwa rujuk, sebagaimana talak, adalah hak prerogatif suami, dan isteri harus menerima keputusan suami untuk rujuk atau tidak. Atas dasar itu, muncul pendapat ulama bahwa rujuk *bi al-fi'li* (dengan perbuatan) adalah sah, tanpa perlu membicarakannya terlebih dahulu dengan isteri.⁸ Landasan KHI pasal 163-165 dengan menggunakan *dalālah ishārah* (makna tersirat) tentu saja dipengaruhi oleh pertimbangan konteks masyarakat Indonesia (*al-'urf*) saat ini, dengan tanpa harus meninggalkan makna eksplisit dari nash. *Al-'Urf* dan *naṣṣ* berjalan seiring, karena keduanya sama-sama penting, sebagaimana kaidah: *Al-Ta'yin bi al-'urf ka al-ta'yin bi al-naṣṣ* (ketentuan dengan dasar kebiasaan masyarakat sama dengan ketentuan nash).⁹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
3	Masa berkabung	Pasal 170	Dalam hadis yang diriwayatkan oleh Al-Bukhari dan Muslim dinyatakan bahwa seorang perempuan tidak boleh berkabung terhadap jenazah kerabatnya yang meninggal dunia lebih dari tiga hari, kecuali terhadap suaminya maka masa berkabungnya adalah empat bulan sepuluh hari. ¹⁰ Secara metodologis-Ushul Fikih,

⁸Mālik dan Abū Hanīfah berpendapat bahwa rujuk dengan perbuatan (jimak) adalah sah asalkan disertai niat, sementara menurut Ash-Shāfi'ī tidak boleh, rujuk harus dengan perkataan karena dianalogikan dengan akad nikah. Ibnu Rusyd, *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyah al-Muqtaṣid* (Ttp.: Shirkah An-Nur Asia, t.t.), II: 64.

⁹Ali Ahmad al-Nadawi, *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*, 56. Pembahasan tentang *'urf* ini dapat dilihat antara lain pada Asmā Binti Abdillāh Musa, "al-'Urf Hujjiyyatuh wa Athāruhu al-Fiqhiyyah", *Al-Majallah al-'Arabiyyah li al-Dirāsāt al-Amniyyah wa al-Tadrīb*, Edisi 21, Nomor 41 Tahun 1428 H, 5-60. Hasanain Mahmud Hasanain, "Mafhūm al-'Urf fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah", *Majallah al-Sharī'ah wa al-Qanūn*, Nomor 3, Tahun 1409 H/1989 M, 97-146

¹⁰ Taqiyyuddīn, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 134.

		<p>hadis ini menjadi dasar bagi berkabungnya seorang isteri yang ditinggal mati suaminya, yaitu dengan pemahaman terhadap makna tersurat (<i>dalālah 'ibārah</i>) dalam hadis tersebut. Kata “isteri” dalam hadis tersebut merupakan kata yang tertera dalam <i>naṣ</i> (<i>al-mantūq bih</i>), sementara kata yang tidak tertera (<i>al-maskūt 'anhu</i>)-nya adalah “suami”. Secara metodologis-Ushul Fikih, metode yang menyamakan hukum <i>al-maskūt 'anhu</i> terhadap <i>al-mantūq bih</i> karena adanya kesamaan 'illat yang dapat dipahami secara bahasa, disebut dengan <i>dalālah ad-dalālah</i> (makna tersembunyi dari <i>naṣ</i>).¹¹ 'Illat dari adanya masa berkabung adalah perasaan sedih karena ditinggal oleh pasangan hidupnya. Ketika isteri ditinggal oleh suami, maka perasaan sedih itu muncul, dan begitu pula dengan suami ketika ditinggal mati oleh isterinya. Dalam hal ini, KHI mengikuti ketetapan dengan menggunakan metode <i>dalālah ad-dalālah</i> tersebut, yaitu suami juga memiliki masa berkabung, hanya saja lamanya masa berkabung tidak ditentukan dan diserahkan pada kepatutan dalam masyarakat.</p>
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹¹Ali Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashri' al-Islāmi* (Mesir: Dār al-Ma'ārif, 1971), 275-278.

Apabila dalam masalah rujuk KHI menggunakan dasar *dalālah ishārah* (makna tersirat), maka dalam masalah masa berkabung untuk suami ini KHI pasal 170 menggunakan *dalālah al-dalālah* (makna tersembunyi), yaitu makna yang lebih jauh lagi dari makna tersirat. Hanya saja, apabila diberlakukan secara konsisten, masa berkabung suami ini seharusnya sama dengan masa berkabung isteri, yaitu empat bulan sepuluh hari. Hukum yang disimpulkan dari makna tersembunyi seharusnya sama dengan hukum yang ada dalam makna tersuratnya (*dalālah ‘ibārah*), namun hal ini tidak dilakukan oleh KHI.¹² Pasal 170 KHI tidak menetapkan lamanya masa berkabung suami dan hanya menyerahkannya pada kepatutan masyarakat. Sesuai kaidah: *Al-‘Ādah muḥakkamah* (Adat kebiasaan masyarakat menjadi landasan hukum).¹³ Hal ini memperkuat nalar hukum KHI bahwa dalam satu sisi ingin lebih progresif untuk menyesuaikan dengan konteks masyarakat, namun di sisi lain tidak mau meninggalkan makna yang terkandung dalam *naṣṣ*.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
4	Batas minimal usia nikah	Pasal 15	Batas usia minimal untuk nikah 19 tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan ini secara umum didasarkan pada QS. An-Nisā (4) ayat 6 yang menyatakan: “ <i>wa ibtālu al-yatāmā ḥatta idhā balaghū an-nikāḥ</i> ” (Dan ujilah (didiklah) anak yatim itu sampai mencapai cukup

¹² Dalam buku Ushul Fikih, metode *dalālah ad-dalālah* ini dicontohkan antara lain dengan pemberlakuan hukum kaffarah jimak di siang hari bulan Ramadhan yang berupa memerdekakan budak, puasa dua bulan berturut-turut atau memberi makan enam puluh orang miskin. Secara tekstual kaffarah ini hanya diberlakukan bagi suami, tetapi dengan menggunakan metode *dalālah ad-dalālah* isteri juga dapat terkena kaffarah. Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī’*, 277-278.

¹³ Jalaluddin al-Suyuti, *Al-Ashbah wa al-Nazāir*, 63. ‘Ali Ahmad al-Nadawi, *Al-Qawa’id al-Fiqhiyyah*, 256.

			<p>umur untuk menikah). Kalimat “<i>ḥatta idhā balaghu an-nikāh</i>” dalam ayat di atas, yang secara literal berarti “sampai ketika mencapai cukup usia untuk menikah”, memberi makna bahwa ada “usia nikah” dan batasan minimalnya tentu saja tergantung pada tempat dan waktu serta keadaan masing-masing masyarakat. Penentuan batas minimal untuk menikah, dengan demikian, ditentukan oleh <i>al-‘urf</i> masing-masing masyarakat. Dengan demikian, secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai batas minimal usia menikah ini didasarkan pada makna tersurat (<i>dalālah al-‘ibārah</i>) dari ayat di atas dan juga <i>al-‘urf</i> Indonesia, yang tujuannya adalah untuk melindungi hak-hak anak supaya tidak dikawinkan dalam usia dini oleh walinya.¹⁴</p>
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Makna tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari QS.An-Nisā (4) ayat 6 menyatakan adanya “usia untuk nikah”, walaupun tidak dijelaskan batasan usianya secara pasti. Oleh karena itu, secara metodologis, *al-‘urf* (konteks budaya masyarakat) sangat berperan untuk menentukan batas usia minimal nikah. Tentu saja pertimbangan *al-‘urf* ini juga tidak lepas dari adanya pertimbangan kemaslahatan bagi masyarakat. KHI pasal 15 menetapkan bahwa batas usia

¹⁴ Mengenai pentingnya *al-‘urf* dalam penetapan hukum Islam, misalnya As’ad ‘Abd al-Ghāni al-Kafrāwi, *Al-Istidlāl ‘Inda al-Uṣūliyyin* (Kairo: Dār as-Salām, 2005), 510-514.

minimal nikah bagi laki-laki adalah 19 tahun dan bagi perempuan 16 tahun. Namun demikian, apabila nanti ada perubahan batas usia minimal nikah ini, maka merupakan sesuatu hal wajar, karena budaya dan pandangan masyarakat Indonesia dari satu waktu ke waktu yang lain mengalami perkembangan.¹⁵ Dengan demikian, pada dasarnya KHI pasal 15 mendasarkan diri pada makna tersurat QS. An-Nisā (4) ayat 6, yang kemudian ditafsirkan dengan menggunakan *al-'urf* dan kemaslahatan masyarakat. Hal ini selaras dengan kaidah: *Isti'māl al-nāṣ ḥujjah yajib al-'amāl bih* (Praktek masyarakat merupakan hujjah yang harus diamalkan).¹⁶

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
5	Perkawinan wanita hamil	Pasal 53	Secara metodologis-Ushul Fikih, pendapat KHI ini didasarkan pada makna tersurat (<i>dalālah al-'ibārah</i>) dari QS. An-Nur (24) ayat 3 yang menyatakan <i>wa az-zāniyatu lā yankihūha illa zānin au mushrikun wa ḥurrima dhālika 'ala al-mu'minīn</i> (pezina perempuan tidak boleh menikah kecuali dengan pezina laki-laki atau orang musyrik, dan hal itu diharamkan bagi orang-orang beriman). Hanya saja dalam hal ini diimplementasikan khusus pada wanita hamil akibat zina, bukan wanita yang berprofesi sebagai pezina atau wanita penghibur.

¹⁵ Saat ini terdapat upaya *judicial review* ke Mahkamah Konstitusi mengenai batas usia minimal nikah dari 16 tahun untuk perempuan menjadi 18 tahun. <https://www.change.org/p/kepada-mahkamah-konstitusi-katakan-tidak-pada-pernikahan-anak-ubah-usia-sah-pernikahan-dari-16-ke-18-tahun>. Akses tanggal 14 Desember 2014.

¹⁶ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 56.

		<p>Karena bisa saja dalam masalah wanita penghibur ini, KHI berpendapat sama dengan mayoritas ulama, yaitu boleh menikah dengan siapa saja asalkan syarat rukunnya terpenuhi. Hal ini dapat disimpulkan secara implisit dari pasal-pasal yang ada. Dengan demikian, KHI telah melakukan pengkhususan makna terhadap pezina yang masih umum tersebut menjadi wanita hamil akibat zina. Pengkhususan seperti ini secara metodologis dapat dibenarkan, dan dalam hal ini makna umum tersebut dikhususkan oleh <i>al-'urf</i> atau realitas yang banyak terjadi di Indonesia, yaitu wanita hamil akibat zina yang umumnya secara adat harus dinikahkan.¹⁷ Alasan mengapa wanita yang telah hamil akibat zina tersebut dapat dinikahkan secara sah dengan pria yang menghamilinya adalah untuk menjaga hak-hak anak supaya ketika lahir anak tersebut sebagai anak sah yang memiliki hubungan darah dengan ayahnya. Dengan demikian, hak-hak yang lain seperti nasab dan nafkah akan terjamin sampai dia dewasa.</p>
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Perkawinan wanita hamil dengan laki-laki yang menghamilinya ini secara metodologis didasarkan pada makna

¹⁷Mengenai pengkhususan makna umum oleh *al-'urf* ini, misalnya Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī'*, 242.

tersurat (*dalālah al-‘ibārah*) dari QS. An-Nūr (24) ayat 3 dengan pertimbangan *al-‘urf* masyarakat Indonesia. Dalam hukum adat beberapa masyarakat Indonesia diyakini bahwa wanita hamil harus segera dinikahkan sebelum bayinya lahir, walaupun bukan dengan laki-laki yang menghamilinya. Hanya saja, KHI menetapkan hanya laki-laki yang menghamili saja lah yang dapat mengawini wanita hamil tersebut. Hal ini menggambarkan bahwa KHI berupaya mendialogkan *al-‘urf* dengan *naṣṣ*, dan sekali-kali berupaya untuk tidak meninggalkan *naṣṣ* yang ada. Pengecualian *naṣṣ*oleh *al-‘urf* ini merupakan hal yang valid, karena dalam ilmu Ushul Fikih pertimbangan dan landasan (*qarīnah*) yang dapat menafsirkan suatu *naṣṣ* adalah *naṣṣ* yang lain, akal dan juga *al-‘urf*.¹⁸ Dengan demikian, kedudukan *al-‘urf* atau *al-‘adah* ini sangat penting dalam proses penetapan hukum Islam, oleh karena itu terdapat kaidah yang menyatakan: *Kullu mā shahida bihi al-‘ādah quḍiya bihi* (segala sesuatu yang dikonfirmasi oleh adat kebiasaan, maka sesuatu tersebut ditetapkan berdasarkan adat kebiasaan tersebut).¹⁹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
6	Pengasuhan anak	Pasal 98 dan 156	Pasal-pasal KHI berupaya memperhatikan dan melindungi hak-hak anak, sampai mengantarkannya ke masa dewasa. Secara metodologis-Ushul Fikih, ketetapan KHI mengenai hak anak ini didasarkan pada makna tersurat (<i>dalālah al-‘ibārah</i>) dari ayat-ayat Al-Qurān dan Sunnah Nabi yang berkaitan dengan <i>al-haḍānah</i> , yang kemudian diimplementasikan

¹⁸ Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī*, 252-253 dan 240-243. Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh*, I: 298-299.

¹⁹ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 159.

			sesuai dengan konteks <i>al-‘urf</i> yang ada di Indonesia.
--	--	--	-------------------------------------------------------------

Ayat-ayat Al-Qur’an misalnya QS. At-Taḥrīm (66): 6, QS. An-Nisā (4): 9, QS. Al-Isrā (17): 24 dan hadis-hadis Nabi tentang pemeliharaan anak²⁰ secara tersurat menegaskan pentingnya mengasuh dan mendidik anak serta menjaga hak-haknya. Secara metodologis, KHI 98 dan 156 berupaya untuk menerapkan makna eksplisit dari *naṣṣ* dengan disesuaikan dengan konteks *al-‘urf* masyarakat Indonesia. Sebagaimana dikemukakan, *al-‘urf* merupakan salah satu *qarīnah* atau dalil yang dapat membatasi dan menafsirkan makna dari suatu *naṣṣ*. Hanya saja *al-‘urf* yang dijadikan dasar pertimbangan hukum ini adalah *al-‘urf* atau *al-‘adah* yang berlaku dan dipraktekkan secara umum dalam masyarakat, sebagaimana kaidah: *Innamā tu’tabarū al-‘ādah idhā iṭṭaradat wa ghalabat* (Adat kebiasaan hanya dapat dipandang sebagai pertimbangan hukum apabila telah berlaku dan menyebar secara umum dalam masyarakat).²¹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
7	Perceraian melalui pengadilan	Pasal 46, 115 dan 123	Ketetapan KHI ini secara umum merupakan implementasi dari prinsip perceraian dalam hukum perkawinan Islam, yaitu perceraian adalah sesuatu yang halal tetapi dibenci oleh Allah (<i>abghaḍ al-ḥalāl ila Allah at-ṭalāq</i>) dan perceraian harus dilakukan dengan cara yang baik (<i>tasriḥ bi iḥsān</i> atau <i>fariqūhunna bi ma’ruf</i>). ²² Kemudian dalam proses terjadinya

²⁰ As-Sayyid Sābiq, *Fiqh as-Sunnah* (Beirut: Dār al-Fikr, 1998), II: 231-232.

²¹ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 56.

²² QS. Al-Baqarah (2): 229 dan 231. QS. At-Ṭalāq (65): 2.

		<p>perceraian tersebut, sebagaimana dikemukakan, dianjurkan adanya hakam atau mediator, dan hakam menurut KHI adalah Pengadilan Agama melalui para hakimnya. Dengan demikian, secara metodologis, ketetapan KHI ini didasarkan pada penerapan prinsip umum yang dikemukakan oleh <i>nass</i> secara jelas (<i>dalālah al-‘ibārah</i>) dan implementasinya sesuai dengan konteks Indonesia saat ini (<i>al-‘urf</i>). Di samping itu, ketetapan KHI yang memandang bahwa ucapan talak suami di luar sidang pengadilan dianggap tidak sah di satu sisi, dan di sisi yang lain isteri juga memiliki hak untuk mengajukan gugatan cerai ke pengadilan, ini secara metodologis-Ushul Fikih didasarkan pada metode <i>sadd al-dharī’ah</i> untuk suami dan <i>fath al-dharī’ah</i> untuk isteri. Dalam arti, hak talak suami dibatasi dan jalannya sedikit dihambat (<i>sadd</i>) dengan adanya batasan harus di sidang pengadilan, sementara hak isteri diberi jalan dengan membuka peluang (<i>fath</i>) untuk dapat mengajukan gugatan cerai ke pengadilan agama. Dengan demikian, pasangan suami isteri hanya bisa mengajukan ke pengadilan agama apabila hendak bercerai, karena pengadilan agama itulah sebagai hakam yang dapat memutuskan perceraian tersebut.</p>
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Perceraian yang dalam fikih mazhab merupakan hak prerogatif suami, oleh KHI Pasal 46, 115 dan 123 hak tersebut diberikan ke pengadilan, sehingga suami dan isteri hanya dapat mengajukan permohonan talak atau gugatan cerai, sementara perceraian tersebut terjadi atau tidak adalah didasarkan pada putusan pengadilan. Perceraian melalui pengadilan ini pada dasarnya merupakan implementasi dari makna yang tersurat (*dalālah ‘ibārah*) dari prinsip-prinsip perceraian, yaitu sesuatu yang dibenci oleh Allah sehingga dalam prosesnya perlu ada hakam (mediator, hakim). Dalam konteks saat ini lembaga hakam ini diwujudkan dalam bentuk lembaga peradilan. Hakim dalam lembaga peradilan ini sama dengan hakam, bahkan pihak ayah, dalam keluarga, hal ini sebagaimana dinyatakan dalam kaidah: *Al-Infāq bi amr al-qāḍī ka al-infāq bi amr al-abb* (memberi nafkah dengan dasar perintah hakim sama halnya dengan memberi nafkah atas dasar perintah ayah).²³ Dengan demikian, sekali lagi, KHI melakukan interpretasi dan implementasi *naṣṣ* dengan menggunakan *al-‘urf* sebagai *qarīnah* untuk mengimplementasikan maksud *naṣṣ* sesuai dengan konteks masyarakat.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
8	Perselisihan perkawinan	Pasal 88 dan 156	Adanya Pengadilan Agama sebagai tempat perselisihan dalam perkawinan menunjukkan bahwa lembaga pemerintah tidak hanya berupaya turut serta mewujudkan tujuan perkawinan ketika pada awal akad nikah, tetapi juga mengawalinya selama masa pernikahan. Walaupun perkawinan tidak dapat dipertahankan, maka

²³ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 305.

			<p>lembaga pemerintah juga menjaga hak masing-masing, terutama hak-hak yang dimiliki isteri dan anak yang menyangkut nafkah dan harta perkawinan. Putusan pengadilan terhadap perselisihan perkawinan tersebut mengikat para pihak yang berperkara, sebagaimana kaidah <i>ḥukm al-ḥākim mulzimun wa yarfā'u al-khilāf</i> (keputusan hakim itu mengikat dan menghilangkan perselisihan).²⁴ Pembahasan tentang hakim dan peradilan ini banyak dibahas dalam buku-buku fikih dengan judul kitab <i>al-aqḍiyah</i> (bab masalah peradilan), yang pembahasannya didasarkan pada ayat-ayat Al-Qur'an, Hadis dan juga sejarah peradilan Islam.²⁵</p>
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sebagaimana masalah perceraian, KHI juga menetapkan bahwa masalah perselisihan perkawinan secara umum diselesaikan melalui pengadilan. Pengadilan dipandang sebagai implementasi dari lembaga hakam yang disebut dalam QS. An-Nisā (4) ayat 35 yang artinya “*Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya (suami isteri), maka kirimlah seorang hakam dari keluarga suami dan seorang dari keluarga isteri. Jika kedua orang hakam bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami isteri itu. Sesungguhnya Allah maha Mengetahui lagi maha waspada.*” Dengan demikian, KHI berupaya

²⁴ Ayat tersebut juga terdapat pada QS. Al-Isrā (17): 15, QS. Al-Fāṭir (35): 18, QS. Al-Zumar (39): 7, dan QS. Al-Najm (53): 38.

²⁵ Misalnya Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtāhid*, II: 346. Taqiyuddin, *Kifāyah al-Akhyār*, II: 256.

mengimplementasikan maksud ayat yang tersurat (*dalālah ‘ibārah*) sesuai dengan konteks masyarakat kontemporer saat ini. Di samping itu, lembaga pengadilan ini merupakan lembaga yang memiliki kekuatan hukum yang mengikat, sebagaimana kaidah: *Lā yajūzu naqḍu ḥukm al-ḥākim ba’da al-ḥukm* (Tidak boleh membatalkan keputusan hakim setelah memiliki keputusan hukum yang tetap).²⁶

2. Analogi (Al-Qiyas)

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
1	Persetujuan Kedua Calon Mempelai	Pasal 16 dan 17	(1) Hadis riwayat An-Nasā’i dari Siti Aisyah yang menyatakan bahwa Al-Khansa Binti Khidām al-Anṣārī mengadukan keberatan kepada Nabi karena ayahnya telah menikahnya dengan tanpa persetujuannya. ²⁷ Namun hadis ini masih mengandung multi-tafsir, karena walaupun Nabi menerima keberatan tersebut, pernikahan tersebut pada dasarnya dianggap sah terjadi. (2) Analogi terhadap QS. An-Nisā (4) ayat 29 tentang perlunya kerelaan dan persetujuan dua orang yang melakukan akad perniagaan (<i>‘an tarāḍin</i>). Sama dengan akad jual beli, dalam akad nikah memerlukan adanya persetujuan dan kerelaan dua orang yang berakad (<i>al-‘aqidāni</i>), yaitu dua

²⁶ Afī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 215.

²⁷ Wahbah az-Zuhāifi, *Al-Fiqh al-Islāmi wa Adillatuh* (Damaskus: Dār al-Fikr, 2006), IX: 6567. Ucapan al-Khansa setelah Rasulullah menyerahkan keputusannya pada dia adalah: “*ya rasūlallah, qad ajaztu ma ṣana’a abī, wa lakin aradtu an u’lima an-nisā’anna laisa li al-abā min al-amri shajun.*”

			calon mempelai, atau dalam jual beli adalah penjual dan pembeli.
--	--	--	------------------------------------------------------------------

Hadis Al-Khansa Binti Khidām al-Anṣārī tersebut memang secara eksplisit menunjukkan bahwa perlu adanya izin dari calon mempelai perempuan ketika hendak dinikahkan. Namun sebaliknya, secara implisit hadis di atas juga memberi pengertian bahwa pernikahan yang telah dilakukan oleh seorang ayah dengan tanpa sepersetujuan putrinya tetap dianggap sah. Dengan demikian, dalil *naṣ*, dalam hal ini adalah Hadis, masih menimbulkan multi-tafsir, sehingga kemudian masih terdapat perbedaan pendapat di kalangan ulama mazhab mengenai perlunya persetujuan calon mempelai perempuan ataukah tidak.²⁸ Namun demikian, KHI pasal 16 dan 17, dengan melihat konteks masyarakat Indonesia, memilih pendapat tentang perlunya persetujuan calon mempelai sebelum dilakukan akad pernikahan.

Persetujuan kedua calon mempelai dalam KHI ini dapat dikatakan sebagai syarat wajib bagi akad nikah, sehingga akad nikah tidak akan dapat dilakukan tanpa adanya persetujuan terlebih dahulu dari kedua calon mempelai. Pilihan pendapat KHI ini secara metodologis diperkuat dengan metode Al-Qiyās, yaitu menganalogikan akad nikah dengan akad jual beli, yang memerlukan kerelaan dan persetujuan (*‘an tarāḍin*) dari dua orang yang melakukan akad. Landasan metodologis yang digunakan KHI ini, apabila dicermati, tidak semata-mata menggunakan Al-Qiyās, tetapi juga mempertimbangkan kemaslahatan dan konteks masyarakat (*al-‘urf*) Indonesia, sehingga kemudian secara implisit KHI ini

²⁸Sebagaimana dikemukakan para ulama berbeda pendapat dalam masalah ini. Ash-Shāfi’i, Mālik dan Ibnu Abī Laila berpendapat bahwa perempuan gadis tidak harus dimintai persetujuan ketika dinikahkan oleh bapaknya. Sementara itu, Abu Hanīfah, Ath-Thauri, Al-Auzā’i, dan Abū Thaur berpendapat bahwa akad nikah hanya dapat dilakukan atas sepersetujuan calon mempelai perempuan. Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtāhid*, II: 4.

menafikan dan menolak adanya konsep wali mujbir. Karena konsep wali mujbir yang umumnya ada sekarang adalah adanya pemaksaan pernikahan tanpa adanya izin mempelai, dan ini bertentangan dengan kaidah: *La yajūzu li aḥadin an yataṣarrafā fi milk ghairih bi lā idhniḥ* (Tidak boleh seseorang bertindak hukum terhadap milik orang lain dengan tanpa seizinnya). Padahal kaidah yang berlaku seharusnya adalah: *Al-Aṣlu fī al-‘uqūd riḍā al-muta’āqidain* (Pada dasarnya dalam semua transaksi adalah didasarkan pada kerelaan dua orang yang berakad).²⁹

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
2	Hak gugat cerai isteri	Pasal 144	(1) Hak cerai gugat dari isteri didasarkan pada analogi (<i>al-qiyās</i>) terhadap hak khuluk, hanya saja pemberian imbalan dari isteri kepada suami sebagai bentuk “pengembalian mahar” tersebut ditiadakan karena dalam ayat tentang mahar menyatakan bahwa mahar dipandang sebagai pemberian yang tanpa pamrih (<i>niḥlah</i>). ³⁰ Hal ini terlihat dalam KHI pasal 148, khususnya ayat 6, bahwa apabila dalam masalah khuluk ini tidak terjadi kesepakatan antara suami dan isteri mengenai besarnya imbalan atau tebusan (<i>‘iwāḍ</i>), maka Pengadilan Agama akan memeriksa dan memutus sebagai perkara biasa, yaitu sebagai perkara gugatan cerai dari isteri. Dengan demikian, KHI pada dasarnya secara substansial menyamakan antara gugatan cerai yang diajukan isteri

²⁹ Afi Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 123 dan 218.

³⁰ QS. An-Nisā (4): 4.

			<p>dengan khuluk.</p> <p>(2) Di samping itu, KHI juga memberlakukan metode <i>fatḥ ad-dharī'ah</i>, yaitu membuka jalan yang tadinya tidak boleh atau tidak ada demi untuk mewujudkan kemaslahatan.³¹ Dalam hal ini, KHI membuka kesempatan dan memberi hak kepada isteri untuk mengajukan gugatan cerai kepada suaminya, melalui Pengadilan Agama, dengan alasan-alasan yang dibenarkan menurut aturan perundang-undangan. Pembukaan jalan adanya gugatan cerai isteri ini ditujukan sebagai sarana untuk memperoleh kemaslahatan serta menghindari kemadaratan dan kesulitan yang lebih besar.</p>
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Adanya hak gugat cerai isteri menjadikan isteri sejajar dengan suami yang memiliki hak talak. Secara metodologis, KHI pasal 144 mendasarkan pendapatnya dengan metode analogi (*Al-Qiyās*) pada hak Khulu' isteri, yaitu pada dasarnya isteri memiliki hak untuk mengajukan perceraian.³² Hanya saja, sebagaimana dikemukakan, KHI menjadikan pengadilan sebagai lembaga hakam dalam perceraian dan perselisihan perkawinan lainnya, sebagaimana kaidah: *Iqāmah al-ḥudūd wa raf'u al-tanazu' fī al-ḥuqūq wa naḥwi dhalik yakhtaṣṣu bi al-ḥukkām* (pemberlakuan hukuman dan penyelesaian perselisihan dalam masalah hak dan lainnya adalah

³¹ Abd al-Kārim Zaidān, *Al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh* (Baghdād: Dār at-Tauzi wa an-Nashr al-Islāmi, 1993), 244-245.

³² Hak Khulu' isteri ini sebenarnya menunjukkan adanya hak pengajuan cerai isteri. Adanya tebusan yang harus dibayarkan isteri kepada suami adalah sebagai imbalan dan juga simbol pengembalian mahar dari isteri kepada suami. Wahbah az-Zuhāifi, *Al-Fiqh al-Islāmi*, IX: 7008-7009.

khusus kewenangan hakim),³³ sehingga secara metodologis KHI dalam waktu yang sama melakukan metode *fath al-dhari'ah* di satu sisi, yaitu membuka pintu bagi isteri untuk mengajukan gugatan cerai, dan juga metode *sadd adh-dhari'ah* di sisi lain, yaitu menutup pintu bagi suami yang melakukan talak secara langsung.

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
3	Hak terhadap harta bersama (<i>gono gini</i>)	Pasal 96-97	Harta yang diperoleh oleh suaminya pada dasarnya merupakan hasil jerih payah berdua antara suami dan isteri, hanya saja ada pembagian tugas, suami bekerja di luar rumah dan isteri bekerja di dalam rumah. Ketetapan KHI yang menganggap bahwa isteri yang bekerja di rumah perlu mendapatkan upah tersebut didasarkan pada metode <i>al-qiyās</i> atau analogi terhadap upah menyusui anak yang dilakukan oleh isteri yang ditalak, sebagaimana dalam QS. Aṭ-Ṭalāq 65 ayat 6: <i>fa in arḍa'na lakum fa atūhunna ujūrahunna</i> . Oleh karena itu, apabila salah satunya meninggal atau bercerai, salah satu pihak berhak memiliki separuhnya. Dalam kaitannya dengan cerai mati, maka separuh harta bersama tersebut menjadi milik pasangan yang ditinggal mati, sebelum kemudian dibagi waris. Hal ini dalam tradisi Jawa disebut sebagai <i>gono gini</i> . Dengan demikian, ketetapan KHI dalam hal ini juga mempertimbangkan adat kebiasaan masyarakat, yang dalam Ushul Fikih

³³ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 166.

			disebut sebagai <i>al-'urf</i> .
--	--	--	----------------------------------

Adanya harta bersama atau *gono gini* ini didasarkan pada pandangan bahwa pasangan, terutama isteri, yang berada di wilayah domestik rumah tangga juga dianggap bekerja, sehingga harta yang diperoleh oleh pasangan, biasanya suami, merupakan hasil kerjasama antara suami isteri. Secara metodologis, pekerjaan di wilayah domestik ini dianalogikan (*Al-Qiyās*) dengan adanya hak upah bagi isteri yang ditalak ketika menyusui anaknya sendiri. Dengan demikian, pada dasarnya pekerjaan di wilayah domestik juga patut untuk dihargai secara ekonomis selama perkawinan. Landasan dengan menggunakan *Al-Qiyās* ini tentu saja didasari juga oleh *al-'urf* dan pertimbangan kemaslahatan. Di samping itu, Pekerjaan domestik isteri ini merupakan pekerjaan yang tidak ringan, dan ini patut mendapat imbalan sebagaimana pekerjaan di luar rumah, sesuai dengan kaidah: *al-kharāj bi aḍ-ḍaman* (hasil yang didapat sesuai dengan tanggungan yang dibebankan).³⁴

3. Metode dengan Landasan Masalah

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
1	Pengertian anak sah	Pasal 99	Secara metodologis, ketetapan KHI mengenai definisi anak sah tersebut adalah didasarkan pada metode <i>al-istiḥsān</i> , yaitu mengecualikan anak yang telah dikandung terlebih dahulu sebelum akad nikah kedua orang tuanya sebagai anak sah demi mempertimbangkan kemaslahatan dan perlindungan hak-hak anak (<i>ḥifẓ an-nafs</i>), khususnya hak nafkah, hak waris

³⁴ Aḥmad al-Zarqā, *Syarḥ al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damaskus: Dār al-Qalām, 1989), 429.

			dan hak pengasuhan. Ketetapan ini diperkuat oleh QS. Al-An'ām (6) ayat 164: <i>Lā tazirū wāziratun wizrā ukhrā</i> (seorang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain), seorang anak yang tidak berdosa sebaiknya tidak menanggung beban perbuatan zina yang telah dilakukan orang tuanya.
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Anak hasil hubungan zina pada dasarnya adalah bukan anak sah dari pasangan pezina tersebut. Hanya saja, KHI pasal 99 mengecualikannya pada anak hasil zina yang lahir ketika pasangan pezina tersebut sudah menikah secara sah. Pandangan ini sejalan dan konsisten dengan KHI pasal 53 yang membolehkan perkawinan wanita hamil apabila dengan laki-laki yang menghamilinya. Secara metodologis, KHI pasal 99 ini menggunakan metode *al-istihsān*,³⁵ yaitu mengecualikan ketentuan umum yang ada dengan pertimbangan kemaslahatan, yang dalam hal ini menjaga hak-hak anak, secara nasab (*ḥifẓ an-nasl*), psikis (*ḥifẓ al-'aql*), fisik (*ḥifẓ al-nafs*) dan juga hak kebendaannya seperti hak nafkah dan waris (*ḥifẓ al-māl*). Ketentuan umum tersebut memang dapat ditinggalkan dan beralih pada ketentuan yang lebih masalah, sesuai dengan kaidah: *Tark al-qiyās fī maudī' al-ḥarāj wa al-darūrah jā'iz* (Meninggalkan analogi/ketentuan umum ketika dalam kesulitan dan darurat adalah dibolehkan).³⁶ Kemudian ketika adanya akad perkawinan, hubungan badan antara suami isteri tersebut yang awalnya haram kemudian menjadi halal, maka anak yang dikandung dan lahir setelah adanya pernikahan tersebut, sebagai akibat dari adanya hubungan badan itu

³⁵Metode *Istihsān* ini efektif digunakan untuk melakukan pembaruan hukum Islam, karena metode ini sangat erat kaitannya dengan *maqāsid ash-shāri'ah*. Mohammad Hashim Kamali, "Istihsan and the Renewal of Islamic Law" dalam *Islamic Studies*, Vol. 43, No. 4 (Winter 2004), 575-577.

³⁶Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 112.

kemudian juga mengikuti menjadi anak sah. Hal ini selaras dengan kaidah: *al-tābi' tābi'un* (akibat yang mengikuti itu mengikuti (sebab/pokoknya)).³⁷

No	Topik	Pasal	Landasan Metodologis
2	Pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk	Pasal 5-8, 10 dan 166	(1) Tujuan adanya pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini adalah untuk menjaga hak-hak dari masing-masing anggota keluarga, baik suami, isteri maupun anak, sehingga secara metodologis dapat didasarkan pada metode <i>al-istiṣlāḥ</i> , yaitu menetapkan hukum dengan didasarkan pada kemaslahatan yang sesuai dengan tujuan syariah (<i>maqāṣid ash-sharī'ah</i>), yaitu menjaga jiwa dan harta (<i>ḥifẓ an-nafs wa al-māl</i>) dari masing-masing anggota keluarga, bahkan menjaga kejelasan keturunan (<i>ḥifẓ al-nasl</i>). (2) Pencatatan nikah, cerai dan rujuk ini secara metodologis bisa juga didasarkan pada metode <i>al-qiyās</i> , yaitu analogi terhadap pencatatan hutang piutang yang dinyatakan dalam QS.Al-Baqarah (2) ayat 282. ³⁸ Ayat tersebut

³⁷ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah*, 363.

³⁸ Mengenai pentingnya metode al-Qiyās, misalnya Alī Jum'ah, *Al-Muṣṭalah al-Uṣūli wa Mushkilah al-Mafāhim* (Kairo: Dār ar-Risalah, 2004), 51-53.

		<p>memerintahkan bahwa apabila terjadi akad hutang piutang, maka harus ditulis. Ayat tersebut berbunyi: <i>yā ayyuhalladhīna āmanū idhā tadāyantum bi dainin ilā ajalin musamma faktubūh</i> (wahai orang-orang beriman, apabila kamu sekalian melakukan akad hutang piutang, maka tulislah hutang tersebut). Para ulama biasanya mengartikan kalimat perintah <i>faktubūh</i> (tulislah akad hutang piutang itu) tersebut dengan makna anjuran atau sunnah (<i>nadb</i>), namun sebenarnya apabila akad hutang piutang itu jumlahnya besar dan penting, perintah untuk menulis atau mencatat tersebut bisa menjadi wajib. Bahkan, masalah perkawinan ini, berbeda dengan akad hutang piutang, disebut oleh Al-Qurān sebagai <i>mithāqan ghalīza</i>, suatu akad yang berupa ikatan kokoh.³⁹</p>
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Adanya pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk merupakan penertiban administrasi yang berusaha untuk menjaga kemaslahatan bagi semua anggota keluarga, baik suami-isteri maupun orang tua-anak, sehingga secara metodologis didasarkan pada *al-istiṣlāḥ*, yaitu

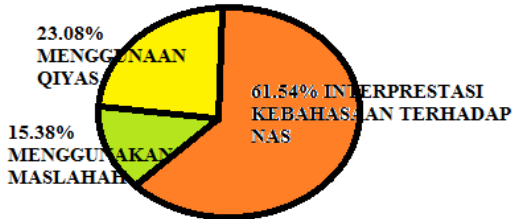
³⁹ QS.An-Nisā (4): 21.

penetapan hukum yang didasarkan pada kemaslahatan yang pada dasarnya merupakan implementasi dari prinsip yang ada pada nash, yang dalam hal ini adalah prinsip menjaga tujuan perkawinan. Ketentuan yang ditetapkan pemerintah, termasuk dalam masalah pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk, memang harus merujuk pada kemaslahatan masyarakat, sebagaimana kaidah: *Taşarruf al-Imām ‘alā al-rā’iyyah manūṭun bi al-maşlahah* (kebijakan pemerintah bagi rakyatnya harus didasarkan pada kemaslahatan).⁴⁰ Kemudian pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk ini juga dapat dianalogikan (*al-qiyās*) dengan perintah pencatatan pada akad jual beli, karena keduanya sama-sama akad bahkan akad nikah pada tingkat tertentu merupakan akad yang jauh lebih penting untuk dicatat.

Dari uraian di atas terlihat bahwa landasan metodologis yang dibangun oleh KHI Bidang Perkawinan dalam melakukan pembaruannya adalah lebih mengutamakan analisis kebahasaan terhadap *naşş* (8 masalah) dari pada penggunaan metode *Al-Qiyās* (3 masalah) dan metode yang didasarkan pada *maşlahah* (2 masalah). Di samping juga pertimbangan lain seperti *al-‘urf* dan *sadd al-dharī’ah* yang mengiringi tiga metode dominan tersebut. Sebagaimana pemikiran Ushul Fikih dari mayoritas ulama mazhab, KHI terlebih dahulu berpegang kepada *naşş*, yang diinterpretasi dengan menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan. Apabila masalah yang dikaji tidak didapati *naşş*-nya, maka baru menggunakan metode *Al-Qiyās* yang didasarkan pada *‘illat* (kausa hukum) dari hukum yang ada *naşş*-nya. Penggunaan metode yang didasarkan pada *maşlahah* baru dilakukan apabila tidak ada *naşş* dan *‘illat* (metode *al-istişlāh*) atau apabila memang dianggap sangat penting sehingga *maşlahah* tersebut digunakan untuk mengkhususkan dan mengecualikan makna yang terkandung dalam *naşş* (metode *al-istihsān*).

⁴⁰ Alī Aḥmad al-Nadawī, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, 138.

Landasan metodologis yang dibangun oleh KHI bidang perkawinan dalam melakukan pembaruan apabila digambarkan dengan menggunakan prosentase adalah sebagai berikut:



Penggunaan analisis kebahasaan yang dominan dan minimnya penggunaan metode yang didasarkan pada kemaslahatan, terutama *al-istihsān*, secara umum menandakan bahwa KHI Bidang Perkawinan memiliki kecenderungan yang moderat dalam pemikiran metodologi hukum Islam (Ushul Fikih)-nya. Apabila ditempatkan pada pemikiran Ushul Fikih mazhab empat, maka pemikiran metodologi KHI Bidang Perkawinan tidak seperti mazhab Syafi'i yang menolak *al-istihsān* atau mazhab Hanbali yang lebih tekstual dalam aplikasi metodologisnya, tetapi juga tidak seperti mazhab Hanafi yang banyak menggunakan *al-istihsān*. Pemikiran metodologi KHI Bidang Perkawinan lebih dekat dengan mazhab Maliki, yang di satu sisi mengakui validitas *al-istihsān* sebagai metode penetapan hukum, tetapi dalam praktek dan aplikasinya tidak terlalu banyak digunakan.⁴¹

⁴¹Dalam pemikiran imam mazhab, terkadang ada perbedaan antara pemikiran hukum normatif-teoritis dengan intensitas penggunaannya, khususnya penggunaan ra'yu yang dipegangnya. Misalnya Imām Mālik berpegang pada *Istihsān* tetapi jarang dipraktekkan bahkan lebih sering menggunakan hadis yang banyak terdapat di Madinah. Sebaliknya, Imām Ash-Shafi'i sangat berpegang teguh pada hadis tetapi dalam ijtihadnya banyak menggunakan ijtihad dengan metode qiyas sesuai dengan kondisi di Bagdad dan Mesir. Misalnya Muhammad Abū Zahrah, *Tārikh al-Mazāhib al-Islāmiyyah* (Kairo: Dār al-Fikr al-'Arābi, t.t.), II: 219 dan 263.

B. Kritik Metodologis terhadap KHI Bidang Perkawinan

Sebagaimana dikemukakan, landasan metodologis yang digunakan oleh KHI Bidang Perkawinan dalam melakukan pembaruannya secara umum adalah analisis kebahasaan terhadap *naşş* yang ada, kemudian Al-Qiyas dan baru metode yang didasarkan pada *maşlahah*. Apabila dicermati, penggunaan analisis bahasa yang digunakan oleh KHI tidak semata-mata menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan (*al-qawā'id al-lughāwiyyah*), namun juga disertai dengan pertimbangan dan dalil yang lain. Dengan kata lain, dalam menginterpretasi suatu *naşş*, KHI Bidang Perkawinan, sebagaimana seharusnya dalam Ushul Fikih, berupaya mengopersionalkan petunjuk, pertimbangan atau indikasi (*qarīnah*) yang ada, baik berupa *naşş* yang lain, akal ataupun *al-'urf*, sehingga dapat menghasilkan ketetapan hukum yang tidak saja koheren dengan *naşş* lain tetapi juga berkoresponden dengan konteks masyarakat. Di dunia Islam kontemporer, tidak terkecuali di Indonesia, dalam melakukan pembaruan hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari konsep *maşlahah*, baik dalam menginterpretasi *naşş* apalagi dalam menetapkan masalah yang tidak ada *naşş*-nya.⁴²

Dalam menginterpretasi *naşş* poligami, misalnya, KHI tidak seperti kebanyakan pandangan ulama yang menggunakan makna *aż-Zāhir*, tetapi menggunakan makna *an-Naşş* yang berarti mengkaitkan makna ayat dengan konteksnya ketika turun, sehingga kemudian menghasilkan ketetapan yang membatasi secara ketat praktek poligami. Kemudian setelah itu makna ayat itu juga dibatasi dengan konteks masyarakat Indonesia, sehingga muncul persyaratan-persyaratan tertentu yang harus dilalui oleh orang yang hendak melakukan poligami. Begitu pula ketika mengaplikasikan

⁴²Penggunaan masalah dalam pembaruan hukum Islam di dunia Islam pada masa awal lebih cenderung pada pandangan aţ-Tūfi, sementara belakangan lebih cenderung ke pandangan ash-Shāṭibī yang tidak terlalu rasional. Felicitas Opwis, "Maslahah in Contemporary Islamic Legal Theory", *Islamic Law and Society*, Vol. 12 (2), 2005, 182-223.

makna tersurat (*dalālah 'ibārah*) dari QS. An-Nisā (4) ayat 6 menyatakan adanya “usia untuk nikah”, KHI membatasinya dengan *al-'urf* (konteks budaya masyarakat Indonesia) dan pertimbangan kemaslahatan, sehingga menetapkan bahwa batas usia minimal nikah bagi laki-laki adalah 19 tahun dan bagi perempuan 16 tahun. Secara metodologis, ini juga berarti apabila *al-'urf* dan pertimbangan kemaslahatan masyarakat tersebut berubah, batas usia minimal nikah juga bisa berubah.

Ketika menginterpretasi *nasy* perceraian, untuk menyebutkan satu contoh lagi, KHI memahaminya dengan makna tersurat bahwa perceraian merupakan hal halal yang dibenci Allah, namun apabila terjadi maka harus dengan cara yang baik (*tasriḥ bi iḥsān*) dan melalui proses adanya hakam. Makna tersurat tersebut kemudian dikaitkan dengan *al-'urf* kontemporer, yaitu melalui proses sidang di pengadilan sebagai hakamnya, dan dalam waktu yang sama juga digunakan metode *sadd a-dhāri'ah* untuk suami dan *fath al-dhāri'ah* untuk isteri, yaitu hak talak suami dibatasi dan jalannya dihambat (*sadd*) dengan adanya batasan harus di sidang pengadilan, sementara hak isteri diberi jalan dengan membuka peluang (*fath*) untuk dapat mengajukan gugatan cerai ke pengadilan agama.

Sementara itu, ketika menggunakan analogi (*al-qiyās*), KHI sebenarnya juga tidak semata-mata hanya memberlakukan metode *al-qiyās* tersebut. Dalam masalah harta bersama dan *gono gini*, KHI menganalogikan perlunya upah isteri yang bekerja di rumah dengan upah menyusui anak yang dilakukan oleh isteri yang ditalak, sebagaimana dalam QS. Aṭ-Ṭalāq 65 ayat 6: *fa in arḍa'na lakum fa atuhunna ujūrahunna*. Dengan demikian, isteri yang bekerja mengurus rumah kedudukannya sama dengan suami yang bekerja di luar rumah. Penggunaan metode *al-qiyās* ini, apabila dicermati, pada dasarnya dilatar belakangi dan didasarkan pada pertimbangan adat kebiasaan masyarakat (*al-'urf*) dan juga pertimbangan kemaslahatan bagi isteri.

Demikian pula halnya dengan penggunaan metode yang didasarkan pada *maṣlahah* (*maqāṣid ash-sharī'ah*). Ketika KHI menetapkan perlunya pencatatan nikah, cerai dan rujuk demi menjaga kemaslahatan seluruh anggota keluarga, KHI juga sebenarnya memperkuatnya dengan metode *al-qiyās*, yaitu menganalogikan pencatatan pada hutang piutang terhadap masalah perkawinan. Bahkan, demi menjaga kemaslahatan anak, baik secara ekonomis seperti hak nafkah dan waris maupun secara psikologis seperti kejelasan nasab dan status sosial, KHI melakukan redefinisi anak sah dengan mengecualikan ketentuan umum syari'ah bahwa anak sah adalah anak yang dibuahi dalam perkawinan yang sah. Dengan kata lain, KHI menggunakan metode *al-istiḥsān*, sehingga anak sah didefinisikan sebagai anak yang lahir dalam perkawinan yang sah, walaupun pembuahan tersebut terjadi sebelum perkawinan dilangsungkan. Penggunaan *al-istiḥsān* seperti ini merupakan langkah dan alternatif terakhir yang ditempuh oleh KHI ketika menetapkan masalah yang benar-benar dianggap sangat penting demi menjaga kemaslahatan, sehingga kemudian hanya terdapat satu kali penggunaan *al-istiḥsān* dalam upayanya melakukan pembaruan terhadap hukum perkawinan. Dengan demikian, KHI menjadikan *maṣlahah* sebagai landasan penetapan hukum apabila masalah tersebut selaras dengan maksud *naṣṣ*, kecuali pada masalah yang dianggap sangat penting, maka memungkinkan *maṣlahah* tersebut dapat mengecualikan dan membatasi makna umum dari *naṣṣ* yang ada.⁴³

⁴³Penggunaan Istihsan dalam tradisi hukum Islam memang diperdebatkan sejak awal, walaupun kemudian menjadi populer seiring dengan adanya pembaruan hukum Islam di era kontemporer. Karena menjadi kontroversi, para ulama yang berpegang pada *istiḥsān* berusaha menjelaskan bahwa *istiḥsān* tidak lain merupakan salah satu bentuk dari *qiyās*. Murteza Bedir, "The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas?" *Islamic Studies*, Vol. 42, No. 1 (Spring 2003), 7-20. Ahmad Hasan, "The Principle of Isthsan in Islamic Jurisprudence", *Islamic Studies*, Vol. 16, No. 4 (Winter 1977), 347-362

Pembaruan KHI Bidang Perkawinan, dengan menggunakan kerangka Ushul Fikih di atas, sebagaimana telah dikemukakan, pada dasarnya dalam rangka menyetarakan hak-hak perempuan dan laki-laki, menjaga hak-hak anak dan menertibkan administrasi perkawinan melalui peran pemerintah pada lembaga Kantor Urusan Agama dan Pengadilan Agama. Untuk melihat sejauhmana penggunaan secara konsisten kerangka Ushul Fikih di atas dalam upaya pembaruan KHI Bidang Perkawinan, maka perlu dianalisis juga pasal-pasal bidang perkawinan lainnya dan dibandingkan dengan pasal-pasal pembaruan yang telah dikemukakan dalam hal upaya penyetaraan hak antara laki-laki dan perempuan, peningkatan hak-hak anak dan juga upaya penertiban administrasi perkawinan.

Dalam upaya mengangkat kesetaraan antara perempuan dan laki-laki, KHI dalam beberapa pasalnya menetapkan bahwa sebelum akad perkawinan dilangsungkan harus ada persetujuan dari kedua calon mempelai, kemudian mempersulit terjadinya poligami dengan syarat-syarat yang ketat, memberikan hak gugat cerai dan izin rujuk kepada isteri, memberikan hak gono gini terhadap harta bersama yang didapat selama perkawinan dan adanya masa berkabung bagi suami yang ditinggal mati isterinya. Pasal-pasal pembaruan tersebut pada dasarnya diformulasi dengan menggunakan landasan Ushul Fikih yang telah dikemukakan di atas. Namun, apakah landasan Ushul Fikih tersebut juga diterapkan pada pasal-pasal yang lain ataukah tidak, perlu dilihat lebih lanjut dalam pembahasan di bawah ini.

Dalam kaitan dengan kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, apabila dicermati, pasal-pasal dalam KHI Bidang Perkawinan, di samping memuat pembaruan sebagaimana dikemukakan, juga terdapat pasal-pasal yang masih bias gender. Mengenai wali nikah, KHI mensyaratkan bahwa wali nikah sebagai pihak yang menikahkan calon mempelai perempuan haruslah seorang laki-laki muslim. Ketetapan KHI tersebut adalah:

Pasal 19

Wali nikah dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya

Pasal 20

- (1) Yang bertindak sebagai wali nikah ialah seorang laki-laki yang memenuhi syarat hukum Islam yakni muslim, aqil dan baligh.
- (2) Wali nikah terdiri dari :
 - a. Wali nasab;
 - b. Wali hakim.

Mengenai wali nikah perempuan ini sebenarnya ulama mazhab berbeda pendapat. Menurut mayoritas ulama, sebagaimana tidak dapat menikahkan dirinya sendiri, perempuan tidak dapat menjadi wali nikah. Argumen yang dijadikan landasan adalah Hadis riwayat Ibnu Mājah dan ad-Dāruqūṭni dari Abū Hurairah yang menyatakan bahwa Nabi bersabda: *la tuzāwwiju al-mar'atu al-mar'ata wa lā tuzāwwiju al-mar'atu nafsahā* (Seorang perempuan tidak dapat menikahkan perempuan yang lain, dan perempuan tidak dapat menikahkan dirinya sendiri).⁴⁴ Atas dasar itu, para ulama berpendapat bahwa wali nikah haruslah laki-laki, dan pendapat ini yang diikuti oleh KHI pasal 20 di atas. Sementara itu, Abū Hanifah berpendapat bahwa di samping dapat menikahkan dirinya sendiri, perempuan dewasa dapat menjadi wali bagi anaknya yang belum dewasa atau menjadi wakil dari orang lain untuk

⁴⁴Aṣ-Ṣan'āni, *Subūl as-Salām*, III: 119-120. Hadis ini hanya diriwayatkan oleh Ibnu Mājah dan ad-Dāruqūṭni. A.J. Wensink, *al-Mu'jam al-Mufahras li Alfāz al-Hadīth an-Nabawī* (Leiden: E.J. Brill, 1936), II: 352.

menikahkan.⁴⁵ Argumen yang digunakan untuk memperkuat pandangannya adalah riwayat mengenai Ali Ibn Abi Thalib dan juga Siti Aisyah. Sementara hadis yang dijadikan dasar oleh mayoritas ulama, menurut Abu Hanifah riwayatnya lemah. Dirwayatkan bahwa seorang perempuan telah menikahkan anak perempuannya dengan sepersetujuan anaknya tersebut. Setelah para wali laki-lakinya mengetahui, mereka menolak pernikahan itu. Kemudian masalah itu dibawa kepada ‘Ali Ibn Abū Ṭālib, dan ia membolehkan dan menganggap sah pernikahan itu.⁴⁶ Kemudian diriwayatkan bahwa Siti Aisyah, isteri Nabi, yang pernah menjadi wali untuk menikahkan keponakan perempuannya, Ḥafsah Binti Abd ar-Rahmān, dengan al-Mundhir Ibn Zubair. Saat itu bapaknya, Abd ar-Rahmān, sedang bepergian ke daerah Syam. Setelah datang, Abd ar-Rahmān tidak berkebaratan dan menyetujuinya.⁴⁷ Dari riwayat ini dapat disimpulkan bahwa seorang perempuan di samping dapat menjadi wali nikah juga dapat menjadi wakil dari orang lain untuk menikahkan.

Secara metodologis, argumen dengan mendasarkan pada *naṣṣ* menimbulkan multi-tafsir karena adanya lebih dari satu riwayat yang berbeda, sebagaimana dikemukakan di atas. Oleh karena itu, untuk mengkaji lebih lanjut mengenai wali nikah ini, perlu dilihat hikmah tujuan asal (*al-maqāṣid*) dari adanya wali nikah. Tujuan adanya wali nikah pada dasarnya untuk menjaga kemaslahatan perempuan ketika akan menikah. Para ulama memandang, sesuai dengan konteks zamannya, bahwa perempuan perlu pendampingan

⁴⁵ Aṣ-Ṣanʿāni, *Subūl as-Salām*, III: 120. Walaupun perempuan dapat menjadi wali nikah, namun urutannya setelah kerabat laki-laki (*‘aṣābah*). Apabila tidak ada *‘aṣābah* baru mereka dapat menjadi wali. Lihat Az-Zuhāīfī, *al-Fiqh al-Islāmi*, VII: 196 dan 200.

⁴⁶ Shamsuddīn as-Sharkhasī, *al-Mabṣūṭ* (Beirut: Dār al-Maʿrifah, 1989), V: 10.

⁴⁷ Mālik Ibn Anas, *Al-Muwatṭaʿ* (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, t.t.), II: 555.

wali dalam memilih pasangan yang tepat, karena dikhawatirkan hak-hak mereka dilanggar oleh kaum laki-laki. Wali nikah, dengan demikian, merupakan orang yang dapat memilihkan pasangan yang paling sesuai, atau setidaknya dapat dimintai pertimbangannya, sehingga bisa menjaga kemaslahatan calon mempelai perempuan.⁴⁸ Atas dasar itu, syarat wali nikah sebenarnya adalah orang yang memiliki pengalaman untuk memilihkan pasangan yang tepat bagi anak perempuannya yang hendak menikah, sehingga bisa saja wali nikah tersebut laki-laki ataupun perempuan.

Pendekatan kebahasaan terhadap keharusan laki-laki bagi wali nikah, sebagaimana dikemukakan, menimbulkan multi-tafsir, sehingga secara metodologis-Ushul Fikih sebenarnya KHI bisa saja menggunakan metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu mengharuskan adanya saksi nikah, baik laki-laki ataupun perempuan, yang dapat menjaga kemaslahatan calon mempelai perempuan, atau menggunakan metode *al-istiḥsān*, yaitu mengecualikan hadis yang melarang perempuan untuk menikahkan orang lain dengan perempuan yang cakap untuk menjaga kemaslahatan calon mempelai perempuan. Dengan landasan metodologis seperti itu, dapat dikatakan bahwa dalam konteks Indonesia, apabila memang wali nikah bagi perempuan dewasa masih perlu dipertahankan karena pengaruh mazhab Syafi'i yang masih kuat, namun KHI sebenarnya dapat juga mengambil sebagian pandangan Abu Hanifah bahwa perempuan juga dapat menjadi wali nikah. Dengan demikian, dalam upaya peningkatan kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, sebenarnya KHI dapat menetapkan bahwa wali nikah tidak hanya laki-laki (Bapak), tetapi juga perempuan (Ibu, terutama ketika Bapaknya tidak ada), yang penting sesuai dengan hikmah dan tujuan adanya

⁴⁸Dengan alasan yang sama, Abū Hanīfah sendiri, walaupun tidak mewajibkan, menganjurkan adanya wali (kerabat dekat) yang memberi pertimbangan kepada perempuan dewasa yang akan menikah. Az-Zuhāīfī, *al-Fiqh al-Islāmī*, VII: 192, 195, dan 188-189.

wali nikah, yaitu dapat memperjuangkan dan menjaga hak-hak calon mempelai perempuan.

Salah satu rukun nikah adalah adanya dua orang saksi, dan syarat saksi ini menurut KHI pasal 25 adalah harus laki-laki. Pasal-pasal KHI mengenai saksi nikah adalah:

Pasal 24

- (1) Saksi dalam perkawinan merupakan rukun pelaksanaan akad nikah.
- (2) Setiap perkawinan harus disaksikan oleh dua orang saksi

Pasal 25

Yang dapat ditunjuk menjadi saksi dalam akad nikah ialah seorang laki-laki muslim, adil, aqil baligh, tidak terganggu ingatan dan tidak tuna rungu atau tuli.

Keharusan adanya saksi dalam akad nikah ini antara lain didasarkan pada Hadis riwayat ad-Dāruqūṭni dari Ibnu Abbās bahwa pernikahan harus ada dua orang saksi adil dan seorang wali yang pandai (*la nikāha illa bi shāhidai ‘adlin wa waliyyin murshidin*). Mayoritas ulama dengan berpegang pada bunyi teks hadis secara tersurat berpendapat bahwa saksi harus laki-laki, sementara Hanafiyah berpendapat bahwa saksi nikah bisa terdiri dari satu laki-laki dan dua orang perempuan, sebagaimana dalam jual beli.⁴⁹ Secara metodologis-Ushul Fikih, mayoritas ulama berpegang pada makna tersurat (*dalālah ‘ibārah*) dari Hadis tentang saksi nikah, sementara Hanafiyah dalam hal ini menggunakan metode *al-*

⁴⁹Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtāhid*, II: 13. Wahbah az-Zuhāifī, *al-Fiqh al-Islāmī*, IX: 6563.

istihsān, yaitu mengecualikan bunyi teks hadis tersebut dengan hasil dari analogi saksi akad nikah kepada saksi jual beli.⁵⁰

Secara metodologis memang secara umum KHI mendahulukan makna tersurat dari pada mengecualikannya dengan *'illat* atau *maṣlahah*. Namun dengan melihat semangat KHI dalam upaya meningkatkan kesetaraan perempuan dan laki-laki seperti perlu adanya persetujuan dua calon mempelai dalam akad nikah, hak cerai dan rujuk serta masalah *gono gini*, di samping juga konteks Indonesia yang menyamakan posisi laki-laki dan perempuan dalam persaksian di persidangan, maka sewajarnya apabila KHI juga menetapkan bahwa perempuan dapat menjadi saksi nikah, bahkan setara dengan laki-laki. Dalam arti, melebihi pendapat Hanafiyah, satu perempuan setara dengan satu laki-laki, yang secara metodologis menggunakan *al-istihsān*, yaitu mengecualikan *naṣṣ* tidak saja dengan *'illat* seperti Hanafiyah, tetapi mengecualikannya dengan *maṣlahah* dan *al-'urf* Indonesia.

KHI melarang perkawinan beda agama, baik laki-laki muslim dengan perempuan non-muslimah maupun perempuan muslimah dengan laki-laki muslim. Hal ini dinyatakan pada pasal 40 huruf c dan pasal 44:

Pasal 40

Dilarang melangsungkan perkawinan antara seorang pria dengan seorang wanita karena keadaan tertentu:

- a. karena wanita yang bersangkutan masih terikat satu perkawinan dengan pria lain;
- b. seorang wanita yang masih berada dalam masa iddah dengan pria lain;
- c. seorang wanita yang tidak beragama Islam.

⁵⁰Q.S. Al-Baqarah (2): 282: *wastashhidū shahidaini min rijālikum, fa in lam yakuna rajulaini fa rajulun wamraatāni min man tarḍauna min ash-shuhada...*

Pasal 44

Seorang wanita Islam dilarang melangsungkan perkawinan dengan seorang pria yang tidak beragama Islam.

Para ulama berbeda pendapat mengenai perkawinan beda agama ini, termasuk dengan ahli kitab. Secara metodologis, ulama yang melarang pernikahan beda agama berpegangan pada Q.S Al-Baqarah (2) ayat 221 yang menyatakan bahwa seorang mukmin dan mukminah tidak boleh menikah dengan orang musyrik, dan ahli kitab pada dasarnya merupakan bagian dari kaum musyrik. Sementara ulama yang membolehkan adalah berpegang pada QS.Al-Mā'idah (5) ayat 5 yang menyatakan bahwa “perempuan-perempuan yang menjaga kehormatan di antara orang-orang yang diberi Al-Kitab sebelum kamu” boleh dinikahi. Penafsiran kedua ini bahkan telah dipraktikkan oleh Hudhaifah Ibn al-Yamāni yang menikah dengan perempuan ahli kitab, walaupun kemudian dilarang oleh Umar Ibn Khaṭṭāb. Alasan Umar bukan berarti haram secara normatif, tetapi khawatir menjadi preseden buruk pada saat itu, sehingga kemudian para laki-laki muslim akan lebih memilih perempuan ahli kitab dibandingkan dengan perempuan muslimah.⁵¹

Secara metodologis pandangan Umar tersebut merupakan upaya preventif (*sadd adh-dhāri'ah*) untuk menutup jalan yang mengarah pada kemadaramatan. KHI pasal 40 juga berpandangan yang sama dengan pendapat Umar tersebut. Namun karena alasannya adalah kekhawatiran adanya kemadaramatan, maka apabila alasan tersebut sudah tidak ada, dapat dipastikan ketentuan pasal tersebut akan berubah. Dalam perspektif kerukunan umat beragama dan hak individu, ketentuan tersebut bertentangan dengan semangat pluralitas agama yang ada di Indonesia. Sementara mengenai perempuan muslimah menikah dengan laki-laki non muslim para ulama berpendapat bahwa tidak diperbolehkan seperti ketentuan

⁵¹Ḥasaballah, *Uṣūl at-Tashrī'*, 93.

KHI pasal 44 di atas. Namun sebenarnya, apabila kekhawatiran adanya kemadaratan tersebut tidak ada, maka hukumnya sama dengan laki-laki muslim menikahi perempuan non muslim. Kesamaan hukum tersebut secara metodologis didasarkan pada *dalālah ad-dalālah* (makna tersembunyi) dari QS. Al-Mā'idah (5) ayat 5 tersebut, yaitu apabila laki-laki boleh menikah dengan perempuan non muslim (*manṭūq bih*), maka juga perempuan muslimah juga boleh menikah dengan laki-laki non muslim (*maskūt 'anhu*). Namun demikian, ketetapan perkawinan beda agama ini memerlukan kajian yang mendalam, mengingat perkawinan tidak hanya antara suami dan isteri tetapi juga menyangkut keluarga besar orang tua dan juga anak nantinya.⁵²

Sementara itu, KHI mengatur tentang *nushūz* isteri terhadap suami, dan ketika isteri *nushūz* maka suami tidak harus menjalankan kewajiabn-kewajibannya, atau dengan kata lain isteri tidak mendapat hak-haknya. Hal ini dinyatakan dalam pasal 83 dan 84.

Pasal 83

- (1) Kewajiban utama bagi seorang isteri ialah berbakti lahir dan batin kepada suami di dalam yang dibenarkan oleh hukum Islam.
- (2) Isteri menyelenggarakan dan mengatur keperluan rumah tangga sehari-hari dengan sebaik-baiknya.

Pasal 84

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

⁵² Yusūf al-Qarḍāwī, *Al-Ḥalāl wa al-Ḥarām fī al-Islām* (Ttp.: Dār al-Ma'rifah, 1985), 178-179.

- (2) Selama isteri dalam *nushūz*, kewajiban suami terhadap isterinya tersebut pada pasal 80 ayat (4) huruf a dan b tidak berlaku kecuali hal-hal untuk kepentingan anaknya.
- (3) Kewajiban suami tersebut pada ayat (2) di atas berlaku kembali sesudah isteri *nushūz*
- (4) Ketentuan tentang ada atau tidak adanya *nushūz* dari isteri harus didasarkan atas bukti yang sah.

Ketetapan KHI ini didasarkan pada Q.S An-Nisā (4) ayat 34 tentang isteri yang *nushūz* (sikap tidak acuh, tidak taat) terhadap suaminya. Hal ini selaras dengan ketetapan KHI dalam pasal lain bahwa kewajiban isterilah yang harus taat serta berbakti lahir dan batin kepada suami (KHI pasal 83 ayat 1) karena suami merupakan kepala keluarga dan isteri hanya merupakan ibu rumah tangga (KHI pasal 79 ayat 1). Dengan adanya dominasi suami terhadap isteri, KHI kemudian tidak mengatur bagaimana apabila suami yang *nushūz* dan tidak menjalankan kewajibannya. Padahal, dalam upaya melakukan peningkatan kesetaraan antara isteri dan suami, KHI seharusnya menetapkan juga aturan tentang adanya *nushūz* yang dilakukan suami, karena Q.S An-Nisā (4) ayat 128 menyinggung tentang *nushūz* -nya suami tersebut.⁵³ Secara metodologis-Ushul Fikih, penetapan adanya *nushūz* suami ini, sebagaimana *nushūz* isteri, didasarkan pada *dalālah 'ibārah*, yaitu menerapkan makna tersurat dari nash. Hanya saja dalam implementasinya bisa dirinci dan disesuaikan dengan *al-'urf* Indonesia.

Sementara itu, di samping meningkatkan kesetaraan laki-laki dan perempuan, KHI juga berupaya untuk menjaga hak-hak anak melalui pembatasan usia nikah, kebolehan perkawinan wanita hamil dengan laki-laki yang menghamilinya, melakukan redefinisi anak

⁵³ Q.S An-Nisā (4) ayat 128 menyatakan “*Jika seorang wanita khawatir akan nusyuz atau sikap tidak acuh dari suaminya, maka tidak mengapa bagi keduanya mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya...*”.

sah, serta mengatur pengasuhan anak sampai umur 21 tahun. Namun demikian, tidak semua pasal-pasal KHI telah memiliki semangat untuk menjaga hak-hak anak. Misalnya hak anak yang lahir di luar perkawinan, KHI belum memberikan hak yang semestinya. KHI pasal 100 menyatakan:

Pasal 100

Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Sebenarnya, hubungan nasab anak yang lahir di luar perkawinan bisa saja hanya dengan ibu kandungnya. Namun seharusnya KHI juga memperhatikan hak-haknya seperti biaya pemeliharaan dan pendidikannya yang dibebankan pada bapak biologisnya. KHI dalam hal ini belum mengaturnya, sehingga masih menimbulkan kesan bahwa anak menjadi korban dari perbuatan dosa yang dilakukan orang tuanya. Pemberian biaya pemeliharaan dan pendidikan anak yang lahir di luar perkawinan oleh bapak biologisnya, secara metodologis dapat dimungkinkan dengan menggunakan metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu demi memelihara kebutuhan hidup (*ḥifẓ al-naḥs* dan *ḥifẓ al-māl*) dari anak tersebut.⁵⁴

Di samping itu, KHI pasal 15, selaras dengan Undang-Undang Perkawinan pasal 7, memberikan batasan usia nikah minimal 19

⁵⁴ Majelis Ulama Indonesia melalui fatwa Nomor 11 yang ditetapkan pada tanggal 10 Maret 2012 menegaskan bahwa anak hasil zina tidak punya hubungan nasab dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya. Anak hasil zina tersebut hanya berhubungan nasab dengan ibunya. Namun demikian, menurut fatwa MUI tersebut pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman *ta'zīr* (jenis dan hukuman yang diberikan oleh pihak yang berwenang) terhadap lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk: a. mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut; b. memberikan harta setelah ia meninggal melalui *waṣīat wājibah*. Hukuman ini bertujuan melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya. <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4f6322acd4b12/fatwa-mui-juga-melindungi-anak-hasil-perzinaan>.

tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan. Sebagaimana dikemukakan, pembatasan usia nikah minimal ini dapat terus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat. KHI ditetapkan lebih dari dua puluh tahun yang lalu, sehingga untuk konteks sekarang umur 16 untuk calon mempelai perempuan sebenarnya masih dianggap di bawah umur untuk melangsungkan pernikahan, karena baru sekitar kelas satu sekolah menengah atas. Maka, seiring dengan wajib belajar Sembilan tahun, umur minimal untuk menikah yang tepat adalah setelah lulus sekolah menengah atas, yaitu minimal umur 18 tahun. Batasan usia minimal nikah ini, secara metodologis didasarkan pada *al-istiṣlāḥ*, sehingga bersifat fleksibel disesuaikan dengan kondisi masyarakat. Dari uraian ini dapat dinyatakan bahwa karena telah berusia dua puluh tahun lebih, maka KHI sudah sepatutnya untuk dilakukan revisi dan beberapa penyesuaian selaras dengan konteks masyarakat Indonesia saat ini.

Penyesuaian dan pembaruan KHI ini diperlukan tidak saja berkaitan dengan materi hukumnya, tetapi juga berkaitan dengan kekuatan hukum tersebut untuk dilaksanakan. KHI Bidang Perkawinan sebenarnya telah berupaya melakukan penertiban administrasi perkawinan seperti keharusan adanya pencatatan perkawinan serta keterlibatan pengadilan dalam masalah perceraian dan perselisihan perkawinan lainnya. Hanya saja, pasal-pasal KHI Bidang Perkawinan ini masih cenderung sebagainorma moral dari pada berbentuk norma hukum yang mengandung sanksi, sehingga kurang memiliki daya paksa untuk dilaksanakan. Misalnya, dalam masalah pencatatan perkawinan dinyatakan bahwa setiap perkawinan harus dicatatkan sehingga pelaksanaannya harus dilakukan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah, oleh karena itu, perkawinan yang tidak dicatatkan tidak memiliki kekuatan hukum.⁵⁵ Pasal ini sebenarnya bertujuan untuk menertibkan administrasi perkawinan, karena perkawinan merupakan perbuatan

⁵⁵Pasal 5, 6, dan 7 Kompilasi Hukum Islam (KHI).

hukum yang mempunyai banyak implikasi, terutama antara suami-istri dan orang tua-anak. Adanya pencatatan secara administratif ini pada dasarnya bertujuan untuk melindungi hak-hak para anggota keluarga, khususnya istri dan anak, seperti dalam masalah hak nafkah, hak waris, dan hak pemeliharaan anak.

Pencatatan nikah tersebut, dengan demikian, merupakan hal yang sangat penting dalam perkawinan, namun KHI, dengan pasal-pasal yang ada, tidak secara tegas mengharuskan adanya pencatatan tersebut dalam setiap perkawinan. Walaupun perkawinan tanpa dicatat adalah sah, namun sebenarnya, tanpa membatalkan keabsahan nikah yang tidak dicatatkan tersebut, KHI seharusnya mempertegas aturannya dengan menetapkan adanya sanksi bagi setiap perkawinan yang tidak dicatatkan. Adanya sanksi tersebut di samping mempertegas aturan supaya menjadi aturan hukum yang memiliki daya paksa, juga berarti memperkuat perlindungan terhadap hak-hak para anggota keluarga, khususnya isteri dan anak. Tidak adanya ketegasan sanksi tersebut juga terjadi pada pasal-pasal yang lain, seperti keharusan adanya izin dari pengadilan bagi suami yang akan melakukan poligami, adanya kemampuan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak,⁵⁶ pemberian mut'ah oleh suami kepada istri yang dicerai, pemberian nafkah oleh suami kepada isteri yang ada dalam masa 'iddah, dan pemberian biaya pemeliharaan anak oleh bapak untuk anak-anaknya sampai umur 21 tahun.⁵⁷ Dalam KHI, aturan-aturan tersebut tidak disertai sanksi apabila kemudian tidak dilaksanakan. Ini berarti aturan-aturan KHI tersebut hanya berupa anjuran moral tanpa memberikan penegasan sebagai aturan hukum positif yang mengandung sanksi, sehingga dalam banyak kasus, putusan-putusan pengadilan agama kurang dapat dilaksanakan secara efektif.

⁵⁶Pasal 55, 56, 58, dan 82 KHI.

⁵⁷Pasal 149 KHI.

Adanya sanksi dalam aturan perundangan ini secara metodologis didasarkan pada metode *al-istiṣlāḥ*, yaitu untuk meningkatkan perlindungan bagi aturan-aturan yang ada, yang sesungguhnya aturan tersebut berupaya menjaga hak-hak setiap anggota keluarga. Bahkan dapat dikatakan bahwa sanksi tersebut menjadi prasyarat dan sarana bagi terlaksananya aturan-aturan yang ada, sehingga keberadaannya pada dasarnya sama pentingnya dengan aturan tersebut. Dalam kaidah hukum Islam dikatakan *mā lā yatimmu al-wājib illā bihi fa huwa wājib* (apabila suatu kewajiban tidak dapat terlaksana kecuali dengan adanya sesuatu yang lain, maka hukum dari sesuatu yang lain tersebut juga wajib) serta *Al-ḥukmu bi ash-shaj ḥukmun bi wasāilihi* (hukum tentang sesuatu berarti juga hukum bagi sarana-sarana dari sesuatu tersebut) atau *al-wasāil ḥukm al-maqāsid* (sarana hukumnya sama dengan tujuan) atau *al-wasāil tattabi'u al-maqāsid fī aḥkamiha* (sarana mengikuti tujuan mengenai hukumnya).⁵⁸ Penentuan sanksi bagi suatu pelanggaran melalui ijtihad dan penetapan pemerintah, dalam hukum pidana Islam, dikenal dengan istilah hukuman *ta'zīr*. Hukuman *ta'zīr* diberlakukan sebagai balasan bagi pelaku tindak pidana *ta'zir*, yaitu tindak pidana (*jarīmah*) yang jenis dan hukumannya tidak terdapat dalam Al-Qur'an dan Hadis, untuk membedakannya dengan *ḥudūd* dan *Qisās-Diyāt* yang jenis dan hukumannya telah ditentukan dalam kedua sumber hukum Islam tersebut.

Dalam hukum pidana Islam, pemerintah dimungkinkan untuk menetapkan adanya hukuman *ta'zīr* bagi para pelaku yang melanggar aturan yang telah dibuat. Hukuman *ta'zir* ini dapat berupa hukuman fisik maupun berupa denda. Mengenai jenis hukuman para ulama berbeda pendapat apakah boleh hukuman *ta'zīr* lebih berat dari pada hukuman *ḥudūd* dan *qisās-diyāt*. Mayoritas

⁵⁸ 'Alī Aḥmad an-Nadawī, *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damaskus: Dār al-Qalām, 1986), 345 dan 159.

berpendapat hukuman *ta'zīr* harus lebih ringan, sementara sebagian ada yang membolehkan bahwa hukuman *ta'zīr* lebih berat apabila memang diperlukan.⁵⁹ Dengan demikian, KHI Bidang perkawinan perlu juga mencantumkan adanya hukuman pidana bagi orang yang melanggar aturannya, sehingga aturan yang ada lebih mengikat dan memiliki daya paksa untuk ditaati. Apabila seperti itu, maka diharapkan hukum perkawinan di Indonesia akan dapat lebih ditaati sehingga pelaksanaannya lebih tertib dan teratur.

Dari uraian di atas dapat dilihat bahwa secara metodologis, upaya yang dilakukan KHI Bidang perkawinan dalam melakukan pembaruan tidak dilakukan secara konsisten. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan dilakukan secara parsial hanya pada beberapa pasal, sementara beberapa pasal lain yang seharusnya bisa diperbarui dibiarkan tetap seperti pendapat mazhab klasik sehingga dipandang kurang sesuai diterapkan dalam konteks masyarakat Indonesia kontemporer. Pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan, dalam istilah Al-Jābirī, dipandang sebagai Ijtihad-Taklid,⁶⁰ yaitu melakukan pembaruan tetapi belum bisa beranjak dari dan masih dipengaruhi oleh fikih mazhab klasik, dan belum merupakan ijtihad yang benar-benar diformulasi untuk menyesuaikan dengan zaman kontemporer. Sebenarnya, apabila KHI Bidang Perkawinan konsisten dalam menggunakan metodologinya untuk melakukan pembaruan, pasal-pasal yang tidak sesuai tersebut

⁵⁹Dalam hukum pidana Islam (fikih jinayah) tindak pidana (jarimah) diklasifikasi menjadi tiga bagian: (1) jarimah *hudūd*, yaitu tindak pidana yang hukumannya sudah ada *nashnya* dan tidak bisa diampuni atau diubah dengan hukuman lain, (2) jarimah *qisās-diyat*, yaitu tindak pidana yang hukumannya sudah ada ketentuan nashnya tetapi pelaku dapat diampuni oleh keluarga korban dengan cara membayar tebusan (*diyat*), dan (3) jarimah *ta'zīr*, yaitu tindak pidana yang tidak ada ketentuan hukumannya dalam nash, sehingga pemerintah dapat menetapkan sanksi dan hukuman berdasarkan kebijakannya. Lebih lanjut misalnya Wael B. Hallaq, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations* (New York: Cambridge University Press, 2009), 308-323.

⁶⁰ Muḥammad 'Ābid al-Jābirī, *ad-Dīn wa ad-Dawlah wa Taṭbīq ash-Sharī'ah*, Cet. 1 (Beirut: Markaz Dirāsāt al-Waḥdah al-'Arabiyyah, 1996), 167-192.

bisa diubah dan diganti sehingga menjadi aturan yang lebih sesuai dengan konteks masyarakat Indonesia saat ini.

Di samping itu, pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan melalui beberapa pasalnya dalam aplikasinya dipandang kurang efektif. Banyak masyarakat yang tidak melakukan apa yang diatur dalam KHI, bahkan terhadap keputusan-keputusan Pengadilan Agama yang telah memiliki kekuatan hukum yang tetap, seperti nafkah iddah, mut'ah dan biaya pemeliharaan anak yang sering kali diabaikan oleh mantan suami terhadap anak dan mantan isterinya. Pengabaian masyarakat terhadap aturan tersebut antara lain karena dalam KHI Bidang Perkawinan tidak ada sanksi yang secara jelas dan tegas dinyatakan bagi orang yang melanggarnya.

C. Respon terhadap KHI Bidang Perkawinan

Upaya pembaruan yang dilakukan KHI Bidang Perkawinan, sebagaimana diuraikan, secara metodologis belum dilakukan secara konsisten, di samping juga efektifitas implementasinya di masyarakat masih kurang. KHI sebagai hukum material di Pengadilan Agama memiliki kedudukan yang sangat penting karena menjadi pedoman bagi hakim dalam memutuskan perkara hukum keluarga di kalangan umat Islam Indonesia. Oleh karena itu, banyak pihak yang berkepentingan dengan KHI ini, termasuk pihak yang berupaya merespon dan menawarkan revisi terhadap KHI. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah pemikiran para tokoh baik dari kalangan akademisi maupun tokoh dari organisasi kemasyarakatan, Counter Legal Draft KHI (CLD KHI) dan Rancangan Undang-Undang Hukum Material Pengadilan Agama Bidang Perkawinan (RUU HMPA Bidang Perkawinan). Berikut terlebih dahulu dikemukakan respon dan kritik beberapa tokoh tersebut terhadap pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan. Pandangan para tokoh ini secara garis besar mengenai dua hal, yaitu pertama, pandangan mereka tentang pembaruan yang dilakukan oleh

KHI Bidang Perkawinan dan landasan metodologisnya, dan kedua, kritik dan tawaran revisi terhadap KHI Bidang Perkawinan.

Para tokoh ormas Islam secara umum berpendapat bahwa **pasal-pasal pembaruan dan landasan metodologis** yang ada dalam KHI Bidang Perkawinan sudah cukup baik dan telah berupaya mengakomodir kebutuhan masyarakat Indonesia. Menurut Dr. KH. A. Malik Madany, MA, tokoh dari Nahdlatul Ulama (NU), pasal-pasal pembaruan yang ada pada KHI banyak didasarkan pada *as-siyāṣah ash-shar'īyyah*, yaitu kebijakan pemerintah yang berupaya mendekatkan dan mewujudkan kemaslahatan serta menjauhkan adanya kemafsadatan bagi masyarakat secara umum. Kebijakan yang ditempuh dalam KHI Bidang Perkawinan tersebut kebanyakan berbentuk pembatasan pada sebagian hal-hal yang mubah (*taqyīd ba'di al-mubaḥāt*). Pembatasan hal-hal yang sebenarnya boleh (*mubāḥ*) tersebut seperti melakukan pembatasan terhadap praktek poligami dengan syarat-syarat yang ketat, adanya masa idhdad suami yang istrinya meninggal dunia untuk tidak langsung menikah, batas usia menikah (*taḥdīd sinni al-zawaj*), dan mempersulit terjadinya perceraian dengan hanya melalui pengadilan agama.⁶¹

Sementara itu, menurut Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag, tokoh Persatuan Islam (Persis), KHI merupakan langkah positivisasi hukum Islam di Indonesia, karena KHI pada dasarnya adalah fikih yang dalam proses inisiasi, perumusan dan pengesahannya berada di tangan negara atau perpanjangan tangannya. Di samping itu, KHI juga dipandang sebagai fikih Indonesia yang genesisnya dapat ditemukan dalam pemikiran Hasbi ash-Shiddiqy dan Hazairin. Hal ini merupakan langkah maju, karena selama ini kita pada umumnya belum menunjukkan kemampuan untuk berijtihad dalam mewujudkan fikih yang sesuai dengan kepribadian Indonesia, sehingga kadang-kadang memaksakan fikih Hijaz, fikih Mesir atau

⁶¹ Wawancara dengan Dr. KH. A. Malik Madany, MA pada tanggal 7 Oktober 2015 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

fikih Irak untuk diberlakukan di Indonesia atas dasar taklid. Dengan demikian, KHI merupakan suatu perwujudan hukum Islam yang khas di Indonesia. Atau dengan perkataan lain, KHI merupakan wujud hukum Islam yang bercorak keindonesiaan.⁶²

Dalam beberapa pasal pembaruan KHI Bidang Perkawinan, telah terjadi adaptasi dan modifikasi tatanan hukum Islam dengan konteks Indonesia. Dengan kata lain, nalar Hukum yang berusaha di bangun oleh pembaruan KHI Bidang Perkawinan ini sebenarnya cukup kontekstual dengan adanya hubungan antara wahyu dan rasio yang dinamis, seperti pada masalah pembatasan poligami, pembatasan usia menikah, adanya ihdad bagi suami, perceraian harus melalui pengadilan dan pembaruan lainnya. Landasan metodologis yang dipakai dalam pembaruan KHI Bidang Perkawinan tersebut adalah dua sumber argumentasi, yaitu argumen normatif dan argumen rasional.⁶³

Dalam pandangan tokoh NU yang lain, yaitu Drs. KH. Masdar F. Mas'udi, MA, beberapa pasal KHI Bidang Perkawinan memang sudah lebih memperhitungkan masalah sebagai landasan hukumnya dari pada teks agama, walaupun secara umum dalam pasal-pasal yang lain nuansa tekstualnya juga masih kental. Pertimbangan kemaslahatan tersebut antara lain pada masalah batas usia pernikahan, persetujuan rujuk dari isteri, dan adanya ihdad bagi suami. Kemaslahatan tersebut memang harus dirasakan oleh kedua belah pihak, baik suami maupun isteri, dan tidak bisa apabila hanya dirasakan oleh salah satu pihak saja. Demikian juga dalam masalah

⁶² Wawancara dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 27 Agustus 2015 di Kampus UIN Sunan Gunung Djati Bandung dan Jawaban wawancara tertulis via Email dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 16 September 2015.

⁶³ Wawancara dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 27 Agustus 2015 di Kampus UIN Sunan Gunung Djati Bandung dan Jawaban wawancara tertulis via Email dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 16 September 2015.

status anak sah, KHI telah menggunakan metode *istiṣlāḥi*, yaitu mengedepankan hak dan perlindungan anak. Ketentuan-ketentuan yang dibuat oleh negara harus mendukung kebutuhan masyarakat. Kemaslahatan bagi yang lemah harus lebih diprioritaskan. Mengenai status anak sah ini, KHI telah beranjak dari pandangan fikih klasik, walaupun saat ini telah ada keputusan Mahkamah Konstitusi tahun 2010 yang menyatakan bahwa anak hasil perkawinan yang tidak dicatatkan mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya apabila dapat dibuktikan dengan Ilmu Pengetahuan dan lainnya.⁶⁴

Sementara itu, menurut Prof. M. Atho Mudzhar dalam konteks pembaharuan hukum perkawinan, selama ini aturan yang ada di Indonesia adalah UU. No. 1 Tahun 1974 yang bertahan lama (hampir 42 tahun) tanpa mengalami amandemen kecuali beberapa kali uji materi oleh Putusan Mahkamah Konstitusi, dan KHI (hampir 25 tahun). Hal ini dapat menimbulkan spekulasi di masyarakat mengenai sebab kenapa aturan itu bertahan lama. Pertama, mungkin masyarakat merasa aturan itu masih memadai untuk menjawab perkembangan masalah perkawinan hingga sekarang ini. Kedua, mungkin juga sesungguhnya yang terjadi adalah status quo antara pihak-pihak yang ingin mempertahankan aturan itu dan pihak-pihak yang ingin mengubahnya. Bagi mereka yang ingin mempertahankannya, terutama dari tokoh konservatif agama Islam, melihat bahwa isi UU itu relatif dekat dengan hukum Islam. Bahkan ada yang mengatakan bahwa UU itu adalah perwujudan Islam di Indonesia dalam bidang perkawinan. Bagi mereka, kesempatan membuka peluang untuk merevisi UU tersebut dikhawatirkan justru akan menjauhkan isinya dari hukum Islam dan jatuh ke tangan para kaum liberal dan sekular. Adapun bagi mereka yang ingin mengubahnya, ide-idenya sudah nampak seperti

⁶⁴ Wawancara dengan Drs. KH. Masdar F. Mas'udi, MA pada tanggal 08 Oktober 2015 di Kantor Dewan Masjid Indonesia (DMI) DKI Jakarta.

beredarnya draft tandingan UU Perkawinan dan permohonan uji materi oleh berbagai pihak tentang berbagai pasal dari UU itu.⁶⁵

Prof Abdul Ghani Abdullah, hakim agung dan tokoh yang terlibat dalam penyusunan KHI, berpendapat bahwa KHI Bidang Perkawinan ini sebenarnya memiliki hubungan erat dengan UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, karena UUP ini pada dasarnya sudah menganut prinsip hukum Islam, hanya saja belum terperinci. UUP merupakan hukum nasional yang bersifat unifikatif untuk menjembatani masyarakat plural antar golongan Agama yang ada di Indonesia, sementara KHI sifatnya untuk memerinci aturan-aturan hukum perkawinan dari UUP tersebut khusus untuk umat Islam. sebagai contoh, pada pasal 2 ayat 1 UUP dinyatakan bahwa “Perkawinan sah apabila dilakukan sesuai agamanya masing-masing”. Prinsip ini berlaku untuk semua kalangan beragama, kemudian bagaimana sah menurut agama Islam? KHI kemudian memerincinya dan mengatur bagaimana rukun dan syarat perkawinan agar dinyatakan sah menurut hukum Islam.

Sementara itu, di samping berkaitan dengan agama, perkawinan juga berkaitan dengan negara. Misalnya, pada pasal 2 ayat 2 UUP dinyatakan “Tiap-tiap perkawinan harus dicatatkan”. Hal ini menimbulkan problematika hukum dan diperdebatkan, apakah pencatatan merupakan kewajiban atau hanya bersifat administratif? Jawabnya adalah sahnya perkawinan hanya jika dinyatakan sah menurut agama masing-masing (ayat 1), sedangkan pencatatan tidak termasuk pada unsur sahnya perkawinan, dan hanya kepentingan administrasi negara bahwa perkawinan yang sah menurut negara harus dicatatkan. Dengan demikian, menurut pasal 2 ayat 1 perkawinan yang sah adalah perkawinan menurut agama,

⁶⁵ Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

dalam hal ini fikih, sedangkan ayat 2 menyatakan bahwa keharusan pencatatan adalah sebagai wujud bahwa perkawinan bukan hanya persoalan hubungan personal tetapi berkaitan juga dengan unsur kenegaraan dan unsur kebangsaan yang kaitannya dengan unsur pertumbuhan jumlah penduduk. Perkawinan, sebagaimana diketahui, akan menimbulkan problematika hukum dan akibatnya, yaitu status Anak dengan segala permasalahannya, perceraian dengan segala konsekuensi hukumnya dan pembagian harta bersama dengan segala permasalahannya, maka dibutuhkan andil negara untuk mentertibkan aturan-aturannya. Namun demikian, pencatatan (pasal 2 ayat 2) tidak bisa menghalangi atau menggugurkan perkawinan yang sudah sah menurut agama (pasal 2 ayat 1).

Dari segi fikih, KHI, menurutnya, mengandung beberapa pembaruan, misalnya dalam masalah gugat cerai dari pihak istri. Dalam fikih terdapat banyak pendapat disertai dengan berbagai argumentasi yang kuat, sehingga dalam perumusan KHI saat itu terjadi diskusi akan diterapkan hukum seperti apa dan bagaimana. Salah satu tokoh yang sangat dominan dalam menentukan perumusan hukum KHI adalah Prof. Ibrahim Hosein, yang banyak menggunakan metode *takhayyur* antar mazhab. Dengan demikian, mengenai masalah gugat cerai ini merupakan hasil ijtihad ulama Indonesia dalam mengatur perceraian yang diajukan oleh istri. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan yang lain adalah masalah harta bersama. Di negara lain mengenai harta bersama ini tidak diatur, karena perkawinan adalah kontrak atau perjanjian, maka tentang pembagian harta bersama tunduk pada hukum perjanjian. Di Indonesia, pengaturan tentang pembagian harta bersama di dalam hukum perkawinan ini adalah semata-mata untuk melindungi hak-hak perempuan.

Kemudian mengenai Status Anak Sah, hal ini erat kaitannya dengan persoalan hukum tentang kawin hamil. Hukum kawin hamil di dalam fikih terdapat banyak perbedaan hukumnya, yaitu apakah

wanita hamil tersebut boleh kawin atau tidak? Apabila boleh kawin, apakah boleh langsung campur atau tidak? Kemudian setelah anak lahir, anak siapakah itu? Aturan kawin hamil di Indonesia pada dasarnya mengikuti kondisi sosial di Indonesia, yaitu biasanya langsung dikawinkan dengan laki-laki yang menghamilinya. Walaupun di dalam KHI dinikahkan harus dengan laki-laki yang menghamilinya, tetapi secara praktek jika wanita hamil itu menikah dengan orang lain maka perkawinannya diizinkan oleh Pengadilan, jadi sebenarnya tidak harus dengan laki-laki yang menghamilinya, walaupun tetap sangat dianjurkan dengan laki-laki yang menghamilinya. Sementara mengenai status anak sah KHI menganut “Prinsip Melahirkan”, yaitu jika anak itu lahir sudah dalam perkawinan orang tuanya yang sah, maka anak itu dinyatakan anak sah, walaupun pembuahan benihnya dilakukan sebelum pernikahan.

Sementara itu, mengenai kawin beda agama, KHI Bidang Perkawinan tidak membolehkannya. Persoalan perkawinan beda agama itu sangat rumit dan sulit disatukan. Pendapat KHI sendiri merujuk pada Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 220 bahwa perkawinan dengan orang musyrik diharamkan. Di Indonesia tatanan hukum yang ada khususnya tentang kawin beda agama adalah untuk meminimalisir polemik yang berkepanjangan. Adapun pelaku perkawinan beda agama yang dilakukan di negara lain, walaupun perkawinan yang dilakukan di luar negeri harus tunduk dengan aturan yang ada di negara tersebut, tetapi jika pelaku itu datang ke Indonesia dia hanya memperoleh surat keterangan dari catatan sipil bahwa sudah terjadi perkawinan tetapi tetap tidak memperoleh legalitas dari hukum perkawinan Islam di Indonesia (KHI).

Kemudian saksi perkawinan di dalam KHI adalah harus laki-laki, walaupun di dalam fikih perempuan diperbolehkan menjadi saksi pernikahan, yaitu dua banding satu dengan laki-laki, dalam arti dua perempuan nilainya sama dengan satu laki-laki. Tetapi aturan di

Indonesia, termasuk KHI, melihat realitas di Indonesia bahwa pada setiap perkawinan biasanya masyarakat lebih menggunakan saksi laki-laki dari pada perempuan. Dengan demikian, pada prinsipnya memang perempuan boleh menjadi saksi nikah, tapi karena realitas sosial memakai laki-laki maka KHI mengikuti kehendak sosial.⁶⁶

Menurut Dr. H. Hamim Ilyas, MA, seorang tokoh Muhammadiyah, KHI Bidang perkawinan telah melakukan beberapa pembaruan dalam pasal-pasalnya yang berbeda sama sekali dengan fikih mazhab. Keberanjakan dari fikih mazhab ini merupakan hal niscaya karena hukum Islam memang harus terus berkembang seiring dengan perkembangan masyarakat dan konteks zaman. Hal ini juga menandakan bahwa hukum Islam haruslah dinamis, tidak terhenti pada fikih-fikih yang diformulasi oleh para imam mazhab terdahulu, yang ijtihad mereka juga tidak terlepas dari respon terhadap situasi dan konteks zamannya masing-masing. Pembaruan beberapa pasal dalam KHI Bidang Perkawinan ini secara metodologis berdasarkan pada kemaslahatan yang menjadi *maqāṣid al-sharī'ah* dengan realitas empiris konteks masyarakat Indonesia. Dengan demikian, pembaruan KHI Bidang Perkawinan ini dapat dikatakan sebagai produk fikih Indonesia, yang seharusnya memang berbeda dengan produk fikih mazhab klasik.⁶⁷

Setelah mengomentari pembaruan yang dilakukan oleh KHI Bidang Perkawinan, para tokoh ormas Islam tersebut berupaya untuk melakukan **kritik dan tawaran perubahan (pembaruan) terhadap KHI Bidang Perkawinan**. Menurut Dr. KH. A. Malik Madany, MA, karena KHI ini telah berlaku selama 25 tahun sejak ditetapkannya, maka perlu adanya penelitian (*al-istiqrā*) baru mengenai kondisi dan konteks masyarakat Indonesia saat ini untuk

⁶⁶ Wawancara dengan Prof. Abdul Ghani Abdullah pada hari Senin tanggal 15 Februari 2016 di kantor Mahkamah Agung, Jakarta.

⁶⁷ Wawancara dengan Dr. H. Hamim Ilyas, MA pada tanggal 26 April 2014 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

melakukan pembaruan terhadap KHI Bidang Perkawinan. Misalnya apakah masih sesuai batas minimal umur nikah 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan, masa ihdad suami belum jelas kemudian apakah perlu ditetapkan 40 hari misalnya, dan seterusnya. Di samping itu, penelitian tentang kondisi masyarakat ini juga perlu bisa digunakan untuk merivisi atau meninjau ulang ketetapan yang ada dalam KHI Bidang Perkawinan, yaitu dengan melihat masalah dan madaratnya. Misalnya, pembatasan poligami yang ada sekarang sudah cukup ketat dan tidak perlu lebih diperketat, karena kalau diperketat bisa berimplikasi pada maraknya perzinahan, kemudian perkawinan wanita hamil juga ibaratnya pisau bermata dua, satu sisi melindungi status anak tetapi di sisi lain kurang baik bagi pergaulan lawan jenis sebelum menikah, serta masalah gono gini juga tidak harus separuh antara suami dan isteri, tetapi bisa dua pertiga banding sepertiga karena tanggung jawab suami (laki-laki) lebih besar. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan, dengan demikian, ke depannya perlu disesuaikan dengan kondisi masyarakat yang berkembang dan ini dapat diketahui melalui penelitian.⁶⁸

KHI Bidang Perkawinan telah melakukan pembaruan dalam beberapa pasalnya, namun demikian, dikatakan oleh Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag, masih banyak yang *bias gender* sehingga mereduksi makna keagungan perkawinan itu sendiri. Dalam konteks ini misalnya dapat dilihat konsep peminangan yang harus dilakukan pihak laki-laki (pasal 11-12), wali yang disyaratkan laki-laki (pasal 20), saksi yang juga laki-laki (pasal 25), perjanjian perkawinan (pasal 45), dan beristeri lebih dari satu orang (pasal 55). Berdasarkan pada butir-butir pasal di atas, terdapat reduksi-reduksi makna hakiki perkawinan. Hal ini selanjutnya berimplikasi terhadap bangunan rumah tangga, yang dalam banyak kasus juga dapat

⁶⁸ Wawancara dengan Dr. KH. A. Malik Madany, MA pada hari Rabu tanggal 7 Oktober 2015 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

menimbulkan kekerasan dalam rumah tangga karena adanya dominasi satu pihak atas pihak lain.

Pembaruan terhadap KHI Bidang Perkawinan perlu dilakukan asalkan tujuannya secara murni demi kepentingan dan kemajuan umat Islam. Sebenarnya, secara umum metodologi pembaruan KHI Bidang Perkawinan telah sesuai dengan kaidah-kaidah hukum Islam yang baku dengan merujuk pada tiga sumber, yaitu Al-Quran, Sunnah Rasul dan Al-Ra'yu. Hanya saja, pembaruan yang dilakukan perlu dilakukan secara konsisten dan tidak hanya pada pasal-pasal tertentu. Peran Al-Ra'yu juga sangat penting sehingga perlu ditingkatkan, tidak saja berperan untuk menggali makna (*al-ma'na*) yang ada dalam teks, tetapi juga yang lebih penting adalah untuk mengkaji *al-magza* (signifikansi) dari teks itu sendiri, sehingga muatan teks tersebut dapat didialektikkan dengan konteks masyarakat saat ini. *Al-Magza* (Signifikansi) ini mesti dipertimbangkan dalam pembaharuan terhadap KHI Bidang Perkawinan.⁶⁹

Menurut Drs. Masdar F. Mas'udi, MA perlu dilakukan penelitian lebih lanjut apakah memang KHI Bidang Perkawinan ini sudah mengakomodir kebutuhan masyarakat saat ini atautkah belum. Di samping itu, dalam KHI masih belum adanya sanksi, sehingga KHI hanya sebagai aturan negara yang sifatnya hanya “merogoh kesadaran” masyarakat, tanpa adanya daya paksa untuk dilakukan secara positif. Secara metodologis, walaupun telah menggunakan pertimbangan kemaslahatan, tetapi secara umum KHI Bidang Perkawinan masih memiliki nuansa tekstual yang kental. Padahal, pembaharuan seharusnya lebih mengacu pada kalkulasi masalah dari pada teks agama, karena kalau hanya menerapkan dari

⁶⁹ Wawancara dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 27 Agustus 2015 di Kampus UIN Sunan Gunung Djati Bandung dan Jawaban wawancara tertulis via Email dengan Dr. H. Hasan Ridwan, M.Ag pada tanggal 16 September 2015.

pengertian teks wahyu secara harfiah maka namanya “*tathbiq*”, yang berarti hanya pemahaman dan penerapan saja dan bukan pembaruan.⁷⁰

Dalam konteks pembaruan hukum perkawinan, maka pembaruan sebenarnya adalah sebuah “fenomena modern” yang harus selalu mengacu pada konsep yang lebih mengedepankan hak-hak perempuan dan anak. Kemudian, landasan bagi pembaruan seperti itu haruslah masalah. Definisi Masalah yang paling sederhana adalah minimal “*daf’u al-darār*”, menolak kemadaratan. *Maṣlaḥah* sebenarnya bisa dinalar dari teks wahyu, tapi terkadang masalah sesungguhnya lebih esensi dari nash wahyu. *Maṣlaḥah* ini haruslah dapat dirasakan oleh berbagai pihak. Walaupun masalah terkadang bersifat subyektif yang beriringan dengan dinamika masyarakat, tetapi tetap ada parameternya, seperti masalah bagi pihak yang lemah harus lebih diprioritaskan. Misalnya dalam relasi suami istri, maka masalah bagi istri lebih dipertimbangkan, sedangkan dalam relasi orang tua dan anak, masalah anak lebih diprioritaskan. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan haruslah mengikuti rambu-rambu ini. Walaupun demikian, apabila ada pasal-pasal yang belum dilakukan pembaruan, itu menjadi wajar karena hukum pada dasarnya mengikuti dinamika masyarakat dan kesadaran manusianya sendiri. Konsep penerapan hukum itu bersifat “*tadrīj*”, yaitu berproses mengikuti pertumbuhan kedewasaan masyarakat.⁷¹

Menurut Prof. M. Atho Mudzhar, dalam aturan perkawinan di Indonesia baik yang tertuang dalam UU No. 1 tahun 1974 maupun KHI nampak adanya sejumlah ruang yang masih dapat disempurnakan dari segi isinya atau substansi hukumnya. Situ

⁷⁰ Wawancara dengan Drs. KH. Masdar F. Mas’udi, MA pada tanggal 08 Oktober 2015 di Kantor Dewan Masjid Indonesia (DMI) DKI Jakarta.

⁷¹ Wawancara dengan Drs. KH. Masdar F. Mas’udi, MA pada tanggal 08 Oktober 2015 di Kantor Dewan Masjid Indonesia (DMI) DKI Jakarta.

nampak juga bahkan lebih jelas lagi mengenai perlunya pencantuman sejumlah sanksi atau ancaman hukuman bagi pelanggaran atas berbagai aturan yang dituangkan. Seperti tentang pencatatan perkawinan misalnya, agar pencatatan tetap tidak menentukan keabsahan perkawinan yang banyak ditolak oleh sekelompok Islam karena seolah hendak menambahi rukun nikah dengan pencatatan, tetapi pencatatan tetap merupakan kewajiban yang dipatuhi masyarakat maka jalan keluarnya adalah ke depan harus diberikan ancaman sanksi, berupa sanksi denda dan atau kurungan badan bagi pelanggarnya. Karena sesungguhnya di sejumlah Negara Muslim lain, hal itu sudah berlangsung, seperti di Yordania, Pakistan, Malaysia di Negara Bagian Perak dan Brunei Darussalam yang masing-masing negara sudah memberikan sanksi bagi pelanggaran aturan pencatatan perkawinan ini.⁷² Penerapan sanksi juga sepatutnya diberlakukan bagi pelanggaran kasus poligami. Posisi Indonesia dalam pengaturan poligami sesungguhnya berada di tengah-tengah antara negara-negara Muslim yang melarang dan membolehkan poligami. Seperti Tunisia dan Turki adalah dua negara yang sama sekali melarang poligami. Saudi Arabia adalah contoh yang membuka lebar pintu poligami. Indonesia seperti Pakistan, mempersulit poligami, artinya membolehkan poligami hanya saja harus dengan izin pengadilan dan dengan syarat-syarat yang ketat termasuk izin istri pertama.

⁷² Menurut M. Atho Mudzhar, sesungguhnya dalam Islam perintah “pencatatan” itu sudah ada. Alasannya adalah pertama diqiyaskan dengan perintah pencatatan dalam transaksi jual beli dan pinjam meminjam, dan kedua adanya hadis Nabi SAW yang memerintahkan agar perkawinan itu dirayakan (diwalimahkan) atau dengan kata lain diumumkan. Dalam hal ini kata “*aulim*” (walimahkanlah!) dalam sabda Nabi SAW itu dapat berarti “*a’linu*” (iklankanlah! atau umumkanlah!) yang ada zaman sekarang bentuknya adalah pencatatan oleh petugas Negara atau mungkin juga di depan di “on line-kan” lewat situs internet. Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

Masalahnya di Indonesia adalah bagi pelanggar aturan itu tidak diberikan ancaman sanksi yang tegas berupa denda dan atau kurungan badan seperti negara lain yang sudah memberlakukannya, sehingga perkawinan poligami terjadi dimana-mana tanpa memenuhi persyaratan dan prosedur yang diatur dalam UU. Apalagi ditambah dengan kewajiban pencatatan yang lemah, maka praktis persyaratan poligami terabaikan. Pemberlakuan sanksi ini juga sudah seharusnya diterapkan bagi kasus-kasus pelanggaran lainnya seperti perceraian di luar sidang pengadilan,⁷³ kawin paksa, perwalian bagi anak di bawah umur yang melalaikan kewajibannya dan berkelakuan buruk dan pelanggaran lainnya, karena secara substansi aturan-aturan yang selama ini ada sesungguhnya sudah memadai, tetapi karena tidak ada ancaman hukuman bagi pelanggarnya maka aturan itu hanya seperti nasehat atau saran dan bukan aturan hukum.⁷⁴

⁷³ Jika dibandingkan dengan UU No. 22 tahun 1946 tentang pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk, aturan perceraian dalam UU No.1 tahun 1974 dan KHI ternyata lebih lunak karena tiadanya ancaman sanksi. Dalam UU No. 22 tahun 1946 sebagaimana perkawinan, pencatatan talak juga diatur dalam pasal 1 ayat (1), dan kemudian pada pasal 3 ayat (3) UU itu ditegaskan bahwa barang siapa menjatuhkan talak atau merujuk isterinya tidak memberitahukan hal itu dalam waktu satu minggu kepada pegawai yang berwenang, maka ia diancam dengan hukuman denda sebanyak-banyaknya Rp. 50,- (Lima puluh rupiah). Disini sekali lagi nampak bahwa ancaman hukuman denda itu disebutkan secara eksplisit dalam UU itu, meskipun pada pasal 4 UU itu ditegaskan bahwa hal-hal yang boleh dihukum pada pasal 3 di atas (kelalaian pencatatan perkawinan dan perceraian) dipandang sebagai pelanggaran, artinya bukan kejahatan, tetapi pertanyaannya kenapa aturan yang tegas yang memberikan ancaman pada UU No. 22 tahun 1946 itu kemudian hilang pada UU No. 1 tahun 1974?. Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

⁷⁴ Lihat M Atho Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

Adapun tentang batas usia nikah menurut Prof. M. Atho Mudzhar minimal 19 tahun untuk pria dan 16 tahun untuk wanita, mungkin perlu diubah agar batas usia itu sama antara laki-laki dan perempuan menjadi sama yaitu 19 tahun. Pertimbangannya adalah bahwa sejumlah UU lain telah mengatur bahwa batas usia anak adalah 18 tahun, sehingga perlu sinkronisasi. Demikian pula dengan wajib belajar 12 tahun maka usia 19 tahun artinya usia setelah tamat sekolah menengah atas. Sedangkan aturan yang mengatur tentang kedudukan anak pasal 42 s/d 44 UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI pasal 99 dan 100. Pasal 43 UU No. 1/1974 sebelum diuji materi oleh MK (Mahkamah Konstitusi) berbunyi bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Tetapi setelah diuji materi dan diputuskan oleh MK No. 46/PUU-VII/2010 rumusan ini dijelaskan menjadi hubungan perdata itu bukan hanya dengan ibunya dan keluarga ibunya saja tetapi juga dengan ayahnya dan keluarga ayahnya yang hubungan darahnya dapat dibuktikan dengan ilmu Pengetahuan. Putusan MK ini telah menimbulkan kontroversi dalam masyarakat, termasuk MUI mempersoalkannya karena terasa sedikit asing bagi sebagian besar telinga Indonesia. Sehingga disini seolah-olah MK sedang menggunakan norma hukum yang berbeda dari norma yang berkembang dalam masyarakat Indonesia dan norma itu diklaim berasal dari norma hukum International. Sebenarnya masalah ini tidak harus menjadi bahan kontraversi, apabila secara tegas dijelaskan bahwa yang dimaksud MK dengan tambahan rumusannya (extra petitum) itu adalah dalam hal-hal pengecualian ketika sang ayah tidak diketahui secara jelas, tetapi bukan sebagai norma pokok ataupun norma umum. Adapun yang menjadi norma umum tetap yaitu anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dari hasil perkawinan yang sah. Perbedaan antara norma pokok dan norma pengecualian itu perlu ditegaskan agar masyarakat merasa nyaman dengan norma yang dianutnya dan MK tidak dinilai

membuat putusan bukan berdasarkan norma masyarakatnya.⁷⁵ Prof. Ato menambahkan, sesungguhnya secara prioritas, nampaknya penyempurnaan substansi pengaturan itu dapat ditunda atau diminimalisir karena substansi yang ada relative masih memadai, tetapi penyempurnaan dalam bentuk pencantuman ancaman sanksi atas berbagai pelanggarannya mungkin sudah sangat mendesak untuk menjaga agar masyarakat tidak menjadi anarkhis dalam kehidupan perkawinan.

Di samping upaya pembaruan KHI Bidang Perkawinan yang telah berusaha disesuaikan dengan konteks sosial masyarakat Indonesia, menurut Prof. Abdul Ghani, juga tidak menutup kemungkinan untuk merevisi dan mengubah beberapa pasal dalam KHI. Beberapa pasal yang perlu dikaji lebih mendalam misalnya mengenai anak sah dengan menggunakan “Prinsip Melahirkan”. Dari prinsip melahirkan ini sebenarnya masih banyak persoalan yang muncul dan belum terjawab. Misalnya jika benih spermanya diperoleh dari bank sperma kemudian wanita itu menikah dengan laki-laki lain, lalu anak siapakah itu? dan misalnya jika sepasang suami istri menaruh benih untuk bayi tabung sedangkan yang mengandung itu adalah ibu rahim sewaan karena sang istri tidak bisa mengandung, maka jika anak itu lahir anak siapakah itu? Jika menganut prinsip melahirkan sebenarnya banyak muncul problematika yang harus dijawab.

Sementara itu, aturan dalam masalah poligami di Indonesia, termasuk dalam KHI Bidang Perkawinan, terlihat masih terlalu prematur dan terlalu cepat dalam melakukan generalisasi, sebanding dengan terlalu cepatnya menggeneralisasi konsep keadilan dalam rumah tangga yang sebenarnya sulit digeneralisasi. Seharusnya

⁷⁵ Lihat M Ato Mudzhar, *Pembaharuan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, makalah disajikan dalam Forum Diskusi Hukum Direktorat Jenderal Peradilan Agama, Mahkamah Agung RI, pada Tanggal 4 Agustus 2015 di Kantor Ditjen Badilag, Jalan Jenderal Ahmad Yani Kav. 58 Bypass, Jakarta.

prinsip keadilan titik beratnya terletak pada istri, karena suami hanya sebagai pemberi nafkah. Ayat al-Qur'an yang menyatakan *wain khiftum 'an lā ta'dilū fawāḥidatan* menjelaskan bahwa keadilan atau kesejahteraan menjadi '*illat* tentang kebolehan poligami, dan keadilan tidak bisa digeneralisasi. Di samping itu, poligami bukan hanya persoalan kesejahteraan saja tetapi juga menimbulkan persoalan motif individu untuk berpoligami yang berbeda-beda dan ini pun tidak bisa digeneralisasi. Dalam aturan hukum, pada dasarnya izin istri pertama itu bukan suatu kewajiban, karena jika istri pertama tidak mengizinkan, maka hakim pengadilan agama dapat mengabulkan izin poligami tersebut. Hanya saja saja, itsbat nikah untuk poligami belum ada aturannya, padahal ini penting untuk meminimalisir poligami dengan cara pernikahan liar. Dengan demikian, aturan mengenai poligami ini masih perlu dirinci dan dibahas secara seksama dan tidak sesederhana yang ada dalam KHI dan UUP. Pembahasan poligami pada dasarnya erat kaitannya dengan tujuan perkawinan, yaitu membentuk keluarga yang *sakinah, mawaddah wa rahmah* yang harus dikaji secara mendalam baik dari sisi sosiologis maupun filosofisnya.

Dengan demikian, upaya pembaruan hukum, termasuk KHI Bidang Perkawinan, pada dasarnya harus sesuai dengan kehendak sosial. Hukum adalah bukan alat rekayasa sosial tetapi sebaliknya hukum haruslah sesuai dan mengikuti realitas sosial, karena dalam hukum Islam pun terdapat kaidah *al-illatu yadūru ma'a 'illatihi wujūdān wa 'adamān*, jadi '*illat* hukum itu ada atau tidaknya adalah dipengaruhi oleh kondisi sosial dalam masyarakat. Oleh karena itu, adanya CLD KHI, misalnya, juga tidak dapat diterima karena isinya tidak sesuai dengan realitas sosial masyarakat di Indonesia. Dengan kata lain, perubahan pasal-pasal yang ada di dalam KHI dapat dilakukan sebagai upaya pembaruan, tetapi harus ada kajian dan pembahasan yang mendalam, pasal-pasal mana yang perlu dipertahankan dan pasal-pasal mana yang perlu dirubah sesuai

dengan perkembangan sosial yang memang selalu mempengaruhi perubahan hukum, tidak terkecuali perubahan masyarakat di Indonesia.⁷⁶

Sementara itu, menurut Dr. Hamim Ilyas, MA, KHI Bidang Perkawinan ini memang perlu direvisi dan diperbarui, mengingat masih banyaknya pasal-pasal yang mensubordinasi perempuan. Padahal prinsip ajaran Islam itu adalah adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, bahkan kesetaraan yang didasarkan pada kemanusiaan. Apabila umat Islam Indonesia ingin maju, maka salah satunya adalah dengan cara merombak hukum keluarganya, khususnya KHI Bidang Perkawinan, dengan didasarkan pada prinsip-prinsip kesetaraan dan kemanusiaan. Mengingat hukum perkawinan adalah fondasi bagi terbentuknya keluarga tempat tumbuh kembangnya generasi mendatang. Islam adalah agama berkemajuan, sehingga hukum perkawinannya pun seharusnya sesuai dengan konteks dan tuntutan peradaban dunia kontemporer, yaitu dengan didasarkan pada prinsip keadilan, baik dalam masalah hak dan kewajiban suami istri ataupun hak dan kewajiban orang tua anak.⁷⁷

Sementara itu, CLD KHI yang merupakan respon langsung terhadap KHI dan terbit pada tahun 2004 merupakan hasil kajian dan tawaran dari Tim Pengarusutamaan Gender (PUG) yang dibentuk oleh Departemen Agama. Tim PUG tersebut pada awalnya bertugas untuk memberi masukan bagi upaya pembaruan KHI. Hanya saja hasil yang ditawarkan oleh Tim PUG tersebut kemudian menjadi kontroversial karena isinya berbeda sama sekali dengan KHI dan dianggap oleh kebanyakan masyarakat terlalu liberal. Karena menjadi kontroversi yang berkepanjangan dalam

⁷⁶ Wawancara dengan Prof. Abdul Ghani Abdullah pada hari Senin tanggal 15 Februari 2016 di kantor Mahkamah Agung, Jakarta.

⁷⁷ Wawancara dengan Dr. H. Hamim Ilyas, MA pada tanggal 26 April 2014 di Kampus UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

masyarakat, CLD KHI tersebut akhirnya dibekukan oleh Menteri Agama saat itu.⁷⁸ CLD KHI berisi tiga bidang hukum sebagaimana KHI, yaitu bidang perkawinan, bidang kewarisan dan bidang perwakafan.

Dalam CLD KHI bidang perkawinan terdapat 19 bab dan 116 pasal. Di antara pasal-pasal tersebut banyak terdapat hal-hal yang dianggap kontroversial karena sama sekali berbeda dengan ketentuan fikih mazhab. Untuk menyebutkan sebagiannya adalah poligami tidak diperbolehkan (pasal 3), wali bukan rukun nikah dan pencatatan sebagai gantinya (pasal 6), batas usia minimal menikah adalah 19 tahun baik laki-laki ataupun perempuan, dan apabila perempuan sudah berumur 21 tahun, sebagaimana laki-laki, dapat mengawinkan dirinya sendiri dengan tanpa wali (pasal 7) sehingga keduanya bisa melakukan ijab atau kabul (pasal 9), kedudukan laki-laki dan perempuan sama sebagai saksi (pasal 11), mahar diwajibkan bagi kedua calon mempelai, baik laki-laki maupun perempuan (pasal 16), perkawinan sementara waktu diperbolehkan sebagai bagian dari perjanjian perkawinan (pasal 22, 28 dan 56), status hukum anak tidak saja dinisbatkan kepada ibunya tetapi juga kepada bapak biologisnya (Pasal 47 dan 94), kedudukan suami dan isteri benar-benar setara dalam keluarga dan kehidupan sosial (pasal 49 dan 50), suami, sebagaimana isteri, dapat dimungkinkan melakukan nusyuz (pasal 53), perkawinan beda agama diperbolehkan (pasal 54), suami dan isteri memiliki hak yang sama dalam masalah perceraian (tidak ada perbedaan istilah talak dan gugat cerai) (pasal 59), dan iddah tidak hanya berlaku bagi isteri tetapi juga bagi suami (pasal 88 dan 112).⁷⁹

⁷⁸Menteri yang membekukan CLD KHI saat itu adalah Maftuh Basuni. <http://www.freelists.org/post/ppi/ppiindia-Menag-Maftuh-Basuni-Bekukan-CLD-KHI-Usulan-Tim-Gender-Depag>.

⁷⁹ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Depatemen Agama, 2004), 34-74.

Ketetapan-ketetapan CLD KHI tersebut ditawarkan sebagai pengganti pasal-pasal yang ada dalam KHI, karena menurut Tim PUG, KHI tidak lagi memadai untuk menyelesaikan problem hukum keluarga di tengah masyarakat Indonesia yang semakin kompleks, di samping juga tidak sesuai dengan hukum nasional dan konvensi internasional yang telah disepakati bersama. Bahkan, menurut Tim PUG, beberapa pasal yang ada dalam KHI secara prinsipil berseberangan dengan prinsip-prinsip dasar ajaran Islam, yang berupa prinsip persamaan, persaudaraan, keadilan, serta gagasan dasar bagi pembentukan masyarakat madani seperti pluralisme, kesetaraan gender, nilai-nilai Hak Asasi Manusia, demokrasi dan egalitarianisme.⁸⁰

KHI, menurut Tim PUG, kebanyakan hanya mentransfer pandangan-pandangan fikih klasik serta tidak berangkat dari realitas dan kebutuhan masyarakat Indonesia kontemporer. Berbeda dengan KHI, CLD KHI, menurutnya, diformulasi dari hasil penelitian dan kajian yang mendalam serta mempertimbangkan kearifan-kearifan lokal di satu sisi dan juga memperhatikan nilai-nilai kemanusiaan universal di sisi yang lain. CLD KHI ini juga dipandang sebagai alternatif dari tuntutan adanya formalisasi hukum Islam pada satu sisi dan keharusan menegakkan demokrasi dalam negara-bangsa Indonesia. Oleh karena itu, CLD KHI dirumuskan dengan menggunakan landasan pluralisme (*ta'addudiyyah*), nasionalitas (*muwāṭānah*), penegakan HAM (*iqāmah al-ḥuqūq al-insāniyyah*), demokratis, kemaslahatan dan kesetaraan gender (*al-musāwah al-jinsiyyah*).⁸¹ Dengan didasarkan pada prinsip-prinsip tersebut, dalam rumusan CLD KHI semua warga negara dirancang memiliki kedudukan yang sama dan memperoleh perlakuan yang adil, kaum

⁸⁰ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 7-8.

⁸¹ Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 25-30.

minoritas dan perempuan juga dilindungi dan dijamin hak-haknya secara setara.⁸²

Basis metodologi yang digunakan oleh CLD KHI ini, sebagai dikemukakan Tim PUG, tidak berdasarkan pada pendekatan literalistik, karena pendekatan ini seringkali berupaya menundukkan realitas ke dalam kebenaran dogmatik nash dan mengabaikan kenyataan konkret yang ada di lapangan. Bahkan pendekatan literalistik ini terkadang digunakan dalam bentuk *eisegese*, yaitu membawa masuk pikiran atau ideologinya sendiri ke dalam nash, kemudian menariknya keluar dan mengklaimnya sebagai maksud Tuhan. Landasan metodologis dari rumusan-rumusan materi hukum yang ada dalam CLD KHI ini adalah *maqāṣid al-sharī'ah* (tujuan dasar syariat Islam). Tujuan dasar dari syariat ini adalah berupa penegakan nilai dan prinsip keadilan sosial, kemaslahatan umat manusia, kerahmatan semesta, dan kearifan lokal.⁸³

Dalam perumusannya yang berupaya mengaplikasikan tujuan dasar syari'at tersebut, secara metodologis-Ushul Fikih, CLD KHI memperhatikan beberapa hal, yaitu *pertama*, merevitalisasi dan mengaplikasikan kaidah Ushul Fikih marginal, baik yang jarang dikemukakan atau sering dikemukakan tetapi belum difungsikan secara optimal. Kaidah-kaidah tersebut antara lain *al-'ibrah bi khusūṣ as-sabab lā bi 'umūm al-lafaz*, sehingga yang diperhatikan dalam memahami nash adalah berdasarkan sebab dan latar belakang mengapa nash tersebut muncul, bukan bunyi nashnya itu sendiri. Kemudian kaidah *takhṣīṣ al-naṣṣ bi al-'aql wa takhṣīṣ al-naṣṣ bi al-'urf*, yaitu maksud suatu nash bisa dibatasi oleh akal dan 'urf masyarakat, serta kaidah *al-amr idhā ḍāqa ittasa'*, suatu permasalahan apabila dalam keadaan dibutuhkan maka menjadi

⁸²Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 4.

⁸³Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 4 dan 22.

longgar dan leluasa, dan bukan kaidah sebaliknya yang sering dipraktekkan, yaitu *al-amr idhā ittasa' dāqa*, apabila dalam keadaan leluasa maka perlu diperketat.

Kemudian apabila langkah di atas tidak bisa memadai untuk menyelesaikan permasalahan, maka upaya *kedua* adalah membongkar bangunan paradigma ushul fikih lama, yaitu dengan (1) mengubah paradigama dari teosentrisme ke antroposentrisme, dari elitis ke populis, (2) bergerak dari eisegese ke exegese, sehingga para penafsir berupaya semaksimal mungkin untuk menempatkan nash sebagai obyek dan penafsir sendiri sebagai subyek dalam suatu dialektika yang seimbang, (3) memfikh-kan atau merelatifkan syariat. Syariat harus diposisikan sebagai jalan dan sarana (*wasīlah*, dalam tingkatan *hājīyyah*) yang berfungsi bagi tercapainya prinsip-prinsip Islam (*ghāyah*, dalam tingkatan *daruriyyah*) berupa keadilan, persamaan, kemaslahatan dan penegakan Hak Asasi Manusia, (4) menjadikan kemaslahatan sebagai rujukan dari seluruh kerja penafsiran, dan (5) mengubah cara berpikir deduktif (*istinbā'i*) ke induktif (*istiqrā'i*), sehingga kearifan lokal benar-benar perlu diperhatikan.⁸⁴

Dari landasan paradigmatic tersebut, menurut Tim PUG, dapat melahirkan beberapa kaidah, misalnya kaidah *al-'ibrah bi al-maqāsid la bi al-alfāz*. Menurut kaidah ini, dalam melakukan interpretasi nash yang menjadi perhatian adalah bukan bunyi nashnya tetapi maqashid yang dikandungnya, yaitu cita-cita moral dari sebuah ayat atau Hadis, dan bukan legislasi spesifik atau formulasi literalnya. Di sinilah pentingnya mengetahui konteks ketika ayat atau Hadis itu diturunkan, baik konteks spesifik berkaitan dengan suatu ayat atau Hadis maupun konteks umum keadaan masyarakat dan peradaban saat itu. Kemudian kaidah *jawāz naskh al-nuṣūṣ bi al-maṣlaḥah*, yaitu kebolehan menganulir dan

⁸⁴Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 22-23.

mengganti ketentuan-ketentuan yang ada dalam nash dengan menggunakan logika kemaslahatan. Kaidah ini ditetapkan karena tujuan syariat Islam adalah mewujudkan kemaslahatan kemanusiaan universal dan menolak segala bentuk kemafsadatan (*jalb al-maṣāliḥ wa daʿu al-mafāsīd*). Prinsip ini seharusnya menjadi dasar dan substansi dari seluruh persoalan hukum Islam, dan sebaliknya penyimpangan dari prinsip ini berarti menyalahi cita-cita hukum Islam. Kaidah lain yang timbul adalah *tanqīḥ an-nuṣūṣ bi al-ʿaql al-mujtamaʿ*, yaitu bahwa akal publik dapat menyaring dan mengamandemen sejumlah ketentuan dogmatik agama yang menyangkut perkara-perkara publik, sehingga apabila terjadi pertentangan antara akal publik dengan bunyi *nash* secara tekstual, maka akal publik memiliki otoritas untuk membatasi, mentakhsis dan menafsirkan nash tersebut.⁸⁵

Dari uraian di atas terlihat dengan jelas bahwa kecenderungan nalar dari CLD KHI adalah mendahulukan maqashid dan substansi dari pada *nash*. *Nash* dapat diinterpretasi, dibatasi bahkan diganti dengan ketetapan yang didasarkan pada masalah, akal dan realitas empiris kebutuhan masyarakat. Bangunan metodologi semacam ini, apabila dimasukkan dalam klasifikasi yang dibuat oleh Ash-Shāṭibī, adalah masuk pada kelompok *al-mutaʿammiqun fī al-qiyās*, yaitu kelompok rasionalis-liberal yang lebih mementingkan dan mendahulukan *al-maʿāni* (substansi dan *maqāṣid*) dari pada *al-alfāz* (nash secara tekstual).⁸⁶ Hal ini berbeda dengan KHI yang berupaya

⁸⁵Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*, 23-25.

⁸⁶Ash-Shāṭibī mengklasifikasikan kelompok pemikiran hukum Islam menjadi empat, yaitu kelompok tekstualis (*zāhiriyyah*) yang lebih mengutamakan lafadh secara literal dari pada makna yang terkandung dalam nash, kelompok rasionalis-liberal (*mutaʿammiqun fī al-qiyās*) yang lebih mendahulukan makna rasional nash dari pada bunyi teksnya, kelompok intuisiionis-sufistik (*batiniyyah*) yang lebih mendahulukan makna bathin dari pada bunyi teks, dan terakhir kelompok ulama mayoritas (*jumhur al-ʿulama*) yang mendialektikkan secara seimbang antara lafadh dan makna rasional nash serta antara ayat-ayat partikular

mendialektikkan secara sejajar antara nash dan masalah atau maqashid, bahkan lebih cenderung mendahulukan nash. Dalam arti, secara metodologis, langkah pertama yang ditempuh KHI dalam melakukan penetapan hukum adalah menganalisis nash dengan pendekatan bahasa, baru kemudian menggunakan analogi terhadap nash dan terakhir menggunakan dasar masalah. Walaupun demikian, dalam melakukan interpretasi terhadap nash, sebagaimana juga dilakukan oleh CLD KHI, KHI mempertimbangkan juga nash lain, akal dan al-‘urf yang ada dalam masyarakat Indonesia. Dengan kata lain, akal, masalah dan al-‘urf pada tingkat tertentu dapat membatasi dan mentakhsis maksud nash. Demikian juga dalam menggunakan analogi dan metode yang didasarkan pada masalah, KHI menjadikan al-‘urf sebagai dasar pertimbangan dalam menetapkan hukum.

Namun demikian, apabila dicermati, dalam masalah interpretasi dan pembatasan makna nash oleh akal, *maṣlaḥah* (*maqāṣid*) dan *al-‘urf* ini terdapat perbedaan antara KHI dan CLD KHI. CLD KHI memandang bahwa mendahulukan maqashid dari pada nash merupakan prinsip dasar, karena maqashid ini yang menjadi tujuan dasar (*ghāyah*) sementara nash hanya sebagai sarana (*wasīlah*). Di Indonesia, hal ini sejalan dengan pendapat Masdar F. Mas’udi yang menyatakan bahwa masalah merupakan hal yang qath’i, sementara nash-nash partikular merupakan hal yang *dhannī*, sehingga apabila keduanya bertentangan maka yang qath’i lebih diutamakan dari pada yang *dhannī*.⁸⁷ Sementara itu, menurut KHI, pembatasan makna nash oleh akal, masalah dan al-‘urf ini sebagai langkah alternatif terakhir yang digunakan apabila memang dibutuhkan secara mendesak. Dengan demikian, pembatasan dan

dan ayat-ayat universal. Abū Ishaq Ash-Shāṭibī, *Al-Muwāfaqat*, II: 273-275. Ahmad ar-Raisuni, *Nazāriyyah al-Maqāṣid ‘inda al-Imām al-Shāṭibī* (Herndon: IIT, 1992), 271-283.

⁸⁷R. Michael Feener, *Muslim Legal Thought in Modern Indonesia* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 176.

takhsis makna nash oleh masalah dan al-‘urf tersebut bersifat pengecualian (*al-istitsnā’i*) untuk suatu kondisi dan waktu yang benar-benar dibutuhkan, jadi bukan menjadi prinsip dasar dalam bangunan dan kerangka metodologi-Ushul Fikihnya, sebagaimana pada kerangka metodologi yang dibangun oleh CLD KHI.

Respon terhadap KHI yang lain adalah RUU HMPA Bidang Perkawinan yang sebenarnya telah masuk dalam prolegnas DPR RI tahun 2010-2014, namun karena dianggap masih memerlukan banyak kajian, kemudian sampai dengan melewati tahun 2014 belum berhasil diundangkan. Muatan isi dari RUU HMPA ini secara umum tidak jauh berbeda dengan KHI Bidang Perkawinan. Hanya saja, berbeda dengan KHI, RUU HMPA ini memuat sanksi pidana bagi orang yang melanggar terhadap ketentuan yang ada. Perbuatan hukum dalam bidang perkawinan yang mendapat sanksi pidana tersebut adalah:

1. Tidak mencatatkan pernikahan, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000,- (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan paling lama 6 (enam) bulan (pasal 143).
2. Melakukan kawin mut’ah, dihukum dengan penjara selamalamanya 3 (tiga) tahun, dan perkawinannya batal karena hukum (pasal 144).
3. Poligami tanpa izin pengadilan, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000,- (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan paling lama 6 (enam) bulan (pasal 145).
4. Menceraikan isteri tidak di depan sidang pengadilan, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000 (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan paling lama 6 (enam) bulan (pasal 146).
5. Perzinaan yang menyebabkan perempuan tersebut hamil sedang ia menolak mengawininya dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) bulan (pasal 147).

6. Pejabat Pencatat Nikah yang melanggar kewajibannya dalam masalah pencatatan pernikahan, dikenai hukuman kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak Rp. 12.000.000,- (dua belas juta rupiah) (pasal 148).
7. Pejabat Pencatat Nikah dan/atau wali hakim palsu, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun (pasal 149).
8. Bertindak sebagai wali nikah palsu, dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun (pasal 150).

Perkara pidana ini, menurut RUU HMPA dilaksanakan sesuai dengan mekanisme hukum pidana yang ada, sehingga melibatkan kepolisian, kejaksaan dan juga pihak pelapor. Dalam beberapa pasalnya dinyatakan bahwa sebelum perkara pidana di atas diperiksa dan diputus oleh Pengadilan Agama, sebelumnya dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan oleh Kepolisian dan Kejaksaan Negeri, setelah mereka menerima laporan dari masyarakat atau dari pihak-pihak yang berkepentingan. Sementara itu, hukum Acara yang berlaku dalam memeriksa dan memutus perkara pidana tersebut adalah Hukum Acara Pidana yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum (Pasal 152, 153 dan 155).

Ketetapan sanksi pidana yang dikemukakan RUU HMPA bukan berarti sudah dipandang tepat dan sesuai, tetapi masih memerlukan perbaikan dan kajian lebih lanjut. Misalnya, RUU HMPA ini masih menetapkan tidak adanya sanksi bagi pelaku zina, namun yang ada adalah sanksi bagi laki-laki yang menolak untuk menikahi wanita yang telah dihamilinya, yaitu penjara 3 bulan.⁸⁸Sanksi ini lebih rendah, misalnya, dari pada poligami yang dilakukan tanpa izin pengadilan. yang diancam pidana denda paling banyak Rp. 6.000.000,- (enam juta rupiah) atau hukuman kurungan

⁸⁸CLD KHI Pasal 147.

paling lama 6 (enam) bulan.⁸⁹Sanksi ini, apabila dicermati, tidak saja tidak sesuai dengan pesan hukum Islam yang menganggap lebih madarat zina atau perbuatan laki-laki yang tidak bertanggung jawab terhadap anaknya dari pada praktek poligami yang secara normatif telah disyaratkan adanya tanggung jawab dan sikap adil, tetapi juga sebenarnya dampak yang ditimbulkannya adalah lebih berbahaya perbuatan zina yang berkibat penelantaran anak dari pada poligami sirri, khususnya bagi hak-hak anak menyangkut material maupun psikologis.

Dari uraian tentang respon terhadap KHI di atas terlihat bahwa di samping terdapat upaya revisi dan tawaran hukum baru bagi KHI, juga terdapat tawaran mengenai efektifitas implementasinya dengan adanya sanksi pidana pada beberapa pelanggaran. Sementara itu, KHI, sebagaimana dikemukakan, secara metodologis lebih mengutamakan nash, baru kemudian berpegang pada masalah (*maqāṣid*), hanya saja kerangka metodologinya tersebut tidak diaplikasikan secara konsisten bagi upaya pembaruan hukum perkawinan, di samping juga implementasi materi hukumnya yang kurang efektif dalam masyarakat, bahkan setelah adanya keputusan pengadilan.

Dalam tataran metodologi, KHI telah berusaha mendialektikakan antara nash dan masalah (*maqāṣid*), tetapi pada prakteknya kemudian lebih mendahulukan *nash*. Karena itu, pembaruan materi hukum yang ditetapkan KHI dipandang belum sepenuhnya dapat menjawab kebutuhan masyarakat. Dalam metodologi hukum Islam, apabila dicermati, *nash* dan masalah (*maqāṣid*) dan juga al-‘urf memiliki posisi yang sama pentingnya.⁹⁰ Suatu kecenderungan pemikiran mempengaruhi pandangannya

⁸⁹CLD KHI Pasal 145.

⁹⁰Kecenderungan pada salah satu dari tiga hal di atas, apabila dicermati, menimbulkan kecenderungan pada sub-disiplin ilmu hukum yang lebih dipegangi, yaitu ilmu hukum murni atau normatif, filsafat hukum atau sosiologi hukum. Demikian pula dengan kajian dalam ilmu hukum Islam.

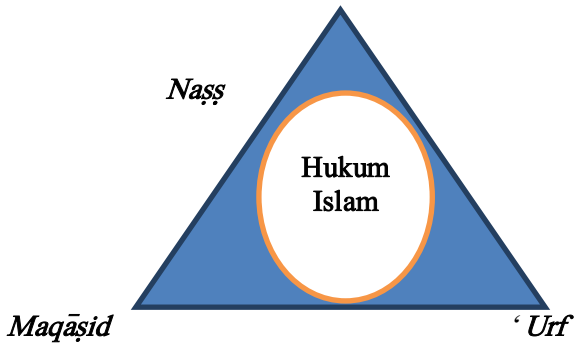
untuk mendahulukan salah satunya. Apabila suatu pemikiran hukum lebih mendahulukan *naṣṣ* maka pemikiran hukumnya akan cenderung tekstual, sementara yang lebih mendahulukan masalah maka akan cenderung rasional, dan yang lebih mendahulukan al-‘urf akan lebih cenderung empiris-sosiologis.

Dari kajian terhadap landasan metodologi KHI terlihat bahwa tiga hal, yaitu *naṣṣ*, *al-maṣlahah (maqāṣid)* dan *al-‘urf*, yang memiliki peran yang penting dalam proses penetapan materi hukum; ketika menetapkan materi hukum yang didasarkan pada *naṣṣ*, sebagaimana telah dikemukakan, KHI juga mempertimbangkan *al-‘urf* dan juga *maṣlahah* untuk menafsirkan nash tersebut, walaupun KHI tidak memberlakukannya secara konsisten dan tidak menempatkan posisi ketiganya secara sejajar, yaitu nash lebih didahulukan dari pada *maqāṣid* dan *al-‘urf*.⁹¹ Oleh karena itu, dalam bangunan metodologi hukum Islam, tidak terkecuali yang diterapkan dalam KHI atau upaya pembaruannya, seharusnya menempatkan tiga hal tersebut secara dialektis dalam posisi yang sejajar.⁹² Apabila digambarkan, maka bangunan metodologi yang

⁹¹ Konsep-konsep metodologi klasik, pada dasarnya dapat diaplikasikan dalam konteks kontemporer. Konsep masalah dan ‘urf menjadi hal yang sangat penting dalam upaya pembaruan hukum Islam, terutama hukum keluarga Islam, di era kontemporer. John L. Esposito, “Muslim Family Law Reform: Towards an Islamic Methodology”, *Islamic Studies*, Vol. 15, No. 1 (SPRING 1976), 46. Felicitas Opwis, “Islamic Law and Legal Change: The Concept of Maslahah in Classical and Contemporary Islamic Legal Theory” dalam Abbas Amanat dan Frank Griffel (Eds.), *Shari‘a: Islamic Law in the Contemporary Context* (Stanford, California: Stanford University Press, 2007), 79. Mahdi Zahraa, “Unique Islamic Law Methodology and the Validity of Modern Legal and Social Science Research Methods for Islamic Research”, *Arab Law Quarterly*, [2003], 243.

⁹² Bangunan dialektika antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan ‘urf ini pada dasarnya diambil dari *hermeneutical circle* yang terdiri dari teks (*naṣṣ*), pengarang dan pembaca. Dalam melakukan interpretasi, secara metodologis, ketiganya dipandang sebagai suatu kesatuan yang antar bagiannya saling berhubungan. Lihat misalnya Joseph Bleicher, *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique* (London: Routledge & Kegan Paul, 1980), 267.

seharusnya dijadikan landasan bagi upaya pembaruan KHI Bidang Perkawinan adalah:



Dari gambar di atas, tiga hal saling terkait satu sama lain dan berdialektika secara simultan dalam proses penetapan hukum. *Nash* ditempatkan di atas karena merupakan hal yang diwariskan oleh Rasulullah SAW dan hampir semua kelompok Islam sepakat menerimanya sebagai sumber rujukan hukum, bahkan ajaran Islam secara keseluruhan. Sementara itu, *maqāsid* adalah makna substansi dari *nash* yang disimpulkan secara rasional dan 'urf adalah realitas empiris yang berkembang dalam masyarakat yang akan diterapi hukum. Dengan bangunan dialektis di atas, suatu permasalahan hukum yang terdapat dalam *nash*, ketika akan ditetapkan bagi masyarakat Indonesia, misalnya, maka interpretasi *nash*-tekstual harus melibatkan *maqāsid* atau nilai substansial dari nash tersebut dan juga kebiasaan dan budaya masyarakat Indonesia terkait permasalahan hukum yang akan ditetapkan dan diterapkan.⁹³ Demikian juga, ketika suatu permasalahan hukum yang tidak ada

⁹³ Pendekatan yang digunakan umumnya di dunia Islam kontemporer adalah interpretasi kontekstual dan sintesis antara kecenderungan libertarianisme dan literalisme. Sayed Sikandar Haneef, "Debate on Methodology of Renewing Muslim Law: A Search for a Synthetic Approach", *Global Jurist*, Vol. 10, Iss. 1 [2010], 14. Rachel M. Scott, "A Contextual Approach to Women's Rights in the Qur'an: Readings of 4:34", *The Muslim World*, Vol. 99, 2009, 80-81.

nashnya, maka ditetapkan berdasarkan hasil dialektika antara nilai substansial nash, yaitu yang terdapat pada *maqāshid*, dengan *al-‘urf* yang merupakan kebiasaan dan realitas yang berlaku dalam masyarakat.⁹⁴ Sementara itu, apabila suatu permasalahan tersebut disinggung oleh nash, namun *maqāshid* dan atau *al-‘urf* menghendaki lain, maka dalam keadaan sangat dibutuhkan (darurat) bunyi nash secara tekstual untuk sementara waktu dapat dikecualikan oleh nilai-nilai yang termuat dalam maqashid dan juga realitas *al-‘urf* (*al-istihsān*)--sebagaimana juga *al-‘urf* masyarakat yang berlaku dapat, bahkan harus, dibatasi dan diarahkan oleh nash dan *maqāshid*. Dengan adanya dialektika metodologis tersebut, materi hukum Islam yang akan ditetapkan tidak saja bersifat dinamis dengan mengikuti perkembangan zaman, tetapi juga bersifat fleksibel, dalam arti ada ruang ijtihad yang menjadi tempat diskusi dan penelitian dalam penetapan hukum Islam. Di samping itu, bagaimanapun dinamika masyarakat yang terjadi, hukum Islam tidak akan lepas dari nash, sehingga nash tetap menempati posisi dan kedudukan yang penting dalam hukum Islam kontemporer.⁹⁵

Dalam bahasa Al-Shātibī, antara *naṣṣ* yang merupakan ketentuan-ketentuan partikular (*al-juḥūḍiyah*) dan *maqāshid al-sharī‘ah* yang merupakan ketentuan-ketentuan universal (*al-kulliyah*) keduanya harus berdialektika dan bukan berarti saling bertentangan. Karena itu, menurut al-Shātibī, sebuah proses ijtihad harus memperhatikan dan mendialogkan antara keduanya, sehingga

⁹⁴ Syariah-syariah lokal yang asli dan unik di Asia Tenggara, tidak terkecuali di Indonesia, berpengaruh penting dalam pembentukan hukum Islam di wilayah masing-masing. M.B. Hooker, “Southeast Asian Shari‘ahs”, *Studia Islamika, Indonesian Journal for Islamic Studies*. Vol. 20, No. 2, 2013, 236-7.

⁹⁵ Hal ini berbeda dengan kelompok rasionalis-liberal yang berpegang pada substansi nash dan tidak begitu memandang penting nash. Pandangan ini, seiring dengan perkembangan zaman dan peradaban, dikhawatirkan lambat laun akan menjauh dan meninggalkan nash. Padahal nash sampai kapanpun, sebagaimana juga substansi nash, merupakan hal yang penting sebagai pertimbangan dalam menetapkan hukum Islam.

suatu ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada *naṣṣ* yang partikular dan bertentangan dengan nilai-nilai universal syariah, dan sebaliknya, ijtihad tidak dapat dilakukan hanya dengan mendasarkan pada nilai-nilai universal syariah dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan syari'ah yang partikular.⁹⁶ Begitu pula menurut al-Khādīmī, dalam proses ijtihad yang didasarkan pada *maqāṣid al-sharī'ah* perlu didasarkan pada tiga unsur, yaitu nass, realitas (*al-waqi'*) dan subyek hukum (*al-mukallaḥ*). Dua hal yang disebut terakhir ini dapat diwakili dalam konsep *al-'urf* yang memuat realitas kebiasaan yang dihadapi oleh subyek hukum dalam waktu dan tempat tertentu.⁹⁷

Bangunan metodologi-Ushul Fikih tersebut, dengan demikian, berbeda dengan KHI yang secara umum lebih mengutamakan *naṣṣ* secara tekstual dari pada *maqāṣid* dan *al-'urf*, namun juga berbeda dengan pemikiran rasional-liberal yang secara umum mendahulukan *maqāṣid* dari pada bunyi *naṣṣ* secara tekstual. Hal ini kemudian berimplikasi pada produk materi hukum yang dihasilkannya; Materi hukum KHI dipandang masih belum dapat menjawab kebutuhan masyarakat Indonesia dan sebaliknya materi hukum yang liberal akan menimbulkan kontroversi di tengah masyarakat. Aplikasi dari bangunan metodologi yang mendialektikkan secara sejajar antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan *'urf* di atas dapat dilihat dari beberapa contoh di bawah ini.

1. Poligami

Beristeri lebih dari satu orang, istilah yang digunakan oleh KHI untuk menyebut poligami,⁹⁸ dibolehkan dengan beberapa

⁹⁶Ash-Shāṭibī, *al-Muwāfaqāt fī Ushūl al-Aḥkām*, edisi Abdullāh Darrāz, Cet. 2. (Mesir: al-Maktabah at-Tijāriyyah al-Kubrā, 1975), III: 7-10.

⁹⁷Nuruddin Ibn Mukhtar al-Khādīmī, *Al-Ijtihād al-Maqāsid: Ḥujjiyyatuh, Dawābituh, Majallatuh* (Qatar: Dār al-Kutub al-Qatariyyah, 1998), II: 57.

⁹⁸Istilah Poligami sendiri sebenarnya netral, yaitu seseorang, baik suami ataupun isteri, yang memiliki pasangan lebih dari satu. Apabila seorang suami memiliki beberapa orang isteri disebut poligini, sementara apabila isteri memiliki

syarat, yaitu suami harus mampu berbuat adil terhadap isteri-isteri dan anak-anaknya (Pasal 55 KHI) dan sebelum poligami suami terlebih dahulu harus mendapat izin dari Pengadilan Agama (Pasal 56). Izin pengadilan Agama tersebut akan dikeluarkan dengan didasarkan pada kondisi isteri yang tidak dapat menjalankan kewajiban, mendapatkan cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan, dan tidak dapat melahirkan keturunan (Pasal 57). Di samping itu, izin Pengadilan Agama tersebut juga mempertimbangkan adanya persetujuan isteri dan adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak (Pasal 58).

KHI, sebagaimana dikemukakan, mendasarkan ketetapan tentang poligaminya pada makna *an-nash* dari QS. An-Nisā (4) ayat 3, yaitu makna yang dimaksud oleh suatu ayat karena makna tersebut sesuai dengan konteks ketika ayat itu diturunkan. Sesuai dengan konteksnya, ayat tersebut harus dipahami bahwa praktek poligami dalam masyarakat perlu dibatasi secara ketat, dengan syarat adil dan lainnya. Walaupun perlu dibatasi dengan syarat-syarat secara ketat, namun sesuai dengan bunyi secara tekstual dalam nash, praktek poligami masih diperbolehkan dan dimungkinkan oleh KHI, karena pada dasarnya KHI tidak mau meninggalkan nash tekstual.

Dengan kerangka metodologi yang mendialektikkan antara *nash*, *maqāṣid (maṣlaḥah)* dan ‘urf Indonesia, maka praktek poligami di Indonesia masih dimungkinkan (sesuai dengan bunyi nash), namun harus benar-benar dibatasi dan dipantau secara ketat (sesuai dengan maqashid yang hendak meminimalisir, bahkan menghapus poligami), melalui regulasi aturan perundang-undangan yang disertai sanksi pidana bagi yang melanggarnya (sesuai dengan ‘urf).

beberapa orang suami disebut poliandri. Namun istilah poligami dalam prakteknya di Indonesia lebih merujuk pada pengertian yang disebut pertama. Victoria Neufeldt (Ed.), *Webster's New World Dictionary of American English* (New York: Prentice Hall, 1991), 1046-1047.

Secara metodologis, pembatasan poligami ini menggunakan metode *sadd adh-dharī'ah*, yaitu menutup jalan perbuatan yang sebenarnya dibolehkan oleh nash (mubah) karena alasan adanya mafsadah yang ditimbulkan. Hanya saja oleh KHI jalan tersebut tidak ditutup rapat sampai dengan pelarangan poligami. Oleh karena itu, praktek poligami di Indonesia, dengan melihat praktek yang ada, jalannya perlu ditutup lebih rapat, walaupun tidak ditutup secara mutlak. Syarat-syarat yang dikemukakan dalam KHI, misalnya, perlu dipertegas, di samping adanya sanksi pidana bagi yang melanggarnya. Tanpa sanksi, pemberlakuan hukum akan sulit dilaksanakan di tengah masyarakat.

2. Wali Nikah dan Pencatatan Perkawinan

Wali nikah menurut KHI merupakan rukun nikah sehingga keberadaannya harus ada dalam akad nikah yang bertindak untuk menikahkan mempelai perempuan (Pasal 14 dan 19).⁹⁹ Wali nikah ini, baik wali nasab maupun wali hakim, di samping disyaratkan harus berakal, muslim dan dewasa (baligh) juga harus laki-laki (Pasal 20), sehingga perempuan tidak dapat bertindak sebagai wali nikah.

Sebagaimana dikemukakan, para ulama mazhab berbeda pendapat dalam menginterpretasi nash mengenai perlu adanya wali atau tidak bagi perempuan dewasa.¹⁰⁰ KHI memilih interpretasi yang mengharuskan adanya wali. Sesuai dengan konteks Indonesia kontemporer, kedewasaan tersebut pada dasarnya ditafsirkan oleh KHI dengan umur 21 tahun, baik bagi laki-laki maupun perempuan. Dengan demikian, sebenarnya pendapat dan posisi kompromistis (*al-jam'ū wa at-taufīq*) antara pendapat yang mengharuskan adanya wali nikah dengan pendapat yang menyatakan tidak perlu wali

⁹⁹ Selain wali nikah, rukun nikah yang lain menurut KHI Pasal 14 adalah calon suami, calon isteri, dua orang saksi, dan ijab kabul.

¹⁰⁰ Ibnu Rushd, *Bidāyah al-Mujtahid*, II: 7-9.

nikah, yaitu dengan menyatakan bahwa wali nikah perlu ada ketika calon mempelai belum berumur 21 tahun, sementara apabila calon mempelai tersebut telah mencapai umur 21 tahun maka tidak perlu ada wali nikah. Pendapat ini merupakan upaya mendialektikkan antara nash yang ada dengan masalah dan ‘urf sesuai konteks Indonesia saat ini. Di samping itu, ketetapan ini dapat juga dikatakan keluar dari perbedaan ulama (*khilāf*) yang ada, dan beralih pada penetapan hukum dengan metode *al-qiyās*, yaitu menganalogikan adanya pencatatan nikah terhadap pencatatan hutang piutang yang dinyatakan dalam QS. Al-Baqarah (2) ayat 282, serta memosisikannya sebagai pengganti dari wali yang diperselisihkan tersebut.

3. Perkawinan Sementara Waktu

Suami dan isteri, menurut CLD KHI, dapat menentukan jangka waktu perkawinan. Adanya jangka waktu perkawinan ini merupakan salah satu bentuk dari perjanjian perkawinan. Setelah jangka waktu perkawinan berakhir, suami isteri tersebut dapat memperpanjang waktu perkawinan sesuai dengan kesepakatan bersama yang dibuat di hadapan Pegawai Pencatat Perkawinan (Pasal 22 dan 28). Pandangan CLD KHI ini memberi pengertian bahwa perkawinan lebih merupakan akad kontrak dan perjanjian antar individu, yaitu akad yang dilakukan oleh seorang laki-laki dan perempuan untuk membentuk keluarga yang pelaksanaannya didasarkan pada kerelaan dan kesepakatan kedua belah pihak (Pasal 2 CLD KHI), sehingga kemudian waktunya dapat diatur sesuai dengan kesepakatan bersama antara suami dan isteri. Berbeda dengan itu, KHI memandang perkawinan lebih merupakan ibadah kepada Allah (Pasal 2 KHI).

Berkaitan dengan perkawinan berjangka waktu, atau dalam istilah hukum Islam biasa disebut dengan nikah mut’ah, ini terjadi perbedaan pendapat antara mazhab Sunni dan Syi’i. Kelompok

Sunni berpendapat bahwa hadis nikah mut'ah bagi para sahabat yang berada di medan perang telah dihapus (*mansūkh*) oleh hadis lain, sementara menurut kelompok Syi'ah hadis tersebut masih berlaku karena tidak ada hadis yang menghapusnya.¹⁰¹ Terlepas dari perbedaan pendapat yang ditimbulkan dari interpretasi terhadap nash tersebut, sebenarnya apabila dilihat maqashid dari ayat-ayat perkawinan, maka pernikahan merupakan ikatan yang sangat kuat (*mithāqan ghalizā*) yang tidak gampang begitu saja diputuskan, apalagi sudah dibuat perjanjian sejak awal, di samping perceraian atau putusnya berkawinan dipandang sebagai sesuatu yang dibenci Allah walaupun halal. Ini berarti dalam hukum Islam seharusnya perceraian merupakan jalan keluar dari kondisi darurat (*emergency exit*) yang tidak bisa dihindari. Dengan demikian, pada dasarnya pernikahan sementara tersebut tidak sesuai dengan maqashid dari perkawinan dalam Islam, dan apabila terjadi permasalahan yang tidak bisa diselesaikan dalam perkawinan, maka jalan keluarnya adalah perceraian. Apalagi dalam realitasnya (*al-wāqi'*, *al-'urf*), pernikahan sementara atau kawin kontrak ini banyak disalahgunakan. Walaupun nanti harus dicatatkan dan keharusan adanya syarat-syarat lain sebagaimana perkawinan biasa, dengan disahkannya kawin kontrak ini upaya penyalahgunaannya menjadi semakin terbuka. Dalam ketentuan metodologi-Ushul Fikih, upaya menghambat munculnya kerusakan dan kemudaratatan ini perlu dilakukan sedini mungkin, dengan tidak membuka jalan dan sarana yang mengarah pada munculnya kemadaratatan tersebut (*sadd adh-dhari'ah*).

4. Status Hukum Anak

KHI, sebagaimana dikemukakan, telah berupaya meningkatkan perlindungan terhadap anak, yaitu antara lain dengan cara mendefinisikan anak sah sebagai anak yang dilahirkan dalam

¹⁰¹Hallaq, *Shari'a*, 272.

atau akibat perkawinan yang sah dan juga hasil pembuahan suami isteri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut (Pasal 99 KHI). Dengan definisi tersebut, KHI, berbeda dengan fikih mazhab, telah mengakui anak yang pembuahannya sebelum perkawinan namun lahir setelah perkawinan terjadi. KHI dalam hal ini mensyaratkan sahnya status anak secara hukum apabila bapak yang mengawini ibunya adalah bapak biologis (pemilik benih) dan ketika anak tersebut lahir telah terjadi akad nikah antara ibu dan bapak biologisnya tersebut.

Status anak ini berimplikasi hukum terhadap hubungan anak dan bapaknya, seperti hak *ḥaḍānah*, hak nafkah, dan hak waris. Semangat KHI sebenarnya adalah dalam rangka menjaga hak-hak anak supaya tetap terjaga dan terlindungi, walaupun kedua orang tuanya telah berbuat salah. Dengan kata lain, secara metodologis-Ushul Fikih KHI berupaya menjaga *maqāṣid* hak-hak anak, dalam hal ini adalah *ḥifẓ al-nafs* (jiwa) dan *ḥifẓ al-māl* (harta) dari anak-anak tersebut, karena seringkali hak-hak mereka terabaikan padahal kedua orang tuanya yang berbuat salah. Namun demikian, upaya menjaga hak anak tersebut berbenturan dengan adanya nash mengenai larangan berzina dan pentingnya lembaga perkawinan yang perlu dihormati, sehingga pada dasarnya anak sah adalah anak yang lahir dari adanya pernikahan yang sah.

Kemaslahatan anak tersebut oleh pendapat-pendapat kontemporer lebih didahulukan dari pada ketentuan yang ada dalam nash, karena dipandang bahwa anak tidak bersalah dan tidak sepatutnya menanggung kesalahan orang tua.¹⁰² Sementara itu, KHI berupaya mendialektikakan antara nash dan kemaslahatan, sehingga kemudian mensyaratkan antara ibu dan bapak biologisnya tersebut harus sudah menikah sebelum anaknya lahir. Syarat ini juga sesuai

¹⁰² Pandangan ini antara lain didukung oleh putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46 Tahun 2010 yang menyatakan bahwa anak dan bapak biologisnya, walaupun tidak terjadi pernikahan dengan ibunya, memiliki hubungan keperdataan.

dengan adat kebiasaan di beberapa daerah bahwa seorang wanita yang hamil di luar nikah harus menikah sebelum anaknya lahir, sehingga ketika anak tersebut lahir sudah ada bapaknyanya. Hanya saja KHI mensyaratkan bahwa laki-laki yang menikahi wanita hamil tersebut adalah harus bapak biologisnya, sehingga memiliki hubungan darah dengan anak yang akan dilahirkan. Ketentuan KHI ini telah berupaya mendialektikakan antara nash, masalah dan ‘urf. Di samping itu, KHI masih berupaya untuk menjaga dan menjunjung tinggi kesakralan akad pernikahan dengan membedakan secara tegas antara *al-nikāh* (nikah) dan *as-sifāh* (zina). Namun demikian, untuk lebih menekankan tentang kesakralan pernikahan, ketentuan hukum yang ada dalam KHI tersebut, perlu ada sanksi bagi para pelaku zina yang tidak sampai meneruskan ke jenjang perkawinan.

5. Mahar dan Iddah

KHI mewajibkan hanya calon mempelai laki-laki untuk memberikan mahar kepada calon isterinya dan tidak sebaliknya (Pasal 30), sementara CLD KHI menetapkan bahwa baik calon suami ataupun calon isteri harus sama-sama memberikan mahar kepada calon pasangannya (Pasal 16). Di samping itu, CLD KHI menetapkan adanya masa transisi (‘iddah) bagi suami, sebagaimana isteri. Dalam pasal 88 CLD KHI dinyatakan bahwa masa iddah bagi duda selama seratus tiga puluh hari apabila perkawinan putus karena kematian, dan apabila perkawinan putus karena perceraian maka masa ‘iddah duda tersebut adalah sama dengan masa ‘iddah mantan isterinya. Dalam arti, duda, sama dengan mantan isterinya, selama masa ‘iddah tidak boleh meminang dan tidak boleh kawin dengan orang lain (Pasal 90). Oleh karena itu, masa berkabung (*iḥḍad*) baik suami maupun isterinya adalah selama masa transisi tersebut (Pasal 112). Sementara itu, KHI, sebagaimana fikih mazhab, menetapkan bahwa masa tunggu (*‘iddah*) hanya berlaku bagi isteri, tidak bagi

suami (Pasal 153). Adapun masa berkabung bagi pasangannya yang meninggal dunia, KHI menetapkan adanya perbedaan masa berkabung antara isteri dan suami, yaitu masa berkabung isteri adalah sama dengan masa *iddahnya*, yaitu empat bulan sepuluh hari, sementara masa berkabung suami tidak ditentukan tetapi hanya dinyatakan menurut kepatutan (Pasal 170).

Ketentuan pemberian mahar oleh calon suami kepada calon istri dan adanya *'iddah* bagi isteri, sebagaimana pendapat KHI, berdasarkan pada bunyi *naş*. Dengan demikian KHI menetapkan ketentuan hukum sebagaimana bunyi *naş* yang ada, yaitu calon isteri mendapat mahar dari calon suami dan isteri memiliki masa *'iddah*, sementara CLD KHI dengan tetap memberlakukan ketentuan yang ada dalam *naş*, juga memperlebar makna *nash* bagi hal yang tidak disebutkan dalam *nash* (*al-maskūt 'anhu*), yaitu suami. Dengan demikian, secara metodologis dengan menggunakan metode *dalālah ad-dalālah*, CLD KHI memberlakukan hukum yang ada pada isteri (*al-manṭūq bih*) kepada suami (*al-maskūt 'anhu*) juga, dalam arti suami berhak menerima mahar pemberian dari isteri dan suami memiliki *'iddah* sama dengan isteri. Penggunaan metode *dalālah ad-dalālah* ini diberlakukan oleh CLD KHI, tampaknya didasarkan pada *maqāşid* tentang prinsip kesetaraan antara laki-laki dan perempuan. Kemudian dalam pandangan sebagian masyarakat, khususnya masa berkabung selama seratus tiga puluh hari, sudah sewajarnya diberlakukan juga bagi suami, sebagai bentuk penghormatan terhadap isteri dan keluarga isteri.

Tawaran produk materi hukum di atas merupakan contoh dari hasil analisis metodologis yang didasarkan pada dialektika antara *naş*, *maqāşid* dan *'urf* secara sejajar. Tawaran tersebut apabila dibandingkan maka dalam tingkat tertentu hasilnya berbeda dengan KHI dan juga berbeda dengan dua yang meresponnya, yaitu CLD KHI dan RUU HMPA.

Upaya mendialektikkan antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan ‘urf pada dasarnya merupakan proses ijtihad. Ijtihad, sebagai sebuah interpretasi, akan menghasilkan beberapa kemungkinan pendapat dan di sinilah terdapat apa yang disebut sebagai ruang ijtihad. Atas dasar itu, ijtihad yang dilakukan dalam konteks pembaruan hukum perkawinan di Indonesia, khususnya upaya revisi KHI, seharusnya dilakukan secara kolektif. Dengan ijtihad kolektif (*ijtihād jamā’i*) ini,¹⁰³ penetapan hukum Islam tidak saja melibatkan ahli dan ulama hukum Islam tetapi juga ilmuwan-ilmuwan bidang terkait. Di Indonesia, walaupun proses legislasi melibatkan beberapa lembaga, seperti pemerintah melalui kementerian terkait sebagai pengusul dan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang mensahkannya, namun dalam prakteknya sedikit sekali melibatkan ahli-ahli ilmu sosial seperti sosiolog, antropolog, psikolog dan ahli hukum Adat. Oleh karena itu, untuk melakukan pembaruan KHI Bidang Perkawinan, perlu keterlibatan tidak saja ahli hukum Islam dan hukum adat tetapi juga para ilmuwan sosial budaya yang telah melakukan penelitian mendalam mengenai kondisi dan perkembangan sosial, budaya bahkan psikologi masyarakat Indonesia, khususnya bidang sosiologi, antropologi dan psikologi keluarga. Hal ini karena, sebagaimana dikemukakan di atas, ijtihad dalam menetapkan hukum Islam, termasuk hukum perkawinan Islam di Indonesia, merupakan upaya dialektis dalam mendialogkan antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan ‘urf Indonesia.

¹⁰³Hasaballah, *Uṣūl at-Tashrīḥ*, 18.

Bab VI

Penutup

Pembaruan KHI Bidang Perkawinan tidak dapat dilepaskan dari konteks pembaruan hukum keluarga yang dilakukan di negara-negara muslim secara umum. Permasalahan-permasalahan yang menjadi fokus pembaruan juga hampir sama dengan permasalahan yang berkembang di negara muslim lainnya. Berdasarkan penelitian terhadap pembaruan hukum perkawinan dalam KHI, model pembaruan yang dilakukan oleh KHI adalah pembaruan dengan cara mengkompromikan antara pendapat fikih konvensional dan adanya tuntutan dan perubahan zaman. Keterkaitan yang erat antara materi pembaruan KHI Bidang Perkawinan dengan pembaruan hukum keluarga di negara-negara muslim menimbulkan pandangan bahwa KHI hanya mengikuti pembaruan yang berkembang. Namun pandangan ini tidak sepenuhnya benar, karena dalam prosesnya upaya pembentukan hukum materiil bagi pengadilan agama ini sebenarnya telah lama dilakukan, yaitu terutama mulai sejak tahun 1970 pasca terbitnya undang-undang pokok-pokok kekuasaan kehakiman yang menempatkan peradilan agama sejajar dengan peradilan lainnya. Di samping itu, pemilihan materi pembaruan hukum perkawinan yang ada dalam KHI, di samping ada pengaruh pembaruan dari negara muslim lain dengan segala segi modifikasinya, juga merupakan upaya kompromi dari berbagai pihak dan elemen masyarakat yang ada di Indonesia.

Kerangka metodologis yang digunakan oleh KHI dalam melakukan pembaruan bidang perkawinan adalah kebanyakan berpegang kepada *naşş* yang diinterpretasi dengan menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan. Sementara metode *al-Qiyās* (Analogi)

dan metode yang didasarkan pada masalah hanya digunakan pada beberapa masalah. Penggunaan masalah ini dilakukan KHI apabila dianggap sangat penting, yaitu dengan cara masalah tersebut digunakan untuk mengkhususkan dan mengecualikan makna yang terkandung dalam *naṣṣ* (metode *al-istiḥsān*). Dominasi analisis kebahasaan terhadap *naṣṣ*, dan minimnya penggunaan metode yang didasarkan pada kemaslahatan menandakan bahwa KHI Bidang Perkawinan memiliki kecenderungan yang moderat dan berusaha hati-hati dalam pemikiran metodologi hukum Islam (Ushul Fikih)-nya. Kaidah-kaidah kebahasaan mengenai relasi antara lafazh dan makna lafazh yang digunakan sebagai dasar pembaruan oleh KHI adalah lafazh *naṣṣ* yang digunakan pada masalah pembatasan poligami, dalalah al-isharah yang digunakan pada masalah persetujuan rujuk istri, dalalah al-dalalah pada masalah masa berkabung suami, dan dalalah al-‘ibarah pada masalah batas minimal usia nikah, pengasuhan anak, perkawinan wanita hamil, perceraian diputus oleh pengadilan dan masalah perselisihan perkawinan harus melalui pengadilan. Penggunaan analisis bahasa yang digunakan oleh KHI pada dasarnya tidak semata-mata menggunakan kaidah-kaidah kebahasaan (*al-qawā’id al-lughāwīyyah*) *an-sich*. Dalam menginterpretasi suatu nash, KHI Bidang Perkawinan berupaya mengopersonalkan petunjuk dan pertimbangan (*qarīnah*) yang ada, baik berupa nash yang lain, rasio ataupun *al-‘urf* masyarakat Indonesia, sehingga dapat menghasilkan ketetapan hukum yang tidak saja koheren dengan *naṣṣ* lain tetapi juga berkoresponden dengan konteks masyarakat. Sementara itu, metode al-qiyas digunakan pada masalah persetujuan kedua calon mempelai, hak gugat cerai oleh istri, dan hak terhadap harta bersama (gono gini). Kemudian metode dengan menggunakan maqasid al-shari’ah (masalah) digunakan bagi masalah pencatatan perkawinan, cerai dan rujuk serta masalah pengertian anak sah. Namun demikian, kerangka metodologi KHI Bidang Perkawinan di

atas tidak diberlakukan secara konsisten. Pembaruan KHI Bidang Perkawinan dilakukan secara parsial hanya pada beberapa pasal, sementara beberapa pasal lain yang seharusnya bisa diperbarui dibiarkan tetap seperti pendapat mazhab klasik, sehingga dipandang kurang sesuai diterapkan dalam konteks masyarakat Indonesia kontemporer.

Banyak pihak yang berupaya merespon dan menawarkan revisi terhadap KHI, baik berupa pemikiran para tokoh yang bersifat informal, maupun Rancangan Undang-Undang Hukum Material Pengadilan Agama Bidang Perkawinan (RUU HMPA Bidang Perkawinan) yang bersifat formal. Dari respon terhadap KHI tersebut, semuanya setuju perlu dilakukan revisi terhadap KHI, hanya saja tawaran revisinya berbeda-beda. Para tokoh cenderung menawarkan revisi secara hati-hati dan menganjurkan perlunya dilakukan kajian yang mendalam terlebih dahulu terhadap kondisi riil masyarakat Indonesia. Sementara itu, RUU HMPA lebih menawarkan efektifitas implementasi materi hukum dengan adanya sanksi pidana pada beberapa pelanggaran. Apabila ditelusuri, bangunan metodologi-Ushul Fikih KHI secara umum lebih mengutamakan *naṣṣ* secara tekstual dari pada *maqāṣid* dan *al-‘urf*, dan ini berbeda dengan kecenderungan pemikiran rasional-liberal yang secara umum mendahulukan *maqāṣid* dari pada bunyi *naṣṣ* secara tekstual. Hal ini kemudian berimplikasi pada produk materi hukum yang dihasilkannya, yaitu materi hukum KHI dipandang masih belum sepenuhnya dapat menjawab kebutuhan masyarakat Indonesia sehingga masih memerlukan revisi dan pembaruan. Oleh karena itu, untuk menutupi kekurangan tersebut, maka perlu adanya konstruksi metodologi yang mendialektikakan secara sejajar antara *naṣṣ*, *maqāṣid* dan *‘urf*, sehingga hasil formulasi materi hukumnya dapat menjadi titik temu bagi masyarakat Indonesia yang plural, baik dari segi kelompok keagamaan, budaya maupun kecenderungan pemikiran. Upaya mendialektikakan antara *naṣṣ*, *maqāṣid*

(*maṣlahah*) dan *'urf* pada dasarnya merupakan proses ijtihad yang dapat menghasilkan beberapa kemungkinan pendapat dan disinilah perlunya ijtihad kolektif (*ijtihād jamā'ī*) untuk menetapkan hukum yang paling sesuai. Dalam ijtihad kolektif ini tidak saja melibatkan ahli dan ulama hukum Islam tetapi juga ilmuwan-ilmuwan bidang terkait. Oleh karena itu, untuk melakukan pembaruan KHI Bidang Perkawinan, perlu keterlibatan tidak saja ahli hukum Islam dan hukum adat tetapi juga para ilmuwan sosial budaya yang telah melakukan penelitian mendalam mengenai kondisi dan perkembangan sosial, budaya bahkan psikologi masyarakat Indonesia, khususnya bidang sosiologi, antropologi dan psikologi keluarga.

Dari uraian di atas, dapat dikemukakan beberapa catatan dan rekomendasi. Pertama, karena sudah berumur lebih dari 20 tahun, maka perlu dilakukan revisi supaya lebih sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat Indonesia. Pembaruan yang akan dilakukan perlu bersifat menyeluruh dan konsisten bagi seluruh pasal-pasal yang ada, sehingga tidak hanya bersifat parsial yang secara metodologis memiliki kelemahan. Di samping itu, revisi tersebut perlu bersifat legal-positif, dalam arti tidak hanya berupa aturan yang mengandung perintah dan larangan tetapi juga mengandung sanksi bagi para pelanggarnya.

Kedua, pembaruan terhadap KHI, Bidang Perkawinan khususnya, secara metodologis perlu bersifat moderat dengan menempatkan antara *naṣṣ*, *maqāṣid (maṣlahah)* dan *'urf* dalam posisi yang sejajar dan dialektis. Kerangka metodologi seperti ini merupakan jalan tengah di antara kecenderungan liberal dan kecenderungan tekstualis. Pembaruan dengan kerangka metodologi dialektis tersebut perlu dilakukan secara kolektif, sehingga tidak saja melibatkan ulama, pemerintah dan DPR, tetapi juga melibatkan para peneliti dan ahli dalam bidang terkait, misalnya antropologi, sosiologi dan psikologi keluarga serta ahli hukum adat.

Ketiga, dan yang terakhir, Pemerintah, melalui Kementerian Agama dan Mahkamah Agung, perlu memfasilitasi dengan serius dan segera upaya pembaruan KHI ini, karena pembaruan hukum keluarga sangat diperlukan sebagai pedoman bertindak bagi masyarakat muslim Indonesia serta menjadi hukum materil di lingkungan peradilan agama bagi masyarakat yang mencari keadilan dan menyelesaikan permasalahan keluarganya.

Daftar Pustaka

Buku-Buku

- ‘Abid al-Jābirī, Muḥammad, *Binyah al-‘Aql al-‘Arābi, Dirāsah Taḥlīliyyah Naqdiyyah li Nuzūm al-Ma’rifah fī al-Thaqāfah al-‘Arabiyyah*. Beirut: Markaz Dirāsāt al-waḥdah al-‘Arabiyyah, 1990.
- , *ad-Dīn wa ad-Dawlah wa Taṭbīq ash-Shari’ah*, cet- 1, Beirut: Markaz Dirāsāt al-Waḥdah al-‘Arabiyyah 1996.
- Abdullah, Abdul Gani, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Gema Insani Press, 1994.
- Abdurrahman, *Kompilasi hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Akademika Pressindo, 1992.
- ‘Abd al-Ghānī al-Kafrawī, As’ad, *Al-Istidlāl ‘Inda al-Uṣūliyyīn*, Kairo: Dār as-Salim, 2005
- Adīb Ṣālih, Muḥammad, *Tafsīr al-Nuṣūṣ fī al-Fiqh al-Islāmī: Dirāsah Muqāranah* Ttp.: Manṣurāt al-Maktab al-Islāmī, t.t.
- Abu al-‘Ainain Badran, Badran, *uṣūl al-fiqh al-Islāmī* Iskandariyyah: Matba’ah M.K. Iskandariyyah, t.t.
- Abū Zahrah, Muḥammad, *Uṣūl al-Fiqh*, Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī, t.t.
- , *Abū Ḥanīfah: Ḥayātuh wa ‘Aṣruḥ Arāḩuh wa Fiqhuh* Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī, 1991.
- , *al-Shāfi’ī: Ḥayātuh wa ‘Ashruḥ Ārāḩuh wa Fiqhuh*. Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī, t.t.
- Ahmad Amrullah dkk, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional: Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Busthanul Arifin, SH*, Jakarta: Gema Insani Pers, 1996.
- Ahmad an-Nadwi, Ahmad, *Al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*, Damaskus: Dār al-Qālam, 1986.

- Alami (el-), Dawoud, *The Marriage Contract in Islamic Law in The Syiria and Personal Status Laws of Egypt and Marocoo*, London: Hartnoll Ltd, 1992.
- Alami (el-), Dawoud dan Doreen Hinchcliffe *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, London: the Hague, Boston: Kluwer Law International, 1996
- Arifin, Busthanul, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia, Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- ‘Aşqalāni (Al-), Ibnu Hajar, *Fatḥ al-Bāri bi Sharḥ al-Bukhāri*, Mesir: Muşţafā al-Bābi al-Halabi wa Aulāduh, 1961
- Atho Mudzhar, Mohamad, *Islam and Islamic Law in Indonesia: A Social-Historical Approach*. Jakarta: Office of Religious Research & Development, and Training, Ministry of Religious Affairs, 2003.
- , *Membaca Gelombang Ijtihad, antara Tradisi dan Liberasi*. Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998.
- , Studi Hukum Islam dengan Pendekatan Sosiologi, Pidato Pengukuhan Guru Besar Guru Besar Madya Ilmu Sosiologi Hukum Islam, 15 September 1999. Yogyakarta : IAIN Sunan Kalijaga.
- , *Fatwas of The Council of Indonesian ‘Ulama: A Study of Islamic Legal Thought in Indonesia 1975-1988, Disertasi PhD*. Los Angeles: UCLA, 1990.
- Atho Mudzhar, Mohamad dan Khoiruddin Nasution (Eds.), *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* . Jakarta: Ciputat Press, 2003.
- Audah, Jaser, *Al-Maqasid untuk Pemula*, terjemah dari *Maqāṣid Al-Sharī’ah: A Beginner’s Guide*. Yogyakarta: Suka Press, 2013.
- Basyir, Ahmad Azhar, *Pokok-Pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam*. Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1990.
- Būti (al-), Muhammad Said Ramaḍān, *Dawābiṭ al-Maslaḥāh fī al-Sharī’ah al-Islāmiyyah*, Kairo: Muassasah Risālah, 1973

- Coulson, Noel J., *A History of Islamic Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990.
- Donohue, John dan John L. Esposito, Islam dan Pembaharuan Ensiklopedi Masalah-Masalah. Kata Pengantar M. Amin Rais. Terj. Machnun Husein dari judul asli *Islam in Transition: Muslim Perspective*, Jakarta : Radjawali Press. 1995
- Daud Ali, Muhammad, “*Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya*” dalam “*Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktis*, Tjun Suryaman, (ed). Bandung: Rosdakarya, 1991.
- Elias, Elias A, *Qāmus al-Ilyās al-Aṣri: ‘Arabī-Injlizi*, Kairo: Shirkah Dār Ilyās al-Aṣriyyah, 1979.
- Fauzi, Muhammad Latif, “Islamic Law in Indonesia: Debates on Islamic Family Law in the *Reformasi* Era”. Tesis pada Leiden University Tahun 2008.
- Feener, R Michael, *Muslim Legal Thought in Modern Indonesia*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Fuady, Munir, *Teori-teori dalam Sosiologi Hukum*, Jakarta: Prenada Media, 2011
- Ghazāli (al-), Abū Hāmid, *al-Mustaṣfā fi’Ilm al-Uṣūl*, Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1993.
- Gupta, Kiran, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States”, A Study in Comprative Law”, Islamic and Comparative Law review*, vol. Xii, no. 2, Summer, 1992
- Gunaryo, Achmad, *Pergumulan politik & Hukum Islam: Reposisi Peradilan Agama dari Peradilan “Pupuk Bawang” Menuju Peradilan Seseungguhnya*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.
- Hallaq, Wael B., *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Uṣūl al-Fiqh*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Ḥasaballāh, ‘Alī, *Uṣūl al-Tashri’ al-Islamī* . Kairo: Dār al-Ma’arif, 1971.

- Hasan Basri, Cik, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*. Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999.
- Hashim Kamali, Muhammad, *Principles of Islamic Jurisprudence* (Selangor: Pelanduk Publications, 1989).
- Ḥasaballah, Alī, *Uṣūl at-Tashri' al-Islāmī* Mesir: Dār al-Ma'ārif, 1971.
- I. Doi, Abdurrahman, *Women in Shari'ah (Islamic Law)*, Kuala Lumpur: A.S. Noordeen, 1992.
- Ḥusainī (al-), Taqiyyuddīn *Kifāyah al-Akhyār fī ḥalli Ghayar al-Ikhtilāf*, Pekalongan: Maṭba'ah Raja Murah, t.t.
- Ibn Naṣīr al-Shaṭārī, Sa'ad, *Al-Qaṭ' wa al-Zann 'Inda al-Uṣūliyyin*, Riyāḍ: Dār al-Ḥabīb, 197.
- Jābir Ṣalaḥ, Muḥammad, *Tajdīd Sinn al-Zawāj, Ḥatmiyyah Ijtima'iyyah wa Iqtisādiyyah*, Yaman: Muṣassasah Nadwah az-Zawāj, 2008
- Jawwad Mugniyyah, Muḥammad, *'Ilm uṣūl al-fiqh fī Saubiḥ al-Jadīd*. Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malāyin, 1975.
- , *Fiqh Lima Madzhab*, Alih Bahasa Masykur, cet IV Jakarta: Lentera, 1999
- Jum'ah, 'Alī, *Aliyyat al-Ijtihād*, Kairo: Dār ar-Risālah, 2004
- Keputusan Menteri Agama RI Nomor 154 Tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991.
- Khallāf (al-), 'Abd al-Wahhāb, *Khulāṣah Tārikh al-Tashī' al-Islāmiyy*. Jakarta: al-Majlis al-A'la al-Indūnīsi li ad-Da'wah al-Islāmiyyah, 1968.
- , *al-Ijtihād bi al-Ra'yi*. Mesir: Maktabah Dār al-Kitāb al-'Arabi, 1950.
- , *'Ilm uṣūl al-fiqh*. Kuwait: Dār al-Qalām, 1978.
- , *Maṣādir al-Tashī' fī mā lā Naṣṣa fih*. Kuwait: Dār al-Qalam, 1972.
- , *Ahkam al-Ahwāl al-Shakhsīyyah 'ala Wafqī Madhhabī Abī Ḥanīfah wamā al-'Amal fī al-Muḥakām*, Kuwait: Dār al-Qalām, 1990.

- Khīnn (al-), Muṣṭafā Sa'id, *Athār al-Ikhtilāf fī al-Qawā'id al-Uṣūliyyah fī Ikhtilāf al-Fuqāhā*. Ttp.: Muṣassasah ar-Risālah, 1972
- Khumashi (al-), Aḥmad, al-Ta'liq 'alā Qānūn al-Akhwāl ash-Shakhsīyyah, Ttp: Tnp, 1994
- Mahmood, Tahir, *Family Law Reform in the Muslim World* . Bombay: N.M. Tripathi PVT. LTD, 1972.
- Maḥmasanī, Subḥī, *Falsafah al-Tashrī' fī al-Islām*. Beirut: Dār al-'ilm li al-Malayīn, 1961.
- Manan, Abdul, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2006.
- Mehdi, Rubya, *The Islamization of The Law in Pakistan*, Surrey: Curzon Press, 1994.
- Mawardi, Imam, "A Socio-Political Backdrop of the Enactment of The *Kompliasi Hukum Islam*", Tesis MA. Montreal: McGill University, 1998.
- Minhaji, Akh. , "Hukum Islam antara Sakralitas dan Profanitas", Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam bidang Sejarah Sosial Pemikiran Hukum Islam pada Fakultas Syari'ah di hadapan Rapat Senat Terbatas UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 25 September 2004.
- , "Reorientasi Kajian Ushul Fiqh", dalam *al-Jami'ah Journal of Islamic Studies*, IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, No. 63/VI/1999.
- Mir-Hosseini, Ziba, "Strategis of Selection: Differing Nations of Marriage in Iran and Marocco, dalam Camillia Fawzi El-Solh and Judi Mabro (eds), *Muslim Womens Chioces: Religious Belief and Social Reality*, Oxford: Berg Publisher, 1994.
- Munawar (Al-), Said Agil Husin, *Fikih Antar Agama*, Jakarta: Ciputat Press, 2005
- Mulia, Siti Musdah, "Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia", dalam Komaruddin Hidayat dan Ahmad Gaus

- AF (Ed.), *Islam Negara dan Civil Society*, Jakarta: Paramadina, 2005
- Mustafā Shalabī, Muḥammad, *Ta'fīl al-Aḥkām*. Beirut: Dār al-Nahḍah al-'Arabiyyah, 1981.
- Muzaffar (al-), Muhammad Riḍa, *Uṣūl al-Fiqh*. Ttp.: tnp., t.t.
- Na'im, Abdullahi A. An- (Ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*. London: Zed books Ltd, 2002.
- Naṣīr al-Shatharī, Sa'd Ibn, *Al-Qaṭ' wa al-dhann 'Inda al-Uṣuliyyin*, Riyāḍ: Dār al-Habīb, 1997.
- Nasution, Khoiruddin, *Hukum Keluarga (Perdata) Islam Indonesia*, Yogyakarta: Tazzafa, ACAdemia, 2010.
- Neufeldt, Victoria (ed), *Webster's New World Dictionary of American English*. New York: Prentice Hall, 1991.
- Nurlaelawati, Euis, *Modernization, Tradition and Identity: The Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in The Indonesian Religious Courts*. Amsterdam: University Press, 2010.
- Pearl, David and Werner Menski, *Muslim Family Law*, third edition, London: Sweet and Maxwell, 1998.
- Qaraḍāwī (al-), Yūsuf al-Madkhal li Dirāsah al-Shaī'ah al-Islāmiyyah, Cct. 4. Kairo: Maktabah Wahbah, 2001.
- , *Al-Ḥalāl wa al-Ḥarām fī al-Islām*, Ttp: Dar al-Ma'rifat, 1985.
- , *Keluasan dan Keluwesan Hukum Islam*, terj. Said Agil Husin al-Munawar, Semarang: Dina Utama, 1993.
- Qudāmah, Ibnu al-Maqdisī, *Al-Mughnī*, Kairo: Dar Hijrin, 1409.
- Raffia Arshad, *Islamic Family Law*. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Raisuni (al-), Ahmad, *Naẓariyyah al-Maqāṣid 'inda al-Imām al-Shātibī*. Herndon: IIIT, 1992.
- Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008.

- Rāzī (al-), Fakhrudin, *al-Maḥshūl fī ‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1988.
- Rushd, Ibnu, *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyah al-Muqtaṣid*, Ttp.: Shirkah An-Nūr Asia, t.t.
- Sa’di (al), ‘Abd al-Ḥākīm, *Mabāhith al-‘Illah fī al-Qiyās ‘Inda al-Uṣūliyyin*, Beirut: Dār al-Basha’ir al-Islāmiyah, 1421/2000.
- Sosroatmojo, Asro, Wasit Aulia, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, cet-3, Jakarta: Bulan Bintang, 1981.
- Shamil Jeppie, Ebrahim Moosa, Richard L. Roberts (Eds.), *Muslim Family Law in Sub-Saharan Africa*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2010.
- Shalabī, Muḥammad Muṣṭafā, *Ta’fīl al-Ahkām*. Beirut: Dār al-Nahḍah al-‘Arabiyyah, 1981.
- , *Ahkām al-Ussrah fī al-Islām: Dirāsah Muqāranah baina al-Fiqh al-Mazāhib al-Sunniyah wa al-Mazhab al-Ja’farī wa al-Qānūn* Beirut: al-Dār al-Jami’iyyah, 1413/1993.
- Shātībī (al-), Abū Ishāq, *al-Muwāfaqat fī Uṣūl al-Ahkām*, Edisi al-Hudar Husain Ttp.: Dār al-Fikr, t.t.
- , *al-I’tisām*. Riyad: Maktabah al-Riyādh al-Ḥadīthah, t.t.
- Shiddieqy (ash-), T.M. Hasbi, *Dinamika dan Elastisitas Hukum Islam*, Cet. 2. Jakarta: Tintamas, 1982.
- , *Falsafah Hukum Islam*, Cet. 4, Jakarta: Bulan Bintang, 1990.
- , *Pengantar Hukum Islam*, Cet. 6 . Jakarta: Bulan Bintang, 1981.
- Sabiq, Sayyid, *Fiqh al-Sunnah*, Mesir: *al-Fatḥ li al-‘Allam al-‘Arab*, t.t.
- Sarakhsī (al-), Syamsuddīn, *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1993.
- Sarṭāwī (al-), Maḥmūd ‘Alī, *Sharḥ Qānūn al-Aḥwāl al-Shakḥsiyyah*, Ttp: Dār al-Fikr,tt.
- Pagar, *Pembaharuan Hukum Islam Indonesia, Kajian Terhadap Sisi Keadilan Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam*, Bandung: Cita Pustaka, 2007

- Tahido Yanggo dkk, Huzaemah, *Membendung Liberalisme*. Jakarta: Penerbit Republika, 2004.
- Taimiyah Ibnu, *Majmu' Fatawā*, Ttp: Dār al-Wafā, 1426/2005.
- Tim dari Hephaestus Books, *Articles on Islamic Family Law*. Singapura: Hephaestus Books, 2011.
- Tim Pengarusutamaan Gender, *Pembaruan Hukum Islam Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam*. Jakarta: Departemen Agama, 2004.
- Tono, Sidik dan Amir Mu'allim, *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*. Yogyakarta: UII Press, 1999.
- Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf.
- Undang-Undang Peradilan Agama Nomor 3 Tahun 2006.
- Undang-Undang RI No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Instruksi Presiden RI No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.
- Voorhoeve, Maaiké, *Family Law In Islam: Divorce, Marriage and Women in The Muslim World*. New York: I.B. Tauris & Co. Ltd, 2012.
- Wahid, Marzuki dan Rumadi, *Fiqh Madzhab Negara, Kritik atas Politik Hukum Islam diIndonesia*. Yogyakarta: LKiS, 2001.
- Wahidin, Samsul dan Abdurrahman, *Perkembangan Ringkas Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 1. Jakarta: Akademika Pressindo, 1984.
- Wehr, Hans, *A Dictionary of Modern Written Arabic :Arabic-English*, Beirut: Brairie du Liban, 1980.
- Welchman, Lynn (ed.), *Women's Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform*. New York: Zed Books Ltd., 2004.
- Welchman, Lynn, *Women and Muslim Family Laws in Arab States: A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy*. Amsterdam: ISIM and Amasterdam University Press, 2007.

- Yūsuf Mūsa, Muhammad, *Tārīkh al-Fiqh al-Islāmī*. Mesir: Dār al-Kitāb al-‘Arabī, 1958.
- Zaidān, ‘Abd al-Karīm, *al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh*. Kairo: Dār al-Ṭaba’ah wa al-Nashr al-Islāmiyyah, 1993.
- [Zain](#), Muhammad dan [Mukhtar Alshodiq](#), *Membangun Keluarga Humanis: Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam yang Kontroversial itu*. Jakarta: Graha Cipta, 2005.
- Zarqā, Ahmad al-, *Sharḥ al-Qawā’id al-Fiqhiyyah*. Damaskus: Dār al-Qalam, 1989.
- Zein, Satria Effendi M., "Metodologi Hukum Islam", dalam Amrullah Ahmad, SF, *et.al* (eds.), *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*. Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Zuhailī (al-), Wahbah, *Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*. Damaskus: Dār al-Fikr, 1986.

Artikel Jurnal

- Adams, Charles C, “Abu Hanifah Champion of Liberalism and Tolerance in Islam”. *The Muslim World*, July 1946.
- Ali S ‘Rights of the Child under Islamic Law and Laws of Pakistan: a Thematic Overview’ *Journal of Islamic State Practices in International Law* Volume 2 2006.
- Andrea Büchler, “Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law”, dalam [International Journal of Law in Context](#) , Volume 8 , Special Issue 02 , June 2012.
- Anderson, J.N.D. *Islamic Law in the Modern World*, New York; New York University Press, 1959.
- , “Modern Trend in Islam: Legal Refomr and Modernization in the Middle East”, *International and Comparative law Quartely*, 20, Jan, 1971.
- , “Recent Development in Shari’a Law III: The Contract of Marriage”, dalam *The Muslim World*, 41, 1951.

- , "Recent Development in Sharia Law VIII: The Yordanian Law of Family Rights 1951", *The Muslim World*, 42, 1952.
- , "The Syrian Law of Personal Status" *Bulletin in the School Of Orinetal and African Stuides*, No. 17 1955.
- , "The Tunisian Law of Personal Status", *International and Comparative Law Quarterly* 7 April, 1958.
- , "Reforms in Family Law in Marocco", *Journal of African Law*, No. 2, 1958.
- Archer, Brad, "Family Law Reform and the Feminist Debate: Actually-Existing Islamic Feminism in the Maghreb and Malaysia", *Journal of International Women's Studies*, Volume 8 Number 4, 2007.
- Buskens, Leon, "Recent Debates On Family Law Reform In Morocco: Islamic Law As Politics In An Emerging Public Sphere", *Islamic Law and Society*, Volume 10, Number 1, 2003..
- Butt, Tahseen & Associates, *Muslim Marrisage Law in Pakistan*, artikel diakses pada tanggal 29 Oktober 2012 dari http://www.tahseenbutt.com/divorce_lawyers_pakistan.html. Diunduh pada tanggal 6 februari 2014.
- Bedir, Murteza, "*The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas?*", *Islamic Studies*, Vol. 42. No. 1. Spring 2003.
- Bleicher, Joseph, *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique*, London: Routledge & Kegan Paul, 1980.
- Cammack, Mark, Lawrence A. Young, Tim Heaton, "Legislating Social Change in an Islamic Society: Indonesia's Marriage Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996.
- , "Islamic Law in Indonesia's New Order", *The International and Comparative La Quertely*, Vol. 38 No. 1 Jan, 1989.

- Cammack, Mark E. and R. Michael Feener, "The Islamic Legal System in Indonesia", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 21 NO. 1, Januari 2012.
- Chandrawila Supriadi, Wila, *Hukum Perkawinan Indonesia dan Belanda*, Bandung: Mandar Maju, 2002.
- Centre for Human Rights and Democratic Development, Kanada, "Family Law Reform and Women's Rights in Muslim Countries: Perspectives and Lessons Learned". Seminar Report, June, 2010.
- Chowdhury, Farah Deeba, "Dowry, Women, and Law in Bangladesh", *International Journal of Law, Policy and Family*, Volume 24 Number 2, 2010, 198-221.
- Esposito, John L. "Muslim Family Law Reform: Towards an Islamic Methodology", *Islamic Studies*, Vol. 15, No. 1 (SPRING 1976).
- Fahrullah, Ade Fariz, "Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam (CLD KHI): Produk Fikih Liberal", *Hukum Islam*, Vol. VII No. 5. Juli 2007.
- Gupta, Kiran, *Polygamy-Law Reform in the Muslim States*, *A Study in Comparative Law*, *Islamic and Comparative Law review*, vol. Xii, no. 2, Summer, 1992
- Haneef, Sayed Sikandar "Debate on Methodology of Renewing Muslim Law: A Search for a Synthetic Approach", *Global Jurist*, Vol. 10, Iss. 1, 2010.
- Haq (al-), Ikram "Ta'addud Azwaj al-Nabiy Shallallahu 'alaihi wa Sallam wa al-Mustasyriqun", *Al-Qalam*, Desember 2010, 272-281.
- Rachel M. Scott, "A Contextual Approach to Women's Rights in the Qur'an: Readings of 4:34", *The Muslim World*, Vol. 99, 2009
- Hasan, Ahmad, "The Principle of Istihsan in Islamic Jurisprudence", *Islamic Studies*. Vol. 16, No. 4, Winter, 1977.
- <http://> Zainah Anwar and Jana S. Rumminger, *Justice and Equality in Muslim Family Laws: Challenges, Possibilities, and*

Strategies for Reform”, 64 WASH. & LEE L. scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol64/iss4/12.

<http://gubugbudaya.wordpress.com/2006/04/23/belajar-dari-kegagalan-cld-khi/>;

<http://www.freelists.org/post/ppi/ppiindia-Menag-Maftuh-Basuni-Bekukan-CLD-KHI-Usulan-Tim-Gender-Depag.>

<http://www.impowr.org/content/law-reform-efforts-marriage-or-child-marriage-indonesia.>

<http://www.mediaumat.com/media-nasional/1729-35-pasal-gila-gilaan-draft-amandemen-uu-perkawinan.html>;

<http://ar.wikipedia.org/mudawwanah> al-usrah al-maghribi. Diakses pada 4 Mei 2015.

Hashim Kamali, Muhammad, *Sumber, Sifat Dasar dan Tujuan-Tujuan Syari'ah*, terj. dalam *al-Hikmah Jurnal Studi-Studi Islam* no. 10, Juli-September 1993

-----, “Islamic Family Reform: Problems and Prospects” *Pluto Journals* ICR No. 3.1, 42. ICR.Plutojournals.org

Hooker, M.B. “Southeast Asian Shari'ahs”, *Studia Islamika, Indonesian Journal for Islamic Studies*. Vol. 20, No. 2, 2013

Huda, Nurul “Kawin Hamil dalam Kompilasi Hukum Islam (Tinjauan Maqashid Syariah)”, *Ishraqi*, Vol. 5, No. 1, Januari-Juni 2009.

Minhaji, Akh. , "Reorientasi Kajian Ushul Fiqh", dalam *al-Jami'ah Journal of Islamic Studies*, IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, No. 63/VI/1999.

Mohammad Hashim Kamali, “Islamic Family Law Reform: Problems and Prospects”, *Islam and Civilisational Renewal* Volume 3, Number 1, Oktober, 2011

Moors A “Public Debates On Family Law Reform Participants, Positions, And Styles Of Argumentation In The 1990s”, *Islamic Law And Society*, Volume 10, Number 1, 2003.

- Noor, Zanariah, "Gender Justice and Islamic Family Law Reform in Malaysia", *Kajian Malaysia*, Jld. XXV, No. 2, Desember 2007, 121-156.
- Opwis, Felicitas, "*Maslahah in Contemporary Islamic Legal Theory*", *Islamic Law and Society*, Vol. 12 92, 2005.
- , "Islamic Law and Legal Change: The Concept of Maslaha in Classical and Contemporary Islamic Legal Theory" dalam Abbas Amanat dan Frank Griffel (Eds.), *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford, California: Stanford University Press, 2007.
- Qadumi, Marwan "Jihaz al-Marah fi Dha'u asy-Syari'ah wa Qanun al-Ahwal asy-Syakhsiyyah", *Al-Najah li al-Abhas*, Vol 19 (1), 2005.
- Rangkuti, Ramlan Yusuf "Pembatasan Usia Kawin dan Persetujuan Calon Mempelai dalam Perspektif Hukum Islam", *Jurnal Equality*, Vol. 13 No. 1, Pebruari 2008, 72.
- Rehman, Javaid, "The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq", *International Journal of Law, Policy dan Family*, volume 21, Number 1 2007.
- Sayeed, Asma, "Gender and Legal Authority: An Examination of Early Juristic Opposition to Women's Hadith Transmission", *Islamic Law and Society*, Vol. 16 2009
- Syamsuddin, Sahiron, "Abu Hanifah's Use of the Solitary Hadith as a Source of Islamic Law", *Islamic Studies*, Vol. 40, No.2 Summer 2001.
- Syehabi, Nabil, "Illat and Qiyas in Early Islamic Legal Theory", *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 102, No. 1 Jan-Mar 1982.
- Syamuddin, Rahman, "Sejarah Pemberlakuan Hukum Keluarga di Pakistan", *Paper*
<http://syariahauddin.com/2011/10/17/sejarah-pemberlakuan-hukum-keluarga-di-pakistan/>. Diunduh pada tanggal 2 Februari 2014.

- Wahid, Marzuki, *Counter Legal Draft Komplilasi Hukum Islam (CLD KHI) Dalam Perspektif Politik Hukum Di Indonesia*, dalam <http://ern.pendis.depag.go.id/DokPdf/ern-vi-03.pdf>.
- Y. Musa, "Al-Shafi'I, the Hadith and the Concept of the Duality of Revelation", *Isalmic Studies*, Vol. 46, No. 2 Summer 2007.
- Zahraa, Mahdi, "Unique Islamic Law Methodology and the Validity of Modern Legal and Social Science Research Methods for Islamic Research", *Arab Law Quarterly*, 2003.

Glosarium (Keterangan Istilah)

- Al-Nuṣūs al-Sharīah* : Teks-teks syari'ah
- Al-Qiyās* : Menyamakan sesuatu yang tidak ada naṣnya pada suatu hukum yang ada naṣnya karena keduanya memiliki kesamaan *'illat*.
- Al-Istiḥsān* : Mengecualikan hukum yang diterapkan oleh keumuman naṣ atau ketentuan qiyās pada suatu peristiwa dengan pertimbangan kemaslahatan.
- Al-Istiḥāb* : Menetapkan keberlakuan hukum yang telah ada dan membolehkan hukum sesuatu disebabkan tidak adanya naṣ yang melarang.
- Al-Iṣṭinbāḥ* : Menggali hukum secara dalam dari sumbernya
- Al-Istiṣlāh* : Menetapkan suatu hukum terhadap sesuatu yang tidak ada naṣnya dengan pertimbangan kemaslahatan.
- Al-Kulliyāt al-Khams* : Lima aspek pokok dalam kehidupan manusia yang dipelihara kemaslahatannya; Agama, Jiwa, akal, keturunan atau harga diri, dan harta.
- Al-Siyasah al-Shar'iyah* : Aturan dan kebijakan yang bersifat prosedural-administratif sesuai dengan tuntutan zaman modern.
- 'Amm* : Lafaz yang mencakup seluruh satuan-satuan yang dikandungnya
- Amr* : *Lafaz khāṣ* yang menunjukkan perintah untuk mengerjakan sesuatu

- Bayan al-Zarūrah* : Petunjuk makna yang didiamkan *Naş* yang dapat dipahami dengan mudah.
- Dalālah* : Petunjuk yang ada dalam teks wahyu
- Dalālah al-Naş* atau *Dalālah ad-Dalālah* : Petunjuk suatu lafaz yang memberi pengertian bahwa hukum dari suatu perbuatan yang disebutkan dalam *naş* (*manţuq bih*) berlaku juga bagi perbuatan yang tidak disebutkan (*maskut anhu*), karena dari pengertian secara bahasa kedua perbuatan tersebut memiliki kesamaan ‘*illat* yang menjadi dasar bagi penetapan hukumnya.
- Extra Doctriner Reform* : Pembaruan yang tidak lagi merujuk pada konsep fikih konvensional, tetapi dengan melakukan reinterpretasi terhadap *naş*
- Haqīqah* : Lafaz yang digunakan untuk makna aslinya menurut bahasa atau istilah
- Ibārah al-Naş* : Petunjuk suatu lafaz yang dapat dipahami dengan segera dan memang hal itu dimaksudkan oleh konteks kalimat (makna tersurat).
- ‘*Illat* : Suatu sifat yang terdapat pada ashal (pokok) yang menjadi dasar untuk menetapkan hukum pada ashal dan untuk mengetahui hukum pada cabang yang hendak dicari hukumnya.
- Intra Doctriner Reform* : Pembaruan Hukum yang merujuk pada konsep fikih konvensional
- Ishārah al-Naş* : Petunjuk lafaz terhadap maknanya yang tidak dapat segera dipahami, namun merupakan makna yang melekat yang tidak

- dapat dilepaskan dari maksud lafaz tersebut (makna tersirat).
- Iṣṭiṣhāb* : Menetapkan hukum sesuatu menurut keadaan yang terjadi sebelumnya, sampai ada dalil yang merubahnya.
- Iqtidā al-Naṣ* : Penyisipan terhadap *naṣ* agar supaya ada kelurusan dan kesempurnaan makna.
- Khāfi* : Lafaz yang petunjuk maknanya jelas namun tersembunyi oleh sebab lain dan menimbulkan interpretasi ketika diterapkan.
- Khās*: Lafaz yang maknanya menunjukkan satuan tertentu.
- Mafhum al-Mukhālafah* : Berlakunya kebalikan dari hukum yang ada pada *naṣ* bagi sesuatu yang tidak ada dalam *naṣ* .
- Majaz* : Lafaz yang digunakan bukan untuk makna aslinya menurut bahasa dan istilah.
- Maqāṣid al-Sharīah* : Maksud dan tujuan-tujuan dari syari'ah yang berupa kemaslahatan.
- Muḥkam* : Lafaz yang petunjuk maknanya sangat jelas sehingga tidak mungkin untuk diinterpretasi lain bahkan tidak dapat dihapus (*naskh*).
- Mufassar* : Lafaz yang petunjuk maknanya sangat jelas dan tidak dapat diinterpretasi lain, namun masih mungkin di *naskh*.
- Mujmāl* : Lafaz yang petunjuk maknanya tidak jelas sehingga masih memerlukan penjelasan lebih lanjut dari pembicaranya.
- Muqayyad* : Lafaz *khās* yang menunjukkan pada satuan yang dibatasi oleh suatu batasan.
- Mutashābih* : Lafaz yang petunjuk maknanya tidak dapat diketahui karena ketidakjelasan.

- Muṭlaq* : Lafaz *khāṣ* yang menunjukkan pada satuan yang tidak dibatasi oleh batasan apapun.
- Mushkil* : Lafaz yang petunjuk terhadap maknanya tidak jelas baik disebabkan tidak ada penjelasan yang memadai ataupun karena memang mengandung multi makna.
- Mushtarak* : Lafaz yang memiliki minimal dua makna yang berbeda
- Nahy* : Lafaz *khāṣ* yang menunjukkan larangan untuk mengerjakan sesuatu.
- Naş* : Lafaz yang petunjuk maknanya jelas sesuai dengan konteks kalimat serta masih dapat menerima interpretasi lain.
- Naskh* : Menghapus hukum yang lebih dahulu datang dengan hukum yang kemudian.
- Qawāid Lughāwiyah* : Pendekatan bahasa yaitu mendekati sumber hukum Islam (al- Qur'an dan as-Sunnah) dari sisi kebahasaan
- Qawāid Ma'nawiyah* : Pendekatan makna yaitu mendekati sumber hukum Islam dari sisi makna rasional dan tujuan yang terkandung di sebalik teks.
- Sadd al-Dharī'ah* : Mencegah sesuatu yang dibolehkan karena apabila tidak dilarang maka akan menimbulkan kemafsadatan.
- Ta'aruf al-'Adillah* : Perlawanan antara kandungan salah satu dari dua dalil yang sama derajatnya dengan kandungan dalil yang lain.
- Takhayyur* : Memilih salah satu pendapat yang lebih relevan bagi masyarakat
- Takhsīṣ al-Qaḍā* : Menerapkan Hukum Islam melalui pengadilan dengan cara membatasi penerapan syariah pada aspek hukum perdata Islam yang menjadi kompetensi pengadilan.

- Talfiq* : Mengambil pendapat dari seorang mujtahid kemudian mengambil dari seorang mujtahid lain, baik dalam masalah yang sama maupun berbeda.
- Tarfih* : Memilih salah satu dalil yang terkuat
- 'Urf* : Setiap hal yang telah dibiasakan oleh masyarakat dan dijalankan terus-menerus baik berupa perkataan maupun perbuatan
- Zāhir* : Lafaz yang petunjuk maknanya jelas tetapi bukan yang dimaksud oleh konteks kalimat serta dapat menerima interpretasi makna lain.

Indeks

‘
‘Illat, 37, 38, 151, 189
‘Urf, 188

A

Al-An’ām, 162, 205
Al-Baqarah, 30, 31, 53, 123,
132, 140, 143, 144, 146,
147, 150, 166, 170, 172,
173, 187, 195, 207, 218,
219, 233, 259
Ali Hasaballah, 11
Al-Istidlāl, 156, 191
Al-Qiyās, 184, 200, 202, 204,
208
Al-Taftazānī, 55
An-Nūr, 194

B

Bustanul Arifin, 111

H

Ḥanābilah, 72
Ḥanafīyyah, 38, 39, 40, 41,
54, 58, 59
Hallaq, 3, 12, 23, 121, 163,
226, 260
Hashim Kamali, 15, 46, 47,
127, 205

I

Ibnu ‘Ashūr, 16

Indonesia, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8,
9

Irak, 79, 81, 131, 174, 229

Iran, 1, 78, 79, 81, 87, 91, 94,
97, 98, 100, 171, 174, 177

Islamic Law and Society, 124,
210

Istihsan, 205, 212

J

J.N.D Anderson, 76, 83

Jaser Audah, 15, 16, 67, 178

Jhon L. Esposito, 98

K

Khāfi, 29

KHI, 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 28,
69, 86, 101, 106, 108, 109,
110, 111, 113, 114, 115,
116, 117, 118, 119, 121,
122, 126, 127, 129, 135,
137, 139, 141, 142, 143,
144, 147, 148, 150, 152,
153, 155, 157, 158, 159,
160, 162, 163, 164, 167,
168, 169, 170, 172, 173,
175, 177, 178, 179, 180,
181, 182, 183, 185, 185,
187, 189, 190, 191, 191,
192, 194, 195, 197, 198,

200, 201, 202, 202, 203,
204, 205, 208, 209, 210,
211, 212, 213, 214, 216,
217, 218, 219, 220, 221,
222, 223, 224, 226, 227,
228, 229, 230, 231, 232,
233, 234, 235, 236, 237,
239, 240, 241, 242, 243,
244, 245, 246, 248, 249,
250, 251, 252, 253, 256,
257, 258, 259, 260, 261,
262, 263, 264, 265, 267,
268, 269

L

Libanon, 75, 134

M

Maroko, 5, 76, 85, 86, 90, 94,
98, 101, 108, 134, 140, 162,
166, 174

Maslaḥah, 184

Mazhab, 64, 87, 100, 101, 118

Mesir, 1, 2, 5, 11, 39, 44, 58,
72, 74, 83, 86, 87, 89, 90,
94, 96, 99, 108, 124, 130,
189, 209, 228, 256

Mufassar, 185

Muḥkām, 26, 185

Muḥkam, 185

Mujmal, 185

Mushkil, 185

N

Nas, 18, 28, 29, 32, 42, 54,
138, 184, 248, 254

Noel J. Coulson, 2, 3

P

Pakistan, 2, 72, 79, 83, 88, 91,
92, 93, 96, 97, 134, 171,
174, 238

Q

Qanūn, 70, 132

S

Sadd al-Dharī'ah, 42, 53, 63
Shāfi'iyah, 37, 39, 40, 41, 54
Sharakhṣī, 55
Siyāsah Shar'iyah, 85

T

Tahir Mahmood, 2, 73, 95,
96, 97, 131, 150, 160, 165

Takhayyur, 2, 84

Talfiq, 85

Tunisia, 1, 72, 75, 80, 134,
135, 165, 174, 186, 238

Turki, 1, 2, 5, 70, 72, 73, 74,
75, 86, 89, 91, 95, 100, 104,
108, 111, 134, 135, 174,
238

U

Uṣūl al-Fiqh, 11, 43, 53, 54,
121, 122, 184, 185, 194,
202

W

Wahbah az-Zuḥaiḫī, 199, 202,
217

Y

Yordania, 74, 75, 88, 90, 98,
100, 122, 134, 154, 165,
171, 174, 238

Yusūf al-Qarḏāwī., 272

Z

Zāhir, 185, 210
Zaidan, 144

Biografi Penulis



Dr. Wardah Nuroniyah, S.H.I, MSI, lahir pada 05 November 1981 di Mertapada Kulon, Astanajapura Kabupaten Cirebon Provinsi Jawa Barat.

Sekilas mengenai pendidikan formal Penulis yaitu menyelesaikan pendidikan Sekolah Dasar (MI Nurul Ikhwan Mertapada Kulon, Astanajapura, Cirebon-Jawa Barat) lulus pada tahun 1993. Sekolah Menengah Pertama (MTS Nurul Huda, Munjul Pesantren, Cirebon, Jawa Barat) lulus pada tahun 1996. Sekolah Menengah Atas (MAK Yayasan Ali Maksum Kranyak, Yogyakarta) lulus pada tahun 1999.

Pada tahun yang sama, Penulis meneruskan pendidikan strata satu (S1) di IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, Fakultas Syariah Jurusan Perbandingan Mazhab dan Hukum (PMH) dan meraih gelar sarjana pada tahun 2004. Selanjutnya pada tahun yang sama 2004, Penulis meneruskan studinya di Program Pascasarjana (PPS) UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, Program Studi Hukum Islam Konsentrasi Hukum Keluarga, lulus pada tahun 2006. Pada tahun 2012, penulis melanjutkan pendidikan strata tiga (S3) di Sekolah Pascasarjana (SPs) UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, Program Studi Pengkajian Islam Konsentrasi Syariah-Fikih dan meraih gelar doktor pada tahun 2016.

Selain pendidikan formal, Penulis juga mengenyam pendidikan non-formal di beberapa pondok pesantren, yaitu: Pondok Pesantren Nurul Huda Munjul Cirebon Jawa Barat tahun 1993-1996 dan Pondok Pesantren Yayasan Ali Maksum Kranyak

Yogyakarta tahun 1996-1999. Penulis dapat dihubungi melalui *wardah.faz@yahoo.com*.