

Dr. H.A. Khisni, SH. MH.

Hukum Islam

ANTARA TEKS DENGAN KONTEKS

(Studi Tentang Hukum Islam
Antara Normatif dengan Empiris
untuk Menggali Maqashid al-Syariah dalam
Upaya Mewujudkan Fikih Indonesia)

ISBN : 978-602-7252-29-0

HUKUM ISLAM

ANTARA TEKS DENGAN KONTEKS

(Studi Tentang Hukum Islam
Antara Normatif dengan Empiris
untuk Menggali Maqashid al-Syari'ah dalam
Upaya Mewujudkan Fikih Indonesia)

Perpustakaan Nasional
Katalog Dalam Terbitan (KDT)

ISBN. 978-602-7252-29-0

HUKUM ISLAM ANTARA TEKS DENGAN KONTEKS
(Studi Tentang Hukum Islam
Antara Normatif dengan Empiris
untuk Menggali Maqashid al-Syari'ah dalam
Upaya Mewujudkan Fikih Indonesia)

Oleh : H. A. Khisni, SH. MH.
14 x 20 ; vi + 132

Diterbitkan oleh
UNISSULA PRESS Semarang

Desain sampul dan tata letak : Dhipoer

Cetakan Pertama : Desember 2012

All Rights Reserved
Hak Cipta dilindungi Undang-Undang

KATA PENGANTAR

Puji syukur dipanjatkan kehadirat Allah SWT. Yang telah melimpahkan taufiq dan hidayah-Nya kepada kita semuanya. Amin. Dari pertolongan Allah jualah tulisan ini terhimpun menjadi buku yang kami beri judul: “ HUKUM ISLAM: ANTARA TEKS DENGAN KONTEKS (Studi tentang Hukum Islam antara Normatif dengan Empiris untuk Menggali *Maqashid al-Syari’ah* dalam Upaya mewujudkan Fikih Indonesia).

Sebagai seorang dosen di samping sebagai advokat khususnya bidang hukum Islam mulai tahun 1986 dalam pengalaman lapangan untuk penegakan hukum Islam di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama maupun Mahkamah Agung Bidang Lingkungan Peradilan Agama ditemukan adanya pergulatan ‘teks’ dengan ‘konteks’ dan/atau pergulatan”teologis-normatif” dengan “historis-empiris” merupakan suatu kenescayaan, karena hukum telah selesai

diundangkan yang bersifat normatif, deduktif sedangkan kehidupan masyarakat dalam bidang hukum bersifat dinamis, empiris, induktif dan kasuistis.

Dari situ pola pikir 'atas-bawah' saja tidak cukup untuk mewujudkan keadilan substansial, tetapi dibutuhkan pola pikir 'bawah-atas' untuk mempertimbangkan 'historitas' atau 'tarikhiyyat' sehingga hukum itu menyambung dengan kehidupan untuk mewujudkan keadilan.

Dari epistemologi di atas, maka dapat diketahui dan dipahami nuansa buku ini dalam penerapan ide hukum pada suatu kasus yang bersifat kasuistis dengan wujud mengembangkan teks undang-undang yang merupakan suatu keharusan, yang akhirnya suatu produk putusan hukum dari lembaga pengadilan merupakan produk hukum yang apabila sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap harus diakui dan ditaati dan produk hukum dari putusan pengadilan itu dapat disumbangkan kepada hukum nasional yang akhirnya dapat dipahami sebagai wujud 'fikih Indonesia'.

Tiada gading yang tak retak, demikianpun dalam tulisan ini, yang penting kita memulai dan ada wujudnya, mudah-mudahan termasuk 'ilm yuntafa'u bihi' kepada sesamanya. Amiin.

Wallahu 'alamu bi ash-shawwab.

Semarang, 25 Desember 2012

Khismi

DAFTAR ISI

Kata Pengantar	iii
BAB I Pengaruh Kehidupan Masyarakat Muslim Indonesia Terhadap Hukum Keluarga Islam Di Indonesia Dan Kontribusinya Terhadap Hukum Nasional	1
BAB 2 Penegakkan Hukum Keluarga Islam Bidang Hukum Kewarisan Dalam Pluralisme Agama Dan Kontribusina Terhadap Hukum Nasional.....	25
BAB 3 Ijtihad Progresif Dalam Penegakkan Hukum Positif Islam Di Pengadilan Agama Tentang Pembagian Harta Bersama	45
BAB 4 Kontroversi Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Perkawinan Di Bawah Tangan	65
BAB 5 Pengertian Dan Relevansi Ijtihad Dalam Pengembangan	83
BAB 6 Hukum Islam	83
BAB 7 Ijtihad Hakim Peradilan Agama	91
BAB 8 Pengembangan Hukum Materil Dan Yurisprudensi Pengadilan Agama	103

BAB 9	Hukum Kasus Dan Hukum Dalam Fungsi Mengatur	115
Daftar Pustaka	125

BAB

1

PENGARUH KEHIDUPAN MASYARAKAT MUSLIM INDONESIA TERHADAP HUKUM KELUARGA ISLAM DI INDONESIA DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL

Abstrak

Hukum itu dapat berubah karena perubahan waktu, tempat dan perubahan kehidupan (masyarakat). Demikian yang dialami oleh Hukum keluarga Islam dalam bidang hukum kewarisan pada tingkatan aplikasi di Mahkamah Agung RI bidang lingkungan Pengadilan Agama yang memutuskan: Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris) yang *menghijab* saudara laki-laki kandung Pewaris dan anak perempuan Pewaris tersebut mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari Pewaris. Putusan ini seakan-akan bertentangan dengan Pasal 176 KHI yang dinyatakan: “anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian ...”. Hal yang demikian merupakan hasil Ijtihad dalam upaya menangkap *ruh* atau *maqashid al-syari'ah* untuk menegakkan keadilan dengan pertimbangan hukum bahwa saudara laki-laki Pewaris tersebut tidak bertanggung jawab untuk menjamin nafkah dan kebutuhan lain kepada keponakannya, serta adanya

perubahan struktur sosial berupa “struktur keluarga” yang secara umum keluarga dalam masyarakat modern Indonesia cenderung menempatkan model “keluarga inti”, yaitu: Bapak, ibu dan anak, tanpa sanak saudara. Ini menjadi bentuk susunan keluarga yang standar dan diterima secara sosial. Dengan perkataan lain, keluarga inti merupakan model yang modern dalam masyarakat modern Indonesia.

Kata Kunci : Pengaruh, Ijtihad, Hukum Kewarisan, Hukum Nasional.

P E N D A H U L U A N

Latar Belakang Masalah.

Negara Indonesia sekarang ini sedang melaksanakan agenda reformasi hukum nasional, dan hukum Islam merupakan bagian atau sub sistem hukum nasional, sehingga agenda pembaharuan atau reformasi hukum nasional juga mencakup pengertian pembaharuan terhadap hukum Islam itu sendiri, dengan memperhitungkan faktor hukum Islam yang dapat dikontribusikan terhadap hukum nasional menuju masa depan yang diharapkan akan menjadikan hukum Islam sebagai suatu kesatuan sistem yang *supreme* dalam wadah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Dengan demikian, hukum Islam sebagai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat memiliki ciri khas tersendiri, di antaranya adalah hukum Islam bercorak responsip, adaptif dan dinamis¹

Reformasi hukum merupakan salah satu amanat penting dalam rangka pelaksanaan agenda reformasi nasional. Dalam agenda reformasi materi hukum tercakup keseluruhan sistem dalam komponen yang mencakup pengertian reformasi kelembagaan (*institutional reform*), reformasi perundang-undangan (*instrumental reform*) dan reformasi budaya hukum (*cultural reform*).² Berkaitan dengan reformasi materi hukum atau perundang-undangan (*instrumental*

1 Amir Mualim dan YUSDANI, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, Cet. 2, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. xii.

2 Jimly Asshiddiqie, “Hukum Islam di Antara Agenda Hukum Nasional,” *Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001*, hal. 7-8.

reform) ini dapat dilihat dalam semangat kebijakan penataan hukum nasional yang dirumus bahwa arah kebijakan mengenai hukum adalah menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.³

Berkaitan dengan itu, hukum Islam sebagai sumber hukum positif dalam reformasi hukum nasional, dapat dikatakan bahwa pembangunan hukum nasional secara garis besar bersumber pada (a)

hukum Adat, (b) hukum Agama (dalam hal ini hukum Islam), dan (c) hukum dari luar, khususnya dari dunia Barat.⁴ Lahirnya reformasi total di Indonesia menjadi kesempatan dan sekaligus tantangan bagi kajian hukum Islam yang harus mampu bersifat empiris dan realistik. Hukum Islam harus mampu berperan dan berdaya guna untuk keperluan kehidupan umat Islam dan bangsa Indonesia pada umumnya dan pada akhirnya menjadi tantangan bahwa Islam harus menunjukkan janji besarnya yaitu *rahmatan lil 'alamin* dan *li-tahqiq mashalih al-nas* (untuk memastikan terwujudnya kemaslahatan manusia).⁵

Pembangunan hukum merupakan bagian dari pembangunan nasional. Menurut Ismail Saleh, ada tiga dimensi pembangunan hukum nasional. Pertama adalah dimensi pemeliharaan, kedua dimensi pembaharuan, dan ketiga adalah dimensi penciptaan yang berarti dimensi dinamika dan kreativitas.⁶ Bertolak dari tiga dimensi pembangunan hukum nasional di atas dapat dikatakan bahwa 'pengagalian hukum' dan 'pengembangan hukum' merupakan bagian

3 GBHN Tahun 1999 (Bab IV. A. 2).

4 a. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum No. 54 thn. XII 2001*, hal. 74.

5 *Ibid.*, hal. 87.

6 Ismail Saleh, "Wawasan Pembangunan Hukum Nasional,"Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991, hal. 2-4.

dari dimensi kedua dan ketiga.

Ada dua cara yang lazim ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan peraturan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi. Pada saat ini dalam sistem apapun, putusan hakim (yurisprudensi) menduduki tempat yang sangat penting, dan pada putusan hakim (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkret.⁷ Pengembangan hukum Islam (*Tahrij al-ahkam 'ala nash qanun*) dalam putusan (Yurisprudensi) melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dapat sebagai sumber hukum dan ini relevan dalam hal bidang pembangunan materi hukum, melalui aturan baik tertulis maupun tidak tertulis yang berlaku dalam penyelenggaraan segenap dimensi kehidupan masyarakat, berbangsa dan bernegara, bersifat mengikat bagi semua penduduk.

Sehubungan dengan itu, pembaharuan dan pembentukan hukum kewarisan Islam selain dilakukan oleh pembentuk peraturan perundang-undangan (seperti hukum kewarisan dalam KHI) dapat juga dilakukan oleh hakim melalui ijtihad hakim Peradilan Agama. Ijtihad itu berupa pengembangan hukum Kewarisan dalam KHI untuk memecahkan dan memutus suatu perkara hukum kewarisan Islam yang tidak diatur dalam KHI. Melalui pengadilan, kekuasaan negara di bidang hukum Islam menjelma secara kongkret.⁸

Pemahaman terhadap KHI khususnya hukum kewarisan oleh hakim Peradilan Agama dalam penerapannya tidaklah bersifat absolut, tetapi relatif sesuai dengan sifat relatif manusia itu sendiri dan sifat relatif perkembangan sosial atau lebih khusus pengaruh kehidupan masyarakat muslim Indonesia yang mempengaruhi perkembangan hukum Islam khususnya hukum kewarisan.

7 Bagir Manan, "Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional," di dalam Yuhaya S. Praja, *Hukum Islam Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hal. 151.

8 *Ibid.*, hal. 134.

Berdasarkan latarbelakang masalah tersebut di atas, dipandang perlu diadakan suatu penelitian mengenai: “ PENGARUH KEHIDUPAN MASYARAKAT MUSLIM INDONESIA TERHADAP HUKUM KEKUARGA ISLAM DI INDONESIA DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam KHI).

Rumusan Masalah

Untuk mengangkat dan mempertajam pembahasan dalam penelitian ini, ruang lingkup penelitian diidentifikasi (ditentukan) mengenai hal-hal berikut.

- Wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum keluarga Islam bidang kewarisan dalam KHI dari pengaruh kehidupan masyarakat muslim Indonesia.
- Metode dan peran ijtihad dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum keluarga Islam bidang kewarisan dalam KHI dari pengaruh kehidupan masyarakat muslim Indonesia.
- Kontribusi terhadap hukum nasional atas putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum keluarga Islam bidang kewarisan dalam KHI dari pengaruh kehidupan masyarakat muslim Indonesia.

Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai dalam penelitian ini adalah: Secara umum untuk menemukan originalitas tentang pengembangan hukum yang ditemukan dalam putusan hakim dan kontribusinya terhadap hukum nasional. Adapun tujuan secara khusus adalah untuk mengkaji dan memahami wujud dan pertimbangan hukum, metode dan peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum keluarga Islam bidang kewarisan dalam KHI dari pengaruh

kehidupan masyarakat muslim Indonesia dan kontribusinya terhadap hukum nasional.

Manfaat Penelitian.

Diharapkan hasil penelitian ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum Islam, terutama ilmu pengetahuan hukum perdata Islam mengenai kewarisan dilihat dari sudut penerapan hukum Islam dengan melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi perkara (sengketa) yang harus dibuktikan di Peradilan Agama. Ini menyangkut hukum kasus, bukan dalam pemahaman pendekatan hukum dalam fungsi mengatur (perundang-undangan) yang bersifat netral, lepas dari konteks dan peristiwa.

Di samping itu, diharapkan juga dapat dijadikan bahan masukan bagi Hakim Peradilan Agama khususnya dan penegak hukum lain pada umumnya dalam melaksanakan tugas penegakan kebenaran dan keadilan. Secara pribadi penelitian ini diharapkan juga akan bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum perdata Islam bagi penulis, dalam rangka melaksanakan tugas sehari-hari sebagai pengajar hukum Islam pada Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISULA) Semarang.

METODE PENELITIAN

Metode Pendekatan.

Pendekatan dan Paradigma Penelitian. Untuk lebih dapat memahami ketentuan dalam hukum Islam mengenai kewarisan dengan mempelajari teks al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam kerangka pemikiran '*paradigma konstruktivisme*', maka pendekatan yang dipakai adalah normatif, dengan epistemologi '*ta'wil*' dan '*tafsir*'.

Obyek Penelitian.

Obyek Penelitian. Obyek penelitian ini ditetapkan melalui yurisprudensi (putusan) Mahkamah Agung RI sebagai puncak pencari keadilan dalam upaya kasasi. Walaupun hakim di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama ataupun di Mahkamah Agung dibekali buku pedoman khusus seperti KHI, belum tentu buku pedoman khusus itu dapat menjawab dan menyelesaikan semua perkara yang diajukan kepadanya karena masyarakat selalu berkembang.

Sumber dan Teknik Pengumpulan Data.

Sumber dan Teknik Pengumpulan Data. Sumber utama (primer) dari penelitian ini adalah putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung tentang hukum kewarisan. Sedangkan sumber data bahan sekunder diperoleh dari pemegang peran, yaitu para penegak hukum Islam khususnya para hakim agama. Mengingat tipe penelitian ini adalah normatif, teknik pengumpulan data dilakukan melalui studi pustaka, studi dokumen dan wawancara.

Analisis Data.

Analisis Data. Dalam upaya mensistematisasi dan mengkonstruksi data dalam bingkai analisis, data primer maupun sekunder yang telah terkumpul dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif. Penelitian ini, berdasarkan sifatnya merupakan penelitian kualitatif yang menggunakan pendekatan 'yuridis normatif' disebut juga penelitian hukum 'doktrinal' sedangkan analisis yang dilakukan berupa analisis 'normatif kualitatif'.⁹

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Wujud dan Pertimbangan Hukum dalam Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Keluarga Islam Bidang Kewarisan dalam KHI dari Pengaruh Kehidupan Masyarakat Muslim Indonesia .

9 Ronny Hanitoyo, *Metode Penelitian Hukum*, Cet. 1, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal. 9.

Kasus posisi latarbelakangnya sebagai berikut: Pewaris hanya meninggalkan 1 (satu) anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* (menutup) saudara kandung laki-laki pewaris, dan ia (anak perempuan pewaris tersebut) mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari ayahnya (pewaris).¹⁰ Yurisprudensi Mahkamah Agung RI di atas berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur'an maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menentukan bagian ahli waris secara *al-furud al-muqaddara* (bagian yang ditentukan secara pasti). Di dalam *QS. An-Nisa' (4)*: ayat 11 dinyatakan: “ Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta “. Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materiil yang digunakan sebagai hakim Peradilan Agama dalam bab III tentang Besarnya Bahagian. Pasal 176 dinyatakan: “ Anak perempuan bila hanya seorang ia mendapatkan separoh bagian “. Adapun kerangka teori untuk menganalisis kasus ini adalah “teori penemuan atau pengembangan hukum” yang disebut Ijtihad baik *istinbaty* maupun *tatbiqy*.

Berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, saudara kandung dari Pewaris mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama untuk dapat menerima dan mengadili serta memberikan putusan antara lain menetapkan saudara laki-laki dari Pewaris sebagai ahli waris dan menetapkan harta peninggalan yang belum dibagi untuk dilakukan pembagian warisan. Proses persidangan dilakukan melalui Pengadilan Agama Mataram, yang memutuskan: “bahwa saudara laki-laki Pewaris mendapatkan pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau terdinding oleh anak perempuan Pewaris. dilanjutkan banding ke Pengadilan Tinggi Agama dan dilakukan pula kasasi.

10 *Putusan Pengadilan Agama Mataram*: No. 85/Pdt.G/92/V/PA.MTR, tanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H., Jo. *Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram*: No. 19/Pdt.G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H., Jo. *Putusan Mahkamah Agung RI*: No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

Atas putusan Pengadilan Agama tersebut di atas, Tergugat (anak perempuan Pewaris) melakukan banding ke Pengadilan Tinggi Agama Mataram yang mengadili, memutuskan: “Menguatkan putusan Pengadilan Agama Mataram sebagian dan membatalkan sebagian lainnya dan mengadili sendiri, sehingga berbunyi selengkapnya sebagai berikut “Menetapkan bagian masing-masing ahli waris, yaitu anak perempuan Pewaris (Tergugat I) mendapat 1/2 (setengah) dari harta warisan Pewaris dan saudara laki-laki Pewaris mendapat *ashabah* (1/2 bagian) dari harta warisan Pewaris. Jadi putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama sama-sama memutuskan bagian warisan antara anak Perempuan Pewaris dan saudara laki-laki kandung Pewaris. Dengan demikian anak perempuan Pewaris tidak menghalangi (*memahjub*) saudara kandung Pewaris.

Pandangan Mahkamah Agung RI berbeda dengan pandangan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Dalam hal ini, Mahkamah Agung berpendapat, bahwa: Pengadilan tinggi Agama telah salah dalam menerapkan hukum karena mendudukan saudara laki-laki kandung Pewaris sebagai *ashabah* yang sama dengan anak perempuan Pewaris, dalam hal ini kedudukannya tidak dapat disejajarkan dengan pamannya (saudara laki-laki kandung dari Pewaris) selaku ahli waris yang sama-sama menerima warisan dari Pewaris.

Dengan demikian, menurut pandangan Mahkamah Agung, bahwa keberatan Pembanding dapat dibenarkan, karena Pengadilan Tinggi Agama telah salah menerapkan hukum. Menurut Mahkamah Agung berpendapat, bahwa selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris, “kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup” (*terhijab*). Menurut Mahkamah Agung pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata “*walad*” pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan.

Dalam pertimbangan Mahkamah Agung tersebut di atas terdapat suatu pendapat bahwa saudara laki-laki dari Pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau terhalang oleh anak perempuan Pewaris. Mereka berserikat atas harta peninggalan Pewaris. Pendapat inilah yang populer di kalangan para ahli hukum Islam dan menurut ahli *tafsir al-Qurtubi* dalam buku tafsirnya *al-jami' li ahkam al-Qur'an*, pendapat tersebut merupakan pendapat mayoritas ulama'.¹¹

Permasalahan sekarang adalah apa yang dimaksud dengan kata "*walad*" (anak) dalam anak tersebut yang *menghijab* atau menjadi penghalang bagi saudara laki-laki kandung Pewaris untuk mendapatkan warisan. Menurut pendapat mayoritas ulama', seperti yang dikemukakan oleh Qurtubi di atas, bahwa yang dimaksud dengan "*walad*" (anak) dalam ayat tersebut adalah khusus anak laki-laki tidak mencakup anak perempuan. Dengan demikian keberadaan anak perempuan tidak mendinging (*menghijab*) saudara kandung laki-laki dari Pewaris sehingga masing-masing mereka mendapat bagian dari harta peninggalan Pewaris itu.

Berbeda dengan penafsiran tersebut di atas, Ibnu Abbas seorang sahabat Rasulullah, berpendapat bahwa yang dimaksud dengan kata "*walad*" (anak) dalam ayat tersebut di atas mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Pendapat ini sejalan dengan *mazhab Zahiri*. Alasan mereka antara lain adalah bahwa kata "*walad*" (anak) dan yang seakar dengannya dipakai dalam al-Qur'an bukan saja untuk anak laki-laki tetapi juga untuk anak perempuan. Misalnya dalam QS. *An-Nisa'* (59): ayat 11, Allah berfirman dengan memakai kata "*aulad*" (kata jama' dari kata "*walad*" yang artinya: "Allah mewajibkan bagi kamu tentang "*aulad*" (anak-anakmu), buat seorang laki-laki (adalah seperti bagian anak perempuan").

11 Satria Effendi M. Zein, "Analisis Fiqh," dalam *Mimbar Hukum No. 30 Thn. VIII 1997*, hal. 108.

Kata “*walad*” dalam ayat tersebut mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Sejalan dengan pengertian tersebut, maka kata “*walad*” dalam ayat 176 *Surat an-Nisa’* tersebut di atas, menurut mereka juga mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing melindungi (*memahjub*) saudara kandung Pewaris dari mendapatkan atau mewarisi harta peninggalan Pewaris.

Syari’at Islam mengatur masalah-masalah kehidupan sosial yang sangat global dan tidak rinci, membawa ajaran-ajaran berupa pesan-pesan moral, prinsip-prinsip umum dan ajaran-ajaran pokok yang sangat universal. Ajaran-ajaran inilah yang bersifat abadi, tidak akan berubah dan tidak boleh diubah, seperti menegakkan keadilan, kecuali bidang *ibadah mahdalah* yang bersifat rinci aturannya. Andaikata *syari’at* Islam dalam bidang sosial aturan ajarannya bersifat rinci yang harus mengikat setiap waktu dan tempat akan mengekang gerak langkah dan akan berbenruran dengan dinamika masyarakat. Hal seperti ini bertentangan dengan keuniversalan al-Qur’an.

Hukum-hukum yang bersifat teknis itu bersifat temporer, karena pembentukannya berdasarkan pertimbangan adat-istiadat atau budaya Arab pada waktu ayat diturunkan. Kalau dikaitkan dengan penerapan pada ketentuan-ketentuan kadar pembagian harta warisan dalam al-Qur’an, maka ketentuan anak laki-laki (unpamanya) berhak mendapat dua kali pembagian anak wanita hanya relevan dengan masyarakat yang kulturnya dengan kultur masyarakat masa ayat diturunkan.¹² Sesuai pada polapikir aliran ini,¹³ Ketentuan ayat seperti itu dapat ditelusuri mengapa ketentuan itu dibentuk seperti demikian? Dalam masyarakat pada waktu al-Qur’an diturunkan, demikian menurut aliran ini, “tanggung jawab memberi nafkah” dipikul oleh pihak laki-laki, baik terhadap saudara perempuannya yang pada suatu saat membutuhkannya, maupun terhadap anak istrinya. Oleh karena

12 Hasil Wawancara dengan Rozikhan, Ulama Muhammadiyah, Wakil Ketua PW Jawa Tengah, pada tanggal 2 Januari 2010.

itu wajar bila pembagian anak laki-laki lebih banyak dari pembagian anak perempuan dari harta peninggalan orang tua mereka.

Ketentuan seperti itu sudah tidak lagi cocok untuk diterapkan terhadap masyarakat di mana soal “tanggung jawab memberi nafkah” tidak lagi atau bukan hanya dipikul oleh pihak laki-laki. Dalam hal ini, akal sehat hendaklah mempertimbangkan bagaimana merumuskan ketentuan baru yang sesuai dengan kultur masyarakatnya. Dalam rumusan hukum ketentuan baru itu, menurut pola pikir ini, yang harus dipedomani adalah “*ruh syari’at*” atau “pesan moral” seperti nilai keadilan, meskipun akan berakibat terabaikannya ketentuan-ketentuan dalam bunyi teks ayat-ayat al-Qur’an.

Jika ketentuan dalam ayat-ayat itu memang perlu dianggap sebagai hukum-hukum yang dapat ditelusuri alasan atau “*illat*” pembentukan hukumnya seperti dikemukakan oleh aliran di atas, maka perlu disadari bahwa apa yang dianggap sebagai *illat* hukum itu yaitu: “tanggung jawab laki-laki untuk menjamin nafkah” saudara-saudara perempuannya yang sedang dalam kesulitan dan nafkah anak dan istrinya, adalah juga ajaran Allah yang harus ditaati dan dilestarikan.

Adanya kenyataan kerjasama dalam mencari nafkah antara suami istri atau adanya saudara perempuan yang tidak memerlukan bantuan saudara laki-lakinya tidak berarti telah mengubah posisi laki-laki sebagai kepala keluarga yang bertanggung jawab. Oleh karena itu, jika hendak menghindarkan kesenjangan yang dikhawatirkan itu, maka jalan keluarnya bukan dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan teks al-Qur’an, tetapi dengan cara memperlakukan hukum kewarisan itu oleh penguasa dalam suatu masyarakat hendaknya secara serentak dengan memperlakukan hukum *nafaqat* (hukum yang mengatur hal *ihwal nafkah*). Bila mana dua bagian itu serentak diperlakukan, bila ada yang mengabaikan kewajibannya, maka pihak yang merasa dirugikan bisa menuntut haknya di pengadilan. Pihak yang mengabaikan kewajibannya patut mendapat hukuman. Adanya suatu

hukuman berarti adanya suatu pelanggaran dan adanya pelanggaran hendaknya diluruskan.

Dari posisi kasus di atas tidak dapat dilepaskan dari ketentuan hukum waris dan pelaksanaannya. QS. *An-Nisa'* (4): ayat 11, ayat ini membatalkan kebiasaan di awal Islam di mana dengan perjanjian orang dapat saling mewarisi. Menurut riwayat sebab *nuzulnya*, ayat ini juga membatalkan kebiasaan orang Arab yang tidak memberikan bagian kepada ahli waris wanita seperti istri dan anak wanita, bahkan juga kepada anak laki-laki jika masih kecil.

Kehidupan masyarakat muslim atau lebih tegasnya struktur sosial dapat mempengaruhi dalam hukum waris Islam. Dalam masyarakat Arab yang menganut sistem kekerabatan *patrilineal*, maka aturan pemberian bagian lebih kepada laki-laki memang sesuai dan berfungsi positif dalam melestarikan sistem kekerabatan itu. Tetapi masyarakat muslim di dunia ini tidak selamanya harus berstruktur kekerabatan *patrilineal*.

Dalam masyarakat modern yang cenderung memberikan kesempatan seimbang kepada laki-laki dan wanita (struktur masyarakat *bilateral*), maka wajar kalau aspirasinya mengenai hak dan kewajiban seimbang, dalam hal ini termasuk hak dalam warisan. Dengan demikian timbul suatu pertanyaan, apakah hukum waris itu dapat berubah, karena pengaruh kehidupan masyarakat muslim atau karena perubahan struktur sosial. Ternyata memang demikian, bahwa hukum waris itu, sekurang-kurangnya dalam pelaksanaannya bukan hanya dapat berubah karena struktur sosial, tetapi sebab yang lebih kecil yaitu: "struktur keluarga".

Secara umum keluarga dalam masyarakat modern Indonesia cenderung menempatkan model "keluarga inti", yaitu: "bapak, ibu dan anak" tanpa sanak saudara. Ini "menjadi bentuk susunan keluarga yang standar dan diterima secara sosial". Dengan perkataan lain, keluarga inti merupakan model yang modern dalam masyarakat industri. Masyarakat modern Indonesia terutama di kota-kota telah pula

mengenal bahkan pula menerapkan model keluarga inti demikianpun di pedesaan. Keadaan seperti ini terjadi di manapun, di negara-negara yang sedang membangun termasuk Indonesia yang kini berada dalam periode peralihan dari masyarakat agraris ke masyarakat industri.

Mengingat dalam kasus posisi di atas, selagi ada anak maka melindungi (*memahjub*) saudara kandung Pewaris. Dengan melihat struktur keluarga inti di atas, saudara kandung Pewaris tidak memiliki tanggung jawab apapun terhadap keponakannya, sebab ia mempunyai tanggung jawab sendiri terhadap keluarga intinya masing-masing. Jadi walaupun al-Qur'an dinyatakan secara *sharih*, seperti: "*wain kanat wahidatan falaha al-nishfu*" rupanya yang penting dalam hal ini ditegakkannya keadilan dan bukan pernyataan *sharif al-Qur'an*. Pelajaran yang dapat diambil dari kasus seperti ini ialah bahwa struktur keluarga ikut mempengaruhi pembentukan ketentuan *sharih al-Qur'an*, sedangkan kenyataan struktur keluarga itu sendiri sepenuhnya berada di tangan Tuhan. Jadi ternyata aturan hukum yang sudah *sharih* dalam al-Qur'an mengenai waris itu terkadang tidak sepenuhnya dapat diterapkan dan kemudian harus dimodifikasi dengan *ijtihad*, karena adanya hukum lain yang juga datang dari Allah, yaitu: "kenyataan struktur keluarga".

Dari hal itu, hukum waris Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tetap dilakukan *ijtihad* berupa menafsirkan hukum waris Islam dengan mengakomodir hukum Adat seperti cucu dapat menggantikan kedudukan ayahnya dalam mewarisi kakeknya atau neneknya dengan cara memperoleh sebagai "ahli waris pengganti". Dalam kitab-kitab fikih klasik ketentuan demikian tidak ada, karena warisan itu pada dasarnya hanya untuk ahli waris yang masih hidup. Demikianpun KHI memberi hak kepada anak angkat atau orang tua angkat, sedangkan al-Qur'an jelas-jelas tidak mengakui keberadaan anak angkat atau orang tua angkat karenanya tidak mempunyai akibat hukum. Akan tetapi anak angkat atau orang tua angkat mendapat warisan karena melalui konsep "*wasiat wajibah*".

Dari kasus posisi di atas, dapat dinyatakan bahwa keberadaan hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* itu dapat berubah menjadi *dhanny* pada tingkat penerapan (*aplikasi*) melalui putusan Pengadilan Agama. Hal ini wajar karena Pengadilan Agama di samping sebagai “institusi hukum” juga sebagai “institusi sosial”. Sebagai institusi sosial, peran Pengadilan Agama (para hakimnya) harus dapat mengakomodir perkembangan sosial (teori kausalitas, teori *nasakh*). Hukum waris termasuk hukum *mu'amalah*, maka dapat dikembangkan (terbuka) sesuai alasannya (teori ajaran non dasar, *teori ta'aqquli*). Orientasi penerapan hukum waris adalah keadilan dan pada tingkat penerapan di pengadilan itu yang dihadapi adalah hukum kasus. Dalam hukum kasus yang dihadapi pengadilan, yaitu kasus berbeda-beda dan nuansapun berbeda-beda pula, sehingga putusan berbeda pula (teori *illat hukum*, teori rasionalitas). Dengan kata lain, bahwa hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* atau *ta'abbudi* pada tingkat pelaksanaan (*tanfidz*) bisa *dhanny* atau *ma'qulat al-ma'na* untuk mewujudkan keadilan sebagaimana yang dikehendaki oleh *Al-Syari'*.

Metode dan Peran Ijtihad dalam Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Keluarga Islam Bidang Kewarisan dalam KHI dari Pengaruh kehidupan Masyarakat Muslim Indonesia.

Dalam rangka penegakan hukum dan keadilan, maka tugas pokok hakim Peradilan Agama, yaitu berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang waris sebagai salah satu wewenang absolutnya. Dalam proses mengadili, hakim wajib berpedoman pada hukum formil (keadilan prosedural) dan hukum materil (keadilan substansial). Penguasaan materi hukum oleh hakim diperlukan sebagai alat yang berorientasi pada pertimbangan *legal justice*. *Moral justice* dan *social justice*, di samping harus sinkron dengan tingkah laku yang jujur, adil dan moralitas.

Dari putusan Mahkamah Agung yang menyatakan: “Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli) waris (ahli waris) yang *menghijab* saudara kandung laki-laki Pewaris, dan ia (anak perempuan) Pewaris tersebut mendapatkan seluruh harta warisan dari ayahnya (Pewaris). Putusan Mahkamah Agung di atas seolah-olah bertentangan dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa: “anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian ...”.

Adapun pertimbangan hukum Mahkamah Agung dari kasus posisi di atas, yaitu: “selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Perbedaan antara norma hukum yang terdapat dalam perundang-undangan dengan putusan Mahkamah Agung di atas hal yang demikian itu dimungkinkan, karena di antara watak hukum Islam adalah *harakah* atau dinamis, di mana hukum Islam mempunyai kemampuan untuk bergerak dan berkembang, memiliki daya hidup dan dapat pula membentuk diri sesuai dengan perkembangan zaman.

Dalam dinamika perkembangan itu, hukum Islam mempunyai kaidah asasi yang merupakan sumber hukum Islam yang ke tiga, yaitu: *al-ra'yu* (pemikiran) dengan metode *ijtihad* yang dapat menjawab tantangan zaman dan memenuhi harapan dengan tetap memelihara “ruh Islam” dan hukum Islam yang tidak dapat dilepaskan dengan “*maqashid al-syari'ah*” bahwa Islam dan hukum Islam itu pasti menciptakan “*jalbu al-mashalih wa dar'u almafasiid*” (mendatangkan kebaikan dan menolak keburukan” dan ujung-ujungnya memberikan keadilan.

Dari hasil penelitian dan analisis dapat dikemukakan bahwa hakim mempunyai peranan penting untuk melakukan *ijtihad* dalam rangka pengembangan hukum materiil Peradilan Agama yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) khususnya buku II tentang Hukum Kewarisan. Hal ini merupakan terobosan yang selama

ini belum pernah dilakukan atau dikenal dalam praktek di lingkungan Peradilan Agama karena seakan-akan bertentangan secara teks dengan al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Metode Ijtihad hakim Peradilan Agama untuk memutuskan kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dengan teori "*maqashid al-syari'ah*" dengan metode "*istihsan*" dan "*maslahat*". Di samping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikan atau menerapkan hukum pada kasus-kasus tertentu, maka bentuk ijtihadnya adalah "*ijtihad tatbiqi*" di samping "*ijtihad istinbati*".

Ijtihad mengandung arti mencurahkan kemampuan atau upaya sungguh-sungguh dalam memecahkan persoalan yang berat dan sulit baik secara *hissi* (pisik) atau secara *maknawi* (non fisik). Adapun berkaitan dengan kasus ini, bahwa hakim Peradilan Agama melakukan ijtihad dalam rangka memberikan penjelasan dan penafsiran terhadap *nash* dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam upaya mengembangkan *teks* (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*) untuk mencapai *maqashid al-syari'ah*, yaitu: keadilan (aspek filosofis) dan kemanfaatan (aspek sosiologis).

Maqashid al-syari'ah dapat diartikan tujuan hukum Islam. Tujuan hukum Islam yang diturunkan oleh Allah SWT. yaitu *kemaslahatan* umat manusia. Bagaimana kandungan hukum Allah itu dapat diekspresikan dengan aspirasi hukum manusia yang manusiawi. Bahwa kandungan *maqashid al-syari'ah* adalah *kemaslahatan*. Kemaslahatan itu melalui analisis *maqashid al-syari'ah* tidak hanya dilihat dalam arti teknis belaka, akan tetapi dalam upaya dinamika dan pengembangan hukum dilihat sebagai suatu yang mengandung nilai filosofis dari hukum-hukum yang disyariatkan Allah terhadap manusia.¹⁴

14 Asfari Jaya Bakti, *Konsep Maqashid al-Syari'ah menurut Al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa Ini*, (Jakarta: Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, 1994), hal. 96..

Bertitik tolak dari obyek ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus di atas, terdapat 2 (dua) corak penalaran dalam upaya menerapkan *maqashid al-syari'ah*, yaitu corak penalaran *ta'lili* dengan bentuk *istihsan* dan corak penalaran *ta'lili* dalam bentuk *istislahi*. Corak penalaran *ta'lili* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penentuan 'illah-'illah hukum yang terdapat dalam suatu *nash*. Perkembangan corak penalaran *ta'lili* ini didukung oleh suatu kenyataan bahwa *nash al-Qur'an* maupun *as-sunnah* dalam penurunannya dalam suatu hukum sebagian diiringi dengan penyebutan 'illah-'illah hukumnya. Atas dasar 'illat yang terkandung dalam suatu *nash*, permasalahan-permasalahan hukum yang muncul diupayakan melalui penalaran terhadap 'illah yang ada dalam *nash* tersebut. Adapun corak penalaran *istislahi* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada prinsip-prinsip *kemaslahatan* yang disimpulkan dari al-Qur'an dan as-Sunnah.

Peran ijtihad hakim Peradilan Agama dapat dikaitkan dengan peran Peradilan Agama itu sendiri, di samping sebagai "institusi hukum" juga sebagai "institusi sosial". Peran Pengadilan Agama sebagai institusi sosial, yaitu mengakomodir dinamika perkembangan sosial dari aspek hukum yang berakibat putusan hakim Pengadilan Agama mempunyai nilai keadilan (aspek filosofis) dan nilai manfaat (aspek sosiologis). Dari sini penemuan hukum mutlak diperlukan, apalagi adanya perkembangan kehidupan (termasuk perkembangan hukum keluarga Islam di Indonesia).

Hukum secara empirik bukan merupakan hal yang statis, tetapi selalu mengikuti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Oleh karena itu melalui putusannya seyogyanya hakim tidak menjatuhkan putusan-putusan yang tidak bumi, dengan kata lain tidak bermanfaat bagi masyarakat.¹⁵ Maka dapat dikatakan

15 Achmad Ali, "Eksistensi Hakim dalam Menegakkan Hukum di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001*, hal. 66.

bahwa Peradilan Agama merupakan “institusi yang dinamis”, sebagai institusi yang menata kembali masyarakat, menginterpretasikan teks-teks undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam konteks masyarakat serta perubahan-perubahannya.

Kontribusi terhadap Hukum Nasional atas Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Keluarga Islam Bidang Kewarisan dalam KHI dari Pengaruh Kehidupan masyarakat Muslim Indonesia.

Setelah Membaca kasus posisi di atas, dapat disimpulkan bahwa yang menjadi masalah pokok dalam sengketa harta warisan tersebut adalah mengenai ada tidaknya hubungan ahli waris dari saudara kandung laki-laki orang yang meninggal dunia (Pewaris) apabila orang yang meninggal dunia (Pewaris) itu hanya mempunyai atau meninggalkan satu anak perempuan saja. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram mangadili: Memutuskan bagian masing-masing bahwa anak perempuan Pewaris mendapatkan $\frac{1}{2}$ bagian, dan saudara laki-laki kandung Pewaris mendapatkan $\frac{1}{2}$ bagian dari harta warisan Pewaris. Dari pertimbangan dan putusan tersebut dapat disimpulkan bahwa saudara laki-laki kandung Pewaris mendapat harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian saudara laki-laki kandung Pewaris tidak *terhijab* (terdinding) oleh anak perempuan Pewaris.

Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram tersebut telah dibatalkan. Dalam pertimbangan hukumnya, bahwa Mahkamah Agung berpendapat: “selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata “*walad*” pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan.

Dari kasus posisi di atas terdapat pengembangan hukum kewarisan Islam dalam putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, yaitu: anak perempuan dari Pewaris adalah menutup saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan warisan.

Setelah menganalisis kasus posisi di atas, dapat ditarik wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dari putusan Mahkamah Agung RI. bidang hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) khususnya hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris menjadi tertutup (*terhijab*) karena ada anak laki-laki maupun perempuan.

Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Bab II tentang Ahli Waris, Pasal 174 dinyatakan: (1) Kelompok ahli waris terdiri dari (a) menurut golongan darah: golongan laki-laki terdiri dari ayah, anak laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan terdiri dari: ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek. Menurut golongan perkawinan terdiri dari duda dan janda. (2) apabila semua ahli waris ada, yang berhak mendapatkan warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda. Dalam Pasal 174 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam (KHI) tersebut dalam penjelasan pasal demi pasal dinyatakan cukup jelas.

Apabila diteliti lebih lanjut dari bunyi Pasal 174 ayat (2) KHI dinyatakan bahwa apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda. Ahli waris ini merupakan ahli waris utama, artinya selagi masih ada anak, ayah, ibu, janda atau duda, harta warisan jatuh kepadanya, dan bisa melindungi ahli waris lainnya.

Kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam KHI adalah kata "*aulad*" mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki dan anak perempuan masing-masing melindungi (*mamahjub*) saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Kontribusi yang dapat diberikan melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan

hukum kewarisan dalam KHI terhadap hukum nasional, yaitu: “anak perempuan Pewaris, *menghijab* saudara laki-laki Pewaris dan ia mendapat seluruh harta warisan Pewaris”.

Putusan Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur'an, maupun Kompilasi Hukum Islam yang dinyatakan, bahwa: “jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ... “. Kaidah hukum yang dapat diambil dari putusan Mahkamah Agung di atas, yaitu: bahwa pengertian kata “*walad*” dan “*aulad*” mencakup anak laki-laki dan perempuan. Putusan Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama ini, merupakan penggalian dari ajaran atau hukum Islam atau penetapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk asas atau prinsip hukum yang bersumber dari ajaran atau prinsip serta pesan tata nilai religius, yang merupakan cara pikir rakyat dan bangsa Indonesia. Di samping itu, putusan Mahkamah Agung tersebut merupakan pembentukan kaidah hukum, yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Selain itu, putusan Mahkamah Agung tersebut melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) sistem hukum nasional, sehingga tidak ada lagi dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan, dan produk hukum Islam yang menjadi milik dan dinikmati orang Islam Indonesia saja, tetapi dapat pula dinikmati oleh agama lain selain Islam, yang dinamakan hukum nasional.

PENUTUP

Berdasarkan analisis kualitatif dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif, serta paradigma studi *konstruktivisme* dengan penelitian mengangkat judul: “Pengaruh Kehidupan Masyarakat Muslim Indonesia terhadap Hukum Keluarga Islam di Indonesia dan kontribusinya terhadap Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam KHI)”, maka dapat disimpulkan sebagai berikut.

A. Simpulan

Wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum keluarga Islam bidang hukum kewarisan dalam KHI dari pengaruh kehidupan masyarakat muslim Indonesia adalah: (1) wujud ijtihad, yaitu: Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki Pewaris, dan ia (anak perempuan Pewaris tersebut) mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari Pewaris, (2) Pertimbangan hukum ijtihad, yaitu: selama masih ada anak maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris, kecuali orang tua, suami, istri menjadi tertutup (*terhijab*). Mahkamah Agung RI mengikuti pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata "*walad*" dalam QS. *An-Nisa'* (4):176, yang berpendapat pengertiannya mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan.

Metode dan peran ijtihad dalam putusan hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum keluarga Islam bidang kewarisan dalam KHI dari pengaruh kehidupan masyarakat muslim Indonesia adalah: (1) metode ijtihad yaitu *maqashid al-syari'ah* dengan metode *istihsan* dan metode *maslahat*, dan (2) peran ijtihad sangat urgen dalam upaya melaksanakan tugas sebagai penegak hukum dan keadilan dengan menghali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat serta mengakomodir perkembangan hukum keluarga Islam.

Kontribusi terhadap hukum nasional dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum keluarga Islam bidang kewarisan dalam KHI dari pengaruh kehidupan masyarakat muslim Indonesia adalah selama masih ada anak laki-laki atau anak perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*termahjub*).

B. Saran-saran

Kompilasi Hukum Islam (KHI) khususnya bidang hukum kewarisan telah selesai diundangkan (*an-nushush mutanahiyah*), tetapi kehidupan keluarga muslim dalam bidang hukum keluarga pada umumnya dan khususnya bidang hukum kewarisan tidak pernah selesai (*al-waqa'iq ghairu mutanahiyah*), berkembang dan dinamis, maka KHI perlu dikembangkan melalui putusan (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*), via Ijtihad hakim Peradilan Agama dalam upaya menjawab perkembangan zaman.

Perlu mengoptimalkan putusan (yurisprudensi) dari Peradilan Agama sebagai wujud pengembangan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang ditransformasikan menjadi hukum nasional, sehingga dapat melahirkan ajaran hukum menurut Islam menjadi sistem hukum nasional yang dapat dinikmati seluruh masyarakat tanpa membedakan agama.

BAB

2

PENEGAKKAN HUKUM KELUARGA ISLAM BIDANG HUKUM KEWRISAN DALAM PLURALISME AGAMA DAN KONTRIBUSINA TERHADAP HUKUM NASIONAL

ABSTRAK

Secara yuridis-teologis–filosofis perbedaan agama merupakan salah satu penghalang seorang untuk menjadi ahli waris. Di sisi lain secara empiris-historis – sosiologis tidaklah demikian, karena adanya *illat* atau alasan lain yang memungkinkan seseorang berlainan agama untuk mendapatkan warisan dari Pewaris yang beragama Islam dengan mempertimbangkan faktor keadilan. Merupakan tindakan yang *makruf* konstruksi “*wasiat wajibah*” kepada kerabat yang membutuhkan dan berorientasi kepada nilai-nilai kemanusiaan, kemanfaatan dan *kemaslahatan* sangat perlu direalisasikan dalam kehidupan masyarakat yang pluralis beragamanya, dan yang demikian dapat dikontribusikan terhadap hukum nasional yang merupakan hasil ijtihad berupa pengembangan *teks* Kompilasi Hukum Islam (KHI) (*tahrij al-ahkam ‘ala nash al-qanun*) sebagai wujud penemuan hukum

Kata Kunci: Penegakan, Kewarisan, Pluralisme Agama, Hukum Nasional.

PENDAHULUAN

Latar Belakang Masalah

Hukum Islam adalah salah satu aspek ajaran Islam yang menempati posisi penting dalam pandangan umat Islam, karena ia merupakan manifestasi paling kongkrit dari Islam sebagai suatu agama. Mustahil memahami Islam tanpa memahami hukum Islam.¹ Di dalam diri Islam terdapat dimensi hukum yang disebut syari'ah. Syari'ah merupakan ruang ekspresi pengalaman agama yang paling penting bagi kaum muslimin dan merupakan obyek refleksi utama mengenai al-Qur'an dan teladan ideal Nabi Muhammad SAW. (*as-Sunnah*). Syari'ah mempresentasikan sistem nilai keagamaan yang menjadi kerangka rujukan bagi tingkah laku dan perbuatan setiap muslim.

Terdapat empat langkah dalam melaksanakan syari'ah, yaitu (1) langkah *hermeneutis*, (2) langkah sosialisasi, (3) langkah politik, dan (4) langkah penegakan.² Walaupun dalam praktik hukum Islam belum dapat berperan secara menyeluruh dan penuh, namun ia tetap memiliki arti yang besar bagi pemeluknya dengan dasar antara lain, ia turut menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan mereka, minimal dengan menetapkan apa yang dianggap baik dan buruk. Keseluruhan pandangan hidup umat Islam ditentukan oleh tanggapan masing-masing atas tata nilai tersebut yang pada gilirannya berpengaruh atas pilihan segi-segi kehidupan yang dianggap penting dan atas cara mereka memperlakukan masa depan mereka sendiri.³

1 Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Cet. 1 (London: The Clarendon Press, 1977), hal. 1.

2 Syamsul Anwar, *Studi Hukum Islam Kontemporer*, Cet. 1 (Yogyakarta: Cakrawala Press, 2006), hal. 4-10.

3 Abdurrahman Wahid, *Muslim di Tengah Pergumulan*, (Jakarta: LEPPENAS, 1981), hal. 66.

Sebagai konsekuensi negara yang berdasarkan jati dirinya berdasarkan hukum, maka hukum itu berlaku kalau didukung oleh 3 (tiga) tiang utama, yaitu: (1) lembaga atau penegak hukum yang dapat

diandalkan, (2) peraturan hukum yang jelas, dan (3) kesadaran hukum masyarakat.⁴ Ketiga tiang utama itu merupakan satu sistem yang saling kait mengkait dan tidak dapat dipisahkan antara bagian satu dengan bagian lainnya. Bertitik tolak dari kebijakan pembangunan nasional bidang hukum yang menyangkut materi hukum, aparatur hukum, serta sarana dan prasarana hukum, budaya hukum dan hak asasi manusia. Kesemuanya antara tiga tiang utama pendukung berlakunya negara hukum sebagai kebijakan pembangunan nasional bidang hukum sangat relevan dan urgen.⁵

Pembangunan bidang materi hukum termasuk materi hukum Islam diarahkan pada terwujudnya sistem hukum nasional yang mengabdikan kepada kepentingan nasional dengan menyusun materi hukum secara menyeluruh khususnya penyusunan produk hukum baru atau pembentukan hukum, pengembangan hukum, penyusunan kerangka hukum nasional serta penginventarisasian dan penyusunan unsur-unsur tatanan hukum yang berlaku dengan sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan Undang-undang 1945.

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi. Pada saat ini, dalam sistem hukum apapun putusan hakim (yurisprudensi) menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam putusan hakim (yurisprudensi) itu orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkret. Di samping itu sesuai dengan fungsi hakim, melalui

4 Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya," di dalam Yuhaya S. Praja (ed), *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hal. 87.

5 Kebijakan Pembangunan Hukum Nasional dalam Garis-garis Besar Haluan Negara (TAP No. II/MPR/1993) yang menyangkut materi hukum, aparatur hukum serta sarana dan prasarana hukum. Demikian juga dinyatakan dalam GBHN 1989 yang disusun dan ditetapkan oleh MPR dalam sidang umum bulan Maret 1998 dalam bidang hukum di bawah sub judul sasaran yang menyangkut materi hukum, aparatur dan penegak hukum, pembangunan sarana dan prasarana hukum, budaya hukum dan hak asasi manusia.

yurisprudensi dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan. Dalam bentuk-bentuk penyesuaian, antara lain melalui penafsiran suatu kaidah perundang-undangan mungkin

tidak lagi mempunyai arti efektif. Dalam keadaan seperti itu, sistem hukum suatu masyarakat atau negara akan lebih dicerminkan oleh rangkaian putusan hakim (yurisprudensi) daripada oleh rangkaian peraturan perundang-undangan.

Langkah ke empat dalam melaksanakan syari'ah adalah "penegakan". Dalam hukum waris Islam perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris. Dengan demikian non muslim tidak akan mendapat warisan sebagai ahli waris dari keluarganya yang beragama Islam.

Dalam kehidupan yang serba majemuk tidak tertutup kemungkinan dalam suatu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agamanya. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim sebenarnya berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan dengan menggunakan "konstruksi wasiat" atau "*wasiat wajibah*" apabila yang meninggal tidak membuat wasiat untuk mereka.

Konstruksi wasiat ini merupakan cara alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris, tetapi mereka mempunyai hubungan kekerabatan dekat dengan Pewaris. *Illat* hukum pemberian wasiat ini adalah adanya faktor keadaan penerima wasiat, seperti untuk memperbaiki sistem atau keadaan ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan, dan adanya faktor keadilan.

Dalam memahami Kompilasi Hukum Islam (KHI) khususnya hukum kewarisan sebagai hukum terapan di Pengadilan agama dalam penegakannya terdapat interpretasi yang berbeda-beda yang dilakukan oleh hakim Agama, yaitu menempatkan KHI khususnya hukum

kewarisan dengan pendekatan *teks*, dogmatis yang mandeg sehingga tidak mampu menjawab persoalan-persoalan hukum Islam yang semakin hari semakin dinamis dan kompleks. Di samping itu terdapat pendekatan lain dalam menginterpretasikan KHI khususnya hukum kewarisan dengan mengambil inti, esensi dan spirit yang terkandung

di dalamnya dan kemudian mencoba mengaplikasikannya sesuai dengan tuntutan tempat dan masa. Terdapat penawaran pendekatan dalam paradigma pemahaman yang lain, yaitu: “teologis-filosofis dan historis-sosiologis”.⁶

Untuk menjawab kesenjangan antara *solen* dan *sein* antara hukum kewarisan yang terdapat dalam KHI dengan kenyataan melalui putusan atau *ijtihad* hakim Peradilan Agama yang menimbulkan permasalahan di atas, maka penting untuk dilakukan penelitian untuk mendapatkan jawaban dalam memecahkan permasalahan dengan melakukan “*ijtihad*”. Berdasarkan latarbelakang masalah tersebut di atas, dipandang perlu diadakan suatu penelitian mengenai: “Penegakan Hukum Keluarga Islam bidang Hukum Kewarisan dalam Pluralisme Agama dan Kontribusinya terhadap hukum Nasional (Studi *Ijtihad* Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam)”.

Perumusan Masalah.

Bertitik tolak dari uraian latarbelakang masalah tersebut di atas, maka masalah pokok yang penulis teliti dan bahas dalam penelitian ini adalah sebagai berikut.

- Wujud dan Pertimbangan Hukum Hakim Peradilan Agama tentang Penegakan Hukum Keluarga Islam Bidang Hukum Kewarisan dalam Pluralisme Agama.
- Metode dan Peran *Ijtihad* Hakim Peradilan Agama tentang Penegakan Hukum Keluarga Islam Bidang Hukum Kewarisan dalam Pluralisme Agama.

6 Akh. Minhaji, *Hukum Islam: Antara Sakralitas dan Profanitas (Perspektif Sejarah Sosial)*, (Yogyakarta: Universitas Islam Negeri Yogyakarta, 2004), hal. 3-8.

- Kontribusi terhadap Hukum Nasional dari *Ijtihad* Hakim Peradilan Agama tentang Penegakan Hukum Keluarga Islam Bidang Hukum Kewarisan dalam Pluralisme Agama

Tujuan Penelitian.

- Untuk mengetahui dan memahami wujud dan pertimbangan hukum hakim Agama tentang penegakan hukum keluarga Islam bidang hukum kewarisan dalam pluralisme agama;
- Untuk mengetahui dan memahami metode dan peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang penegakan hukum keluarga Islam bidang hukum kewarisan dalam pluralisme agama; dan
- Untuk mengetahui dan memahami kontribusi terhadap hukum nasional dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang penegakan hukum keluarga Islam bidang hukum kewarisan dalam pluralisme agama.

Kegunaan Penelitian.

Diharapkan hasil penelitian ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum Islam, terutama ilmu pengetahuan hukum perdata Islam mengenai hukum kewarisan dilihat dari sudut penerapan hukum Islam dengan melihat waktu dan peristiwa yang melatarbelakangi perkara (sengketa) yang harus dibuktikan di pengadilan sampai kepada putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama. Kejadian atau sengketa hukum ini merupakan hukum kasus, bukan dalam pemahaman pendekatan hukum dalam fungsi mengatur (perundang-undangan) yang bersifat netral, lepas dari konteks, dan peristiwa;

Disamping itu diharapkan dapat dijadikan bahan masukan bagi hakim Peradilan Agama khususnya dan penegak hukum lain pada umumnya dalam melakukan tugas penegakan kebenaran dan keadilan. Secara pribadi penelitian ini diharapkan bermanfaat juga bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum perdata Islam bagi

30

penulis, dalam rangka melaksanakan tugas sehari-hari sebagai pengajar hukum Islam pada Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.

METODE PENELITIAN

Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini bersifat deskriptif analitis, sehingga penelitian yang dihasilkan diharapkan dapat memberikan gambaran yang jelas, rinci dan sistematis tentang pengembangan ilmu pengetahuan hukum Islam, terutama ilmu pengetahuan hukum perdata Islam mengenai hukum kewarisan, dilihat dari sudut penerapan (penegakan) hukum waris Islam di Pengadilan Agama dengan melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi perkara (sengketa) yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama.

Materi Penelitian

Materi penelitian ini adalah hukum perdata Islam khususnya hukum kewarisan Islam yang menjadi wewenang absolut Peradilan Agama. Hukum kewarisan Islam termasuk hukum keluarga Islam, bagaimana penegakannya dalam pluralisme agama dan kontribusinya terhadap hukum nasional dilihat dari hasil ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam KHI. Adapun yang digunakan untuk memahami materi penelitian ini adalah “hukum kasus”, bukan dalam pemahaman pendekatan “hukum fungsi mengatur” (perundang-undangan) yang bersifat netral, lepas dari konteks, dan peristiwa.

Lokasi Penelitian

Lokasi penelitian di Mahkamah Agung Republik Indonesia, melalui yurisprudensi (putusan) Mahkamah Agung RI. sebagai puncak pencari keadilan dalam upaya kasasi, sehingga diharapkan adanya temuan yang didapat dengan tersedianya kasus yang berkualitas yang akhirnya dapat sebagai rujukan untuk memecahkan kasus hukum

31

ke depan. Dalam hal ini Mahkamah Agung mempunyai dua fungsi menurut hukum dan fungsi menurut Undang-undang.⁷

Fungsi Mahkamah Agung menurut hukum adalah berkaitan sebagai puncak peradilan, yaitu fungsi rekayasa hukum atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum. Adapun fungsi menurut

undang-undang adalah menjaga kesatuan hukum yang berlaku dan berwenang melakukan pengawasan atas jalannya peradilan yang baik.

Teknik Pengumpulan Data

Sumber utama (primer) dari penelitian ini adalah putusan hakim agama tentang hukum kewarisan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan menjadi yurisprudensi, yaitu putusan Mahkamah Agung tentang hukum kewarisan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan putusan itu telah diikuti peradilan di bawahnya. Sedangkan sumber data bahan sekunder diperoleh dari para pemegang peran, yaitu para penyelenggara penegak hukum Islam di Pengadilan Agama, khususnya para hakim agama baik yang bertugas di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, maupun di Mahkamah Agung.

Teknik Pengolaan Data.

Mengingat tipe penelitian ini adalah normatif, teknik pengumpulan data dilakukan melalui studi pustaka, studi dokumen dan wawancara. Langkah pertama dilakukan telaah pustaka untuk lebih memahami konsep hukum kewarisan Islam, baik dari al-Qur'an, as-Sunnah, pendapat para ahli hukum Islam dalam berbagai kitab fikih yang disebut *faraidh*, perundang-undangan Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam (KHI), putusan Pengadilan Agama,

Pengadilan Tinggi Agama, serta putusan Mahkamah Agung RI yang ada hubungan dengan penelitian ini.

7 Bustanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hal. 111.

Analisis Data.

Dalam upaya mensistematisasi dan mengkonstruksi data dalam bingkai analisis, data primer maupun data sekunder yang telah terkumpul dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif. Karena penelitian ini berdasarkan sifatnya merupakan penelitian kualitatif yang menggunakan pendekatan “yuridis normatif” disebut

juga penelitian hukum “doktrinal” sedangkan analisis yang dilakukan berupa analisis normatif kualitatif.⁸

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Wujud dan Pertimbangan Hukum Hakim Peradilan Agama tentang Penegakan Hukum Keluarga Islam bidang Kewarisan dalam Pluralisme Agama.

Kasus Posisi:⁹ Latar belakang masalahnya sebagai berikut, “harta warisan Pewaris Islam, adapun anak-anak Pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam”. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: “Anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan (peninggalan) kedua orang tua almarhum berdasarkan “*wasiat wajibah*” yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris ayah dan ibunya”.

Adapun kasus posisinya sebagai berikut: bahwa suatu keluarga muslim, terdiri dari suami-istri (ayah-ibu) dan 6 (enam) anak-anaknya yang terdiri dari 5 anak beragama Islam dan 1 (satu) anak yang ke 4 (empat) beragama non Islam (Nasrani). Kedua orang tua memeluk agama Islam dengan meninggalkan harta warisan serta 6 (enam) anak kandung yang 5 (lima) anak beragama Islam dan 1 (satu) anak beragama

8 Ronny Haniyo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal. 9.

9 *Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat*: No. 377/Pdt.G/1993/PA-Jk. Tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 Jumadil Awal 1414 H. Jo. *Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta*: No.14/Pdt.G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. *Putusan Mahkamah Agung RI*: No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

Nasrani. Harta warisan tersebut belum pernah diadakan pembagian waris kepada para ahli warisnya. Salah satu anak almarhum sebagai Penggugat mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama kepada saudara kandungnya dengan mendalilkan bahwa harta warisan ayah ibunya belum pernah diadakan pembagian waris. Berdasarkan persetujuan bersama, kecuali anak yang ke 4 (non muslim) mereka menghendaki agar harta warisan tersebut dibagi menurut hukum Islam.

Penggugat berpendirian dalam gugatannya, bahwa salah seorang anak non muslim maka ia tidak berhak mewarisi harta warisan kedua orang tuanya yang memeluk agama Islam. Dalam persidangan di Pengadilan Agama antara Penggugat dengan Tergugat hadir dalam persidangan dan memberikan jawaban membenarkan dalil gugatan Penggugat. Sedangkan turut Tergugat II, yaitu anak yang non muslim tidak bersedia hadir di persidangan Pengadilan Agama, dan memberikan surat jawaban yang pada intinya, bahwa Pasal 1, 2, 3 Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, adalah forum peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Karena ia memeluk agama Nasrani, berkeberatan diadili oleh Pengadilan Agama yang bukan merupakan forum peradilan bagi yang beragama Nasrani, seharusnya ke Pengadilan Negeri. Di samping itu ia berpendapat bahwa, diajukannya gugatan warisan di Pengadilan Agama oleh saudara-saudaranya yang beragama Islam dengan maksud untuk mengucilkan / melenyapkan hak warisnya selaku ahli waris ayahnya..

Dalam hal ini Pengadilan Agama mempertimbangkan dan memutuskan: “Bahwa menurut Pasal 171 huruf (c) Majelis Pengadilan Agama berpendapat bahwa turut Tergugat II yang beragama Kristen, menurut hukum Islam bukanlah ahli waris dari ayah-ibunya almarhum yang beragama Islam. Bahwa menurut Pasal 176 dan Pasal 180 KHI ahli waris ayah-ibu almarhum adalah anak kandung yang beragama Islam, dengan besarnya bagian masing-masing memperhatikan *QS. An-Nisa’* (59): 11.

34

Pengadilan Tinggi Agama berbeda dalam melihat kasus di atas yang telah diputus oleh Pengadilan Agama. Oleh karena turut Tergugat II yang beragama Kristen menolak putusan Pengadilan Agama tersebut dan ia mengajukan banding. Adapun putusan Pengadilan Tinggi Agama tidak sependapat atas putusan Pengadilan Agama, maka perlu memberikan pertimbangan sendiri, di mana turut Tergugat II (anak non muslim) juga bisa memperoleh bagian dari harta waris yang ditinggalkan oleh Pewaris. Dengan demikian putusan Pengadilan

Agama yang menyatakan bahwa yang mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris adalah hanya anak yang beragama Islam saja tidak bisa dipertahankan.

Majelis Pengadilan Tinggi Agama Jakarta yang amarnya pada pokoknya sebagai berikut: “Mengadili, membatalkan putusan Pengadilan Agama Jakarta, dan mengadili sendiri, dalam eksepsi menolak eksepsi turut Tergugat II (anak yang non muslim) dan dalam pokok perkara mengabulkan gugatan sebagian, mengabulkan ahli waris sah dari almarhum adalah anak-anaknya yang beragama Islam. Sedangkan anak yang non muslim berhak mendapatkan bagian harta peninggalan almarhum, berdasarkan “*wasiat wajibah*” sebesar $\frac{3}{4}$ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum.

Adapun Mahkamah Agung RI melihat kasus di atas berbeda sudut pandangnya dibanding putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Penggugat dan Tergugat menolak putusan Pengadilan Tinggi Agama di atas dan mengajukan pemeriksaan kasasi dengan mengemukakan beberapa keberatan dalam memori kasasinya. Semua keberatan kasasi yang diajukan oleh Pemohon kasasi dinyatakan tidak dapat dibenarkan oleh Majelis Mahkamah Agung karena keberatan tersebut mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, yang tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan kasasi. Namun demikian, menurut Majelis Mahkamah Agung amar puutusan Pengadilan Tinggi Agama harus diperbaiki, karena bagian “*wasiat wajibah*” untuk Tergugat II (anak non muslim) seharusnya adalah sama dengan bagian

35

warisan anak perempuan. Dengan demikian putusan Mahkamah Agung di atas dapat dijelaskan sebagai berikut: Lima orang anak yang muslim ditetapkan sebagai ahli waris dari ayahnya maupun ibunya almarhum dan masing-masing anak memperoleh bagian dari harta warisan kedua orang tuanya tersebut. Bagian anak laki-laki adalah dua bagian dari anak perempuan. Sedangkan anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan (peninggalan) dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan

“*wasiat wajibah*” yang bagiannya sama dengan anak perempuan ahli waris ayah dan ibunya almarhum.

Putusan Mahkamah Agung di atas seolah-olah berbeda dengan norma hukum yang terdapat dalam al-Qur’an, as-Sunnah maupun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kesepakatan mayoritas ulama, mengatakan bahwa berlainan agama yang menjadi penggalang mewarisi adalah apabila antara ahli waris dan *al-muwaris* salah satunya beragama Islam dan yang lain bukan Islam. Dasar hukumnya adalah QS. *An-Nisa’* (4) ayat 141 dinyatakan: “Dan Allah sekali-kali tidak akan memberikan suatu jalan bagi orang-orang kafir (untuk menguasai orang-orang mukmin)”. Demikian dalam QS. *Al-Maidah* (5): ayat 48 dinyatakan: “Tiap-tiap umat di antara kamu, Kami jadikan peraturan dan tata cara (sendiri-sendiri). Demikian Imam Malik dan Ahmad mengemukakan pendapat bahwa perbedaan agama yang sama-sama bukan Islam tetap menjadi penggalang mewarisi.¹⁰

Dasar hukum lainnya dinyatakan dalam Sunnah Nabi yang *mutafaq ‘alaih*, diriwayatkan oleh Imam Bukhari dan Muslim dinyatakan: “Orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam (*mutafaq ‘alaih*)”.

Dasar hukum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa perbedaan agama merupakan salah satu dari penggalang seseorang untuk menjadi ahli waris, dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (c): “Ahli waris adalah

10 Ahmad Rofiq, *Fiqh Mawaris*, Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), hal. 38.

orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris”.

Pertimbangan hukum putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama tersebut di atas secara ilmiah mendasarkan ajaran dalam al-Qur’an yang telah mendiskripsikan terhadap pengakuan kebebasan dan pluralisme agama. Al-Qur’an menekankan *freedom of religion and belief toleransi* dan *respect* terhadap agama-agama lain menjadi penekanan ajaran Islam. Al-Qur’an mengajarkan paham

kemajmukan keagamaan (*religious plurality*). Ajaran tersebut tidak perlu diartikan secara langsung pengakuan akan kebenaran semua agama dalam bentuk yang nyata dalam kehidupan sehari-hari. Ajaran kemajmukan keagamaan itu menandakan pengertian dasar bahwa semua agama diberi kebebasan untuk hidup, dengan risiko yang akan ditanggung oleh pengikut agama masing-masing. Adapun prinsip-prinsip yang ditawarkan oleh al-Qur'an dalam hubungan antar umat beragama yang mendasar paling tidak ada tiga prinsip pokok yang dijadikan acuan dalam membina hubungan antara muslim dengan non muslim, yaitu kemurnian tauhid, persamaan, keadilan dan perdamaian.

Metode dan Peran Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Penegakan Hukum Keluarga Islam Bidang Kewarisan dalam Pluralisme Agama.

Dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan, maka tugas pokok hakim Peradilan Agama, yaitu berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam salah satunya bidang kewarisan. Melihat landasan normatif tugas hakim di atas, maka tugas pokok hakim terletak pada kata kunci, yaitu menegakkan: “hukum dan keadilan” sebagai tugas dan kewajibannya. Seorang hakim dalam membuat putusan harus tetap berpijak dan berada pada koridor hukum. Sedangkan keadilan, merupakan implikasi dari adanya penegakan hukum tersebut. Seorang

37

hakim dalam melakukan tugasnya tidak boleh bersikap diskriminatif. Dengan adanya penegakan hukum tersebut berarti secara otomatis menegakkan keadilan, karena hakikat yang utama dari hukum adalah keadilan.

Dari kasus posisi di atas, yang isi putusan Mahkamah Agung RI, yaitu: harta warisan Pewaris Islam, adapun anak-anak Pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: “anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya

almarhum berdasarkan “*wasiat wajibah*” yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah ibunya. Putusan Mahkamah Agung RI ini seolah-olah bertentangan dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa: “ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam ...” (Pasal 171 huruf (c)).

Melihat kasus posisi di atas terdapat perbedaan antara norma hukum yang terdapat dalam KHI dengan norma hukum yang terdapat dalam putusan Mahkamah Agung RI sebagai puncak pemberian putusan hukum dan keadilan mengenai sengketa hukum kewarisan Islam. Memang hal yang demikian itu dimungkinkan, karena hukum Islam itu mempunyai kaidah hukum asasi yang merupakan sumber hukum Islam ketiga yaitu: “*al-ra’yu*” (pemikiran) dengan metode ijtihad yang dapat menjawab tantangan zaman dan dapat memenuhi harapan dengan tetap memelihara *ruh* (spirit) Islam, karena di antara watak hukum Islam adalah *harakah* atau dinamis, di mana hukum Islam mempunyai kemampuan untuk bergerak dan berkembang, memiliki daya hidup dan dapat pula membentuk diri sesuai dengan perkembangan zaman. Wujud pengembangan hukum kewarisan dalam KHI merupakan terobosan, yaitu memberikan bagian warisan kepada anak non muslim yang selama ini belum pernah dilakukan atau

38

dikenal dalam praktek di lingkungan Peradilan Agama karena seakan-akan bertentangan dengan al-Qur’an, as-Sunnah maupun KHI.

Metode ijtihad hakim Peradilan Agama dalam memutuskan kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dengan teori “*maqashid al-syari’ah*”, yaitu corak penalaran *ta’lili* dengan metode “*istihsan*” dan corak penalaran *ta’lili* dalam metode “*maslahat*”. Di samping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikan atau menerapkan hukum pada kasus-kasus tertentu, maka bentuk ijtihadnya adalah “*ijtihad tatbiqi*” di samping “*ijtihad istinbati*”.

Istihsan adalah menganggap baik sesuatu. Menurut Abd. Al-Wahhab Khallaf, *istihsan* adalah pindahnya pemikiran seorang *mujtahid* dari ketentuan *qiyas jali* (jelas) kepada *qiyas khafi* (kurang jelas) atau dalil *kulli* (umum) kepada ketentuan hukum *taksis* (khusus) atas dasar adanya dalil yang memungkinkan perpindahan itu.¹¹ Di samping Mahkamah Agung dalam memutus kasus posisi ini, menggunakan corak penalaran *istislahi* dengan metode *maslahat*. Dengan demikian, anak yang non muslim mendapat bagian warisan dari Pewaris yang muslim dengan alasan “*wa tuqsitu ilaihim*” (dan berlaku adil kepada mereka) berarti memberikan (*qistan*) dari kekayaan kepada mereka (yang non muslim) dalam rangka menjaga hubungan baik, dan inilah yang disebut *maslahat*.

Peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang penegakan hukum keluarga Islam bidang kewarisan dalam pluralisme agama, yaitu memfungsikan keberadaan Peradilan Agama di samping sebagai “institusi Hukum” yang menegakkan kepastian hukum, juga sebagai “institusi sosial” yang mengakomodir dinamika perkembangan sosial dari aspek hukum yang berakibat putusan hakim Pengadilan Agama mempunyai nilai keadilan (aspek filosofis) dan nilai manfaat (aspek sosiologis). Dari sini penemuan hukum mutlak diperlukan, apalagi adanya perkembangan kehidupan (termasuk perkembangan hukum

11 Abd. Al-Wahhab Khallaf, *Ilm Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Kuwaitiyyah, 1968), hal. 79.

keluarga muslim di Indonesia) dalam konteks kehidupan berbangsa dan bernegara dalam kemajemukan beragama.

Kontribusi terhadap Hukum Nasional dari Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Penegakan Hukum Keluarga Islam Bidang Hukum Kewarisan dalam Pluralisme Agama.

Putusan Mahkamah Agung yang menyatakan bahwa anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan sebagai ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta kedua orang tuanya (Pewaris muslim) berdasarkan *wasiat*

wajibah, yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dapat ditarik kaidah hukumnya, yaitu bahwa dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama bukan merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk mendapat bagian harta warisan dari Pewaris (beragama Islam). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam, maka non muslim berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris (muslim) dengan menggunakan konstruksi hukum wasiat, yaitu: "*wasiat wajibah*".

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan (yurisprudensi) hakim. Putusan hakim Peradilan Agama menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam putusan (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang konkrit, di samping dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan.

Melihat posisi kasus dalam penelitian ini, terdapat kontribusi hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional,

40

yaitu: Anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (nasrani) ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris) berdasarkan *wasiat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam KHI tersebut dapat dikonstruksikan dalam hukum nasional. Putusan Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk asas atau prinsip hukum yang bersumber dari ajaran atau prinsip serta pesan tata nilai religius, yang merupakan cara pikir rakyat dan bangsa Indonesia.

Putusan Mahkamah Agung tersebut merupakan pembentukan kaidah hukum, yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Di samping itu dalam putusan (yurisprudensi) tersebut melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak ada lagi dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan (yurisprudensi), dan produk hukum Islam yang menjadi milik dan dinikmati orang Islam Indonesia saja, tetapi dapat pula dimiliki dan dinikmati oleh agama lain selain Islam, yang dinamakan hukum nasional.

Dengan demikian terjadilah refleksi sinergi yang tercermin dalam formulasi hukum Islam maupun aplikasinya (penerapan atau putusan) hukum yang memadukan yang melahirkan antara paham keagamaan (yang menjadi milik orang Islam saja) dengan paham kebangsaan (yang menjadi milik umum atau seluruh bangsa). Dengan demikian eksistensi hukum Islam sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari kesadaran masyarakat muslim Indonesia mengenai hukum dan keadilan yang memang jelas keberadaannya atau eksistensinya dalam rangka hukum nasional.

41

Kontribusi hukum Islam melalui putusan (yurisprudensi) merupakan instrumen lain dalam pembentukan hukum. Peraturan perundang-undangan Mahkamah Agung mewajibkan hakim untuk menemukan hukum yang tepat dalam menetapkan suatu putusan. Hal ini diperlukan agar hakim dalam memberikan keadilan sebagaimana mestinya.

Dari analisis posisi kasus tersebut di atas, bahwa hukum Islam (dalam hal ini hukum kewarisan dalam KHI) melalui putusan Peradilan Agama dapat disumbangkan terhadap hukum kewarisan nasional yang berlaku secara nasional pula yang pada saat ini belum memiliki baik secara unifikasi dan kodifikasi. Hal yang demikian digunakan teori “transformasi” dan teori “penemuan hukum” sebagai

pisau analisis bahwa putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat dijadikan sebagai kaidah hukum yang dapat disumbangkan terhadap hukum nasional yang berlaku secara nasional pula tidak membedakan asal agama masing- masing masyarakat Indonesia.

P ENUTUP

Berdasarkan analisis kualitatif dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif serta paradigma studi *kontruktivisme* dalam judul penelitian: “Penegakan Hukum Keluarga Islam bidang Hukum Kewarisan dalam Pruralisme Agama dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam KHI), maka dapat disimpulkan sebagai berikut.

Simpulan.

Wujud dan pertimbangan hukum hakim Peradilan Agama tentang penegakan hukum keluarga Islam bidang hukum kewarisan dalam pluralisme agama adalah: (1) anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta peninggalan Pewaris berdasarkan *wasiat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak

42

perempuan (yang lain) dari almarhum ayah ibunya, dan (2) adapun pertimbangan hukum dalam putusan itu yaitu dalam kehidupan yang serba majemuk tidak menutup kemungkinan dalam suatu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agama. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim dari harta peninggalan Pewaris muslim dengan konstruksi hukum “*wasiat wajibah*”. Dalam QS. *Almumtahanah* (60): ayat 8, al-Qurtubi menafsirkan kata “*watuqsitu ilaihim*” (dan berlaku adil terhadap mereka), mengemukakan bahwa ayat tersebut juga dapat ditafsirkan sebagai pemberi belanja (*infaq*) terhadap orang non muslim yang wajib diberi *nafkah* oleh keluarga yang muslim. Menurutnya perbedaan agama tidak menjadi penghalang hak mereka untuk mendapatkan nafkah tersebut.

Metode dan peran ijtihad hakim hakim Peradilan Agama tentang penegakan hukum keluarga Islam bidang hukum kewarisan dalam pluralisme agama adalah: (1) *maqashid al-syari'ah* dengan metode *istihsan* dengan mempertimbangkan dampak positif dan negatif dari suatu penerapan hukum (*al-nazar fi al-ma'alat*) di samping metode *maslahat* dengan corak penalaran *istislahi*, dan (2) peran ijtihad hakim Peradilan Agama sangat urgen di mana Peradilan Agama merupakan institusi yang dinamis, menginterpretasikan *teks* undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam konteks masyarakat serta perubahan-perubahannya. Pengadilan Agama tidak hanya sebagai bangunan yuridis saja, melainkan berkait dengan sekian komponen bangunan sosiologis, yaitu sebagai institusi hukum yang berakar budaya yang harus tanggap terhadap dinamika hukum masyarakatnya.

Kontribusi terhadap hukum nasional dari ijtihad hakim Pengadilan Agama tentang penegakan hukum keluarga Islam bidang hukum kewarisan dalam pluralisme agama adalah perbedaan agama bukan merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris (muslim). Untuk

43

memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam, maka non muslim berhak untuk mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris (muslim) dengan menggunakan konstruksi hukum wasiat, yaitu: "*wasiat wajibah*". Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan sebagai ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris muslim) berdasarkan *wasiat wajibah*, yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Saran-saran.

Hukum secara *empirik* bukan merupakan hal yang statis, tetapi selalu mengikuti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim

sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.

Karena yang dihadapi hakim adalah kasus, maka ia harus memutus sesuai kasus yang dihadapi dengan melakukan interpretasi untuk menerapkan ide-ide hukum (*maqashid al-syari'ah*) kepada permasalahan-permasalahan hukum yang kongkrit yang berkaitan dengan *illat* hukum yang melatarbelakanginya.

44

BAB

3

IJTIHAD PROGRESIF DALAM PENEGAKKAN HUKUM POSITIF ISLAM DI PENGADILAN AGAMA TENTANG PEMBAGIAN HARTA BERSAMA

Abstract

Islamic Law Compilation has not completely resolved law problems in the society. To answer the problems, religion Court Judge need to conduct progressive *ijtihad* to develop ideas in Islamic Law Compilation based on social changes and development such as joint treasure that are presumably confronts Islamic Law Compilation textually. So it is necessary to conduct a research by raising the issue: How is the enforcement entity of Islamic positive law and what is form of progressive *ijtihad* (individual interpretation) in Islamic positive law in the Religious Court to achieve justice in the division of joint property in Islamic Law Compilation (KHI)?. This research uses a normative juridical approach, descriptive, though the data in the form of a religious court decision, the paradigm of constructivism study, using qualitative analysis. The result of research is as follows: in the division of joint property a wife gets 2/3 (two thirds), greater than the husband who gets 1/3 (one third). This ruling seems contrary to Article

45

97 Islamic Law Compilation (KHI), with the method of *tatbiqi ijtihad* (individual interpretation), namely *Ijtihad* in the application of the law by looking at the facts and events which form the background of that case, then the judge after considering all the relation association, the next step is to find the proper law for the case.

Keyword : *Ijtihad*, Religion Court, Joint Property.

Abstrak

Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak pernah tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat. Untuk menjawab persoalan di atas, hakim Peradilan Agama perlu melakukan *ijtihad* progresif untuk mengembangkan ide-ide KHI akibat dari perubahan dan perkembangan sosial seperti dalam kasus pembagian harta bersama yang seolah-olah bertentangan secara tekstual dengan KHI. Maka perlu diadakan penelitian dengan mengangkat

permasalahan: Bagaimana wujud penegakan hukum positif Islam dan apa bentuk ijtihad progresif dalam penegakan hukum positif Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama dalam KHI, Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis normatif, bersifat diskriptif, melalui data berupa putusan Pengadilan Agama, dengan paradigma studi konstruktivisme, menggunakan analisis kualitatif. Adapun hasil penelitian sebagai berikut: dalam pembagian harta bersama istri mendapatkan $\frac{2}{3}$ (dua pertiga) lebih besar dibanding dengan suami yang mendapatkan $\frac{1}{3}$ (sepertiga), putusan ini seolah-olah bertentangan dengan Pasal 97 KHI, dengan metode ijtihad tatbiqi, yaitu ijtihad dalam penerapan hukum dengan melihat fakta dan peristiwa yang melatar belakangi kasus tersebut, lalu hakim setelah memperhatikan segala hubungan keterkaitannya langkah berikutnya mencarikan hukum yang tepat untuk kasus tersebut.

Kata Kunci: Ijtihad, Peradilan Agama, Harta Bersama.

46

Latar Belakang Masalah.

Al-Qur'an telah selesai pewahyuannya, demikianpun as-Sunnah telah selesai juga sesudah wafat Rasulullah SAW. Demikian juga Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah selesai dengan pengundangannya, melalui Instruksi Presiden RI No. 1 tahun 1991. Di dalam hukum Islam dinyatakan: "an-nushush mutanahiyah" (teks telah selesai) bersifat normatif, deduktif dan tekstual, juga disebut "solen". Di sisi lain, kehidupan manusia (muslim) selalu dinamis, tidak akan selesai yang menyangkut segala aspek kebutuhan hidupnya, baik yang menyangkut hukum dan lainnya, yang dapat dinyatakan: "al-waqa'iq ghairu mutanahiyah" (kejadian-kejadian tidak pernah selesai) selalu dinamis, bersifat empiris, induktif, kontekstual, dan kasuistik, yang disebut: "sein".

Kehidupan yang serba kompleks ini tidak pernah berakhir perubahan dan dinamikanya dan yang abadi itu perubahan dan

dinamikanya itu sendiri. Hukum yang sudah dibuat dalam bentuk undang-undang atau hukum Islam dalam produk akal akan selalu kondisional dan ketinggalan atas perubahan dan dinamika kehidupan masyarakat yang dialaminya. Hukum Islam dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak pernah dapat tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat, atau dengan kata lain hukum telah selesai pembuatannya, tetapi kehidupan tidak pernah selesai perubahan dan dinamikanya. Apakah Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang telah selesai pembuatannya itu dapat menjawab persoalan hukum masyarakat yang tidak pernah selesai.¹

Untuk dapat menjawab persoalan di atas perlu pengembangan hukum Islam dan pentingnya atau relevansinya ijtihad untuk menjawab tantangan zaman. Ini dapat dilihat di awal kebangkitan Islam, umat Islam memperlihatkan semangat ijtihad yang tinggi dan berdasarkan kepada keahlian di bidang hukum Islam. Sejalan dengan itu, maka

- 1 A. Khisni, *Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional*, (Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia. 2011), hal. 295.

47

tiga setengah Abad pasca wafat Rasulullah SAW. merupakan periode formatif bagi hukum Islam. Kendali perkembangan hukum Islam yang pesat tersebut berada di tangan para mujtahid yang tangguh dan andal dalam bidang ini.²

Dengan demikian, maka dinamika hukum Islam sesungguhnya terletak pada kontak antara faktor dinamika, kreativitas, keahlian para ulama, serta faktor metodologi yang mereka gunakan. Ketiga faktor tersebut telah berjalan harmonis sepanjang sejarah pembentukan hukum Islam masa tiga setengah Abad setelah wafat Rasulullah.³

Seiring dengan tuntutan keadaan pada abad modern ini, orang sudah semakin mendambakan sebuah sistem hukum dan perangkat-perangkatnya yang dapat memenuhi tuntutan mereka, maka perumusan metodologi ijtihad yang kontekstual menjadi hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi. Kemampuan untuk mengembangkan ide-ide Kompilasi Hukum Islam (KHI) terutama seorang ahli hukum

Islam atau seorang hakim agama berhadapan dengan masalah-masalah baru, akibat dari perubahan dan perkembangan sosial di kalangan umat Islam. Model ahli hukum Islam yang independen, baik dalam metodologi maupun dalam hasil ijtihad, serta memfungsikan warisan fikih mazhab-mazhab, ia tidak terikat mazhab tertentu dan dalam ijtihad memecahkan masalah baru ia memakai metode ushul fikih gabungan dari berbagai gabungan dari berbagai aliran, sanggup memilih mana yang lebih relevan dengan masa kini.⁴

Untuk menjawab kesenjangan antara solen dan sein antar hukum pembagian harta bersama yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan kenyataan melalui putusan atau ijtihad hakim Peradilan Agama yang menimbulkan permasalahan, maka penting untuk dilakukan penelitian untuk mendapatkan jawaban untuk

2 A. Khisni, *Metode Ijtihad dan Istinbath, Ijtihad Hakim Peradilan Agama*, Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2011), hal. 2.

3 Ahmad Tholabi Kharlie, "Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001*, hal. 79.

4 Satria Effendi M. Zein, "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. II Thn. IV 1993*, hal. 29.

48

memecahkan permasalahan dengan melakukan ijtihad. Berdasarkan latar belakang masalah tersebut di atas, dipandang perlu diadakan suatu penelitian.

Rumusan Masalah

Bertitik tolak dari uraian latar belakang masalah tersebut di atas, maka masalah pokok yang penulis teliti adalah:

Bagaimana wujud penegakan hukum positif Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI);

Apa bentuk ijtihad progresif dalam penegakan hukum positif Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai dalam penelitian ini adalah: secara umum untuk menemukan bentuk ijtihad progresif pada penerapan (aplikasi) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam bidang pembagian harta bersama melalui putusan Pengadilan Agama. Adapun secara khusus adalah sebagai berikut.

Mengkaji wujud penegakan hukum positif Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Untuk mengetahui bentuk ijtihad progresif dalam penegakan hukum positif Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama dalam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Kegunaan Penelitian.

Diharapkan hasil penelitian ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum Islam, terutama ilmu

49

pengetahuan hukum perdata Islam mengenai hukum pembagian harta bersama dilihat dari sudut penerapan hukum Islam dengan melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi perkara (sengketa) yang harus dibuktikan di Pengadilan, hal ini yang berkaitan dengan hukum kasus bukan dalam pemahaman pendekatan hukum dalam fungsi mengatur (perundang-undangan) yang bersifat netral, lepas dari konteks, dan peristiwa.

Di samping itu juga diharapkan dapat dijadikan bahan masukan bagi hakim Peradilan Agama khususnya dan penegak hukum lain pada umumnya dalam melaksanakan tugas penegakan kebenaran dan keadilan. Secara pribadi penelitian ini diharapkan bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum perdata Islam bagi penulis dalam rangka melaksanakan tugas sehari-hari sebagai pengajar hukum Islam pada Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang

METODE PENELITIAN

Metode Pendekatan.

Penelitian ini bersifat kualitatif dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif. Semua data diambil melalui bahan-bahan kepustakaan yang berkaitan dengan obyek penelitian, baik melalui Kompilasi Hukum Islam (KHI) maupun melalui putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, maupun Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Spesifikasi Penelitian.

Spesifikasi penelitian yang dilakukan adalah diskriptif, yaitu menggambarkan sesuatu keadaan hukum seperti apa adanya dengan paradigma studi konstruktivisme, untuk selanjutnya dituangkan dalam pembahasan yang logis, sistematis dan komprehensif.

50

Pengumpulan Data.

Sesuai metode pendekatan yang dipakai dalam penelitian ini adalah normatif, maka metode dalam pengumpulan data adalah metode data primer berupa putusan pengadilan agama, dan bahan-bahan hukum lain yang berkaitan dengan kasus ini. Di samping itu dengan metode sekunder berupa wawancara sebagai tambahan dalam menunjang data primer tersebut.

Metode Analisis Data

Penelitian ini termasuk penelitian hukum yang normatif, dilakukan analisis induktif, prosesnya dimulai dari premis-premis yang berupa hukum positif Islam (Kompilasi Hukum Islam) yang diketahui. Untuk menemukan hukum bagi suatu kasus nyata (perkara *in concreto*), norma hukum *in abstracto* diperlukan untuk berfungsi sebagai premis mayor, sedangkan fakta-fakta yang cocok (relevan) dalam kasus posisi (perkara / *legal facts*) dipakai sebagai premis minor,

melalui proses sillogisme didapatkan sebuah conclusio (kesimpulan) berupa hukum positif yang dicari.⁵

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Wujud Penegakan Hukum Positif Islam di Pengadilan Agama untuk Mewujudkan Keadilan dalam Pembagian Harta Bersama dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Kasus Posisi:⁶ Pemohon Kasasi (istri) dahulu sebagai Penggugat telah mengajukan gugat cerai terhadap Termohon kasasi dahulu (suami) sebagai Tergugat di depan persidangan Pengadilan Agama Yogyakarta pada pokoknya mengajukan dalil-dalil dan bukti-bukti atas

5 Ronny Hanityo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal. 10.

6 *Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta, No. 280/Pdt.G/2002/PA.Yk, tertanggal 16 September 2003M, bertepatan dengan tanggal 19 Rajab 1424 H. Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta, No. 36/Pdt.G/2003/PTA.YK, tanggal 21 Januari 2004 M, bertepatan dengan tanggal 30 Dzulqo'idah 1424 H. Jo. Putusan Mahkamah Agung RI No. 193 K/AG/2004, tanggal 21 Pebruari 2007.*

gugatannya tersebut. Adapun Isi (petitum) gugatan Penggugat adalah menjatuhkan talak satu ba'in dan menyatakan perkawinan antara Penggugat dengan Tergugat putus karena perceraian dan menetapkan secara hukum separoh bagian masing-masing dari keseluruhan harta bersama tersebut sebagai bagian dan hak Penggugat dan Tergugat.

Adapun putusan Pengadilan Agama Yogyakarta amarnya berbunyi: Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian, memutuskan perceraian Penggugat dari Tergugat dengan talak satu ba'in shughro dan menetapkan bagian Penggugat dan Tergugat masing-masing memperoleh separoh bagian dari harta bersama. Putusan tersebut dalam tingkat banding atas permohonan Penggugat telah dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta. Dari putusan tersebut Penggugat mengajukan permohonan kasasi yang menguasai kepada kuasa hukumnya melalui Pengadilan Agama Yogyakarta.

Adapun alasan-alasan yang diajukan oleh Pemohon kasasi/ Penggugat dalam memori kasasinya tersebut pada pokoknya adalah:

bahwa Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta tidak menyertakan penilaiannya terhadap dalil-dalil Pembanding dalam pertimbangan hukumnya untuk kemudian diperbandingkan (dianalisis) dengan alasan Pengadilan Agama Yogyakarta yang karena Pemohon kasasi tidak dapat mengetahui apa yang menjadi alasan dan dalil-dalil teoritik dan aturan hukum positif di dalam menentukan putusan itu, namun demikian telah menunjukkan tidak sesuainya dengan ketentuan Pasal 23 Undang-undang No. 14 Tahun 1970 dengan demikian pula kurang menghormati asas Audi et Alteram Partem yang mengharuskan pengadilan untuk memberikan penilaian yuridis dan akademis terhadap alasan dan dalil-dalil para pihak secara proposional dan obyektif.

Bahwa putusan Pengadilan Agama Yogyakarta yang dikuatkan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta telah mendasarkan pada dalil bahwa istri adalah merupakan sekutu bagi seorang suami dalam menjalankan bahtera kehidupan (syarikatan rajuli fil hayah),

52

maka terjadi syarikat abdan dan syarikah mufawwadah, maka selama perkawinan harta yang diperoleh adalah harta syirkah yang harus dibagi dua antara suami dan istri yang diperkuat dengan dalil yang merujuk pada al-Qur'an Surat al-Baqarah ayat 228 yang intinya pada wanita mempunyai hak yang seimbang dengan kewajibannya menurut cara yang makruf, demikian mendasarkan ketentuan kitab Syarqowi Alat Tahrir halaman 109 yang intinya apabila terjadi syirkah pada suatu masa tertentu setelah berpindah dan tidak diperbolehkan pada masing-masing syirkah itu, maka harta tersebut dibagi dua.

Demikianpun alasan diajukannya kasasi bahwa dari paradigma hukum demikian terlihat Pengadilan Agama Yogyakarta yang dikuatkan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta dalam putusannya telah mengabaikan hak-hak dan prestasi Penggugat sebagai istri yang telah terbukti memiliki peran lebih besar dengan pengelolaan dan pengembangan perusahaan dari keterangan sejumlah saksi Penggugat yang memiliki relevansi yuridis materiil menjadi diabaikan

penilaiannya yang mengemukakan soal mengenai modal perusahaan yang lebih besar dibanding Tergugat/Termohon kasasi.

Menimbang bahwa terhadap alasan-alasan tersebut di atas Mahkamah Agung berpendapat: bahwa alasan-alasan tersebut tidak dapat dibenarkan, karena Yudex facti tidak salah menerapkan hukum, lagi pula hal ini pada hakekatnya mengenai penilaian hasil pembeuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, hal tersebut tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan dalam tingkat kasasi, karena pemeriksaan dalam tingkat kasasi hanya berkenaan dengan adanya kesalahan dalam penerapan hukum, adanya pelanggaran hukum yang berlaku, adanya kelalaian dalam memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan atau pengadilan tidak berwenang atau melampaui batas wewenangnya sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 30 Undang-undang No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 5 Tahun 2004.

53

Menimbang, bahwa terlepas dari pertimbangan tersebut di atas menurut pendapat Mahkamah Agung amar putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta yang menguatkan putusan Pengadilan Agama Yogyakarta harus diperbaiki sepanjang mengenai ketetapan pembagian harta bersama bagi Penggugat dan Tergugat dengan pertimbangan sebagai berikut. Bahwa keterangan saksi-saksi yang diajukan oleh Penggugat kurang dipertimbangkan oleh judex facti, di mana harta bersama tersebut sebagian besar didapat dari hasil kerja keras Penggugat dalam pengelolaan dan perkembangan perusahaan. Sedangkan Tergugat kurang aktifitasnya dalam pengelolaan dan pengembangan usaha tersebut. Oleh karenanya dipandang proporsional dan adil apabila terhadap harta bersama tersebut dibagi berdasarkan seberapa banyak kontribusinya dalam menghasilkan harta bersama tersebut, yakni: $\frac{2}{3}$ (dua pertiga) untuk Penggugat (istri) dan $\frac{1}{3}$ (sepertiga) untuk Tergugat (suami).

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 88 dinyatakan: “Apabila terjadi perselisihan antara suami istri tentang harta bersama,

maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama”. Adapun norma hukum yang mengatur harta bersama apabila terjadi perceraian, khususnya cerai hidup diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 97 yang dinyatakan: “ Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

Adapun putusan Mahkamah Agung di atas seolah-olah bertentangan dengan Pasal 97 KHI di atas yang tidak memutuskan membagi harta bersama masing-masing antara suami dan istri berhak seperdua ($1/2$), bahkan Mahkamah Agung memutuskan dalam pembagian harta bersama tersebut, yaitu $2/3$ untuk istri dan $1/3$ untuk suami, dengan pertimbangan hukum sejauh mana kontribusi masing-masing dalam membentuk harta bersama tersebut. Dalam hal kasus ini ternyata istri lebih besar kontribusinya dalam menghasilkan harta bersama tersebut, sehingga wajar apabila bagian istri lebih besar ($2/3$) dibanding bagian suami ($1/3$).

54

Pengadilan dalam membuat putusan selalu diawali dengan: “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, jadi yang ditegakkan oleh pengadilan adalah “keadilan” bukan “Demi hukum”. Beda antara demi keadilan dengan demi hukum, sebab ruh hukum adalah keadilan. Keadilan dalam hal ini dimaknai memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya. Dalam teori ilmu hukum dibedakan adanya dua macam keadilan, yaitu: pertama, keadilan distributif, yaitu memberikan kepada setiap orang berdasarkan kontribusinya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas keseimbangan. Kedua, keadilan komulatif, yaitu memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan asas kesamaan.

Apabila keperluan rumah tangga diperoleh karena usaha bersama antara istri dan suami, maka dengan sendirinya harta yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Besar atau kecilnya harta yang menjadi bagian suami atau istri tergantung banyak atau sedikitnya usaha yang mereka lakukan dalam memenuhi

kebutuhan rumah tangga itu. Kalau suami lebih banyak usahanya dari pada istrinya, maka hak suami juga lebih besar daripada hak istri, demikian sebaliknya apabila usaha istri lebih besar daripada suami, maka haknya atas harta bersama juga lebih besar dari suaminya. Bahwa terhadap ketentuan dalam Pasal 97 KHI, maka Pengadilan Agama berpendapat harus diartikan sepanjang harta bersama itu didapat dari hasil usaha suami dan istri secara berimbang sama besar, baik dari segi pendapatan maupun perannya dalam rumah tangga.⁷

Bentuk Ijtihad progresif dalam Penegakan Hukum Positif Islam di Pengadilan Agama untuk Mewujudkan Keadilan dalam Pembagian Harta Bersama dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Studi tentang ijtihad responsif hakim Peradilan Agama tentang pengembangan Kompilasi Hukum Islam (KHI) khususnya tentang

7 Putusan Pengadilan Agama Rembang No. 433/Pdt.G/2007/PA. Rbg., tertanggal 12 Nopember 2007 M, bertepatan dengan tanggal 2 Dzul Qadah 1428 H.

pembagian harta bersama sangat signifikan karena berkaitan dengan “hukum kasus” yang dihadapi para hakim agama, maka berkaitan dengan ini disebut juga “teori hukum kasus”. Hukum yang akan diputus/ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa yang setelah terbukti dengan alat bukti yang sah barulah ditemukan dalam bentuk putusan/penetapan itu sendiri untuk kekuatan pastinya masih harus menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tetap (inkracht).

Fakta atau peristiwa yang melatarbelakangi sengketa/perkara, yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama, adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala berkaitan hubungannya mencari hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut. Jadi tegasnya, hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam “fungsi mengatur”. Hukum kasus dibedakan dengan hukum dalam fungsi mengatur, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa.

Hukum kasus diistilahkan dengan ahkam nafs al-waqi' atau ahkam da'wa al-waqi', sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan ahkam hifz al-huquq. Hukum kasus adalah untuk sengketa/perkara, sdangkan hukum dalam fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum materiil atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara atau pembuktian, dinamakan turuq al-ahkam, sedangkan cara menemukan hukum materiil di luar kasus perkara di pengadilan dinamakan hifz al-huquq.⁸

Dalam praktek Pengadilan Agama, dalam melihat kasus yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (hal mana sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan), maka pertama-tama hakim akan mendudukkan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (case position atau nafs al-waqi' atau da'wa al-waqi').

8 Roihan A. Rasyid, "Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama)", *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*, hal. 15.

56

Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum materiilnya (seperti Kompilasi Hukum Islam dalam bidang pembagian harta bersama) yang relevan, yang bersifat umum dan khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis untuk diukur dengan kasus tersebut. Kemudian hakim akan menarik kesimpulan sesuai bukti-bukti yang diajukan dan cocok dengan kasus tersebut.

Dalam hal ini, apabila dalam kasus yang bersifat komulasi hukum yang persis dengan kasus itu jarang ditemukan, yang dengan sendirinya membawa konsekuensi pula di segi pembuktiannya. Di sini letak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukkan kasusnya serta mempergunakan pembuktian dan hukum yang relevan. Untuk itu dapat dikatakan bahwa hakim itu: "am an-nazari wa khas al-'amali".⁹ Dari sini dapat dinyatakan bahwa penerapan hukum kasus di Pengadilan Agama ternyata memerlukan wawasan hukum Islam yang sangat luas, tidak dan belum mencukupi dengan hanya menguasai hukum materiil Islam dalam perundang-undangan. Tanpa itu, menemukan hukum materiil dalam kasus, besar kemungkinan tidak mencerminkan keadilan hukum menurut Islam.¹⁰

Pembicaraan tentang pembentukan atau pengembangan hukum dalam ushul fikih disebut ijthid, hal ini berkaitan erat dengan perubahan-perubahan sosial yang berlangsung dalam kehidupan masyarakat. Secara umum ijthid itu dapat dikatakan suatu upaya berpikir secara optimal dalam menggali hukum Islam dari sumbernya untuk memperoleh jawaban terhadap permasalahan hukum yang muncul dalam masyarakat.¹¹

Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia, setelah Nabi Muhammad SAW. tidak ada lagi rasul yang diutus dan tidak ada pula wahyu yang diturunkan untuk mengatur manusia. Allah Maha

9 *Ibid.*, hal. 17.

10 *Ibid.*, hal. 25.

11 Asfari Jaya Bakti, *Konsep Maqasid al-Syariah menurut Al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijthid Hukum Dewasa ini*, (Jakarta: Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, 1994), hal. 1.

Bijaksana dan Maha Mengetahui watak dan kebutuhan manusia ciptaan-Nya yang bersifat dinamis, realistis dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam yang dinyatakan sempurna di akhir hayat Rasulullah itu, benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala macam persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan zaman. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa dan perkembangan sosial,¹² di sinilah terletak posisi penting dan relevansinya hakikat ijthid.

Seorang hakim dalam menghadapi persoalan hukum yang kompleks dan dinamis, ia harus menguasai dua bentuk ijthid, yaitu pertama ijthid istinbati dan kedua ijthid tatbiqi. Ijthid hakim mengenai pengembangan hukum dari teks atau pedoman hukum yang ada seperti Kompilasi Hukum Islam(KHI) perlu dilakukan, dan ini merupakan amanah Pasal 229 KHI yang dinyatakan: “Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”.

Hal ini merupakan dorongan kepada hakim agama untuk mengembangkan hukum Islam dalam hal ini pembagian harta bersama

yang menjadi wewenang absolut Peradilan Agama dalam berijtihad, berupa: (1) melengkapi hukum yang belum ada dan menyempurnakan hukum (Kompilasi Hukum Islam) yang sudah ada, (2) undang-undang menentukan hal-hal yang umum, sedangkan pertimbangan hal-hal yang kongkrit diserahkan kepada hakim untuk mengembangkan hukumnya, dan (3) ada kekosongan hukum yang harus diisi oleh hakim.

Hakim dalam menghadapi perkara yang diajukan kepadanya ditemukan perkara yang sama, tetapi nuansa dan substansinya tidak sama, sebab berlainan subyek, kondisi maupun obyek dan subyek yang

- 12 Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama", *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 41.

58

melatar belakangi tidak sama. Dari dua bentuk ijtihad hakim Peradilan Agama di atas secara ringkas dapat disimpulkan, bahwa:

Ijtihad istinbati, yaitu berkenaan dengan: (a) penguasaan hukum secara tekstual, (b) upaya untuk melihat 'illat (alasan hukum) yang terkandung dalam nash atau hukum tekstual itu, (c) lalu menggali apa ide yang terkandung dalam nash atau hukum tekstual itu, (d) obyek kajiannya adalah nash atau hukum tekstual itu, dan (e) penguasaan hukum Islam secara eksplisit;

Ijtihad tatbiqi, yaitu berkenaan dengan: (a) hukum hendak diterapkan sesuai dengan ide yang terkandung dalam nash atau hukum tekstual itu, (b) menyangkut persoalan penerapan hukum dalam kasus yang kongkrit, (c) menerapkan ide yang terkandung dalam nash atau hukum tekstual itu, (d) obyek kajian dalam ijtihad ini adalah manusia dan dinamikanya, dan (e) menyimpulkan semangat/spirit/ruh nilai hukum dalam nash atau hukum tekstual itu.

Hukum pembagian harta bersama dalam Kompilasi Huukum Islam (KHI) termasuk hukum yang bersifat mengatur dalam fungsi undang-undang yang bersifat deduktif, tekstual dan normatif. Sedangkan perkara pembagian harta bersama yang diajukan kepada hakim agama bersifat kasuistis, induktif, kontekstual dan empiris,

yang disebut hukum kasus. Berkaitan dengan hukum kasus di atas, Pasal 229 KHI mengemukakan bahwa: “ Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”.

Aspek filosofis dalam pembagian harta bersama yang diajukan di Pengadilan Agama tidak dapat dilepaskan dari aspek keadilan. Keadilan merupakan tujuan hukum Islam dan banyak dalam al-Qur'an untuk menyuruh berbuat dan menegakkan keadilan. Sifat adil yang terkait erat dengan prinsip keadilan dalam hukum keluarga termasuk dalam pembagian harta bersama merupakan hal yang fundamental.

59

Berkaitan dengan hal ini, apabila dikaji mengenai hukum Islam dalam konstruksi pemikiran Fazlur Rahman, yaitu memahami ungkapan-ungkapan al-Qur'an untuk digeneralisasikan kepada prinsip-prinsip moral-sosial dengan cara mengaitkan ungkapan-ungkapan spesifik al-Qur'an beserta latar belakang sosio- historis dan dengan mempertimbangkan ratio-legis ('illat hukum) yang dinyatakan dalam ungkapan-ungkapan al-Qur'an dan selanjutnya adalah dengan merumuskan prinsip-prinsip umum tersebut ke dalam konteks sosio-historis aktual sekarang ini.¹³

Mempertimbangkan konteks sosio-historis aktual dalam pembagian harta bersama merupakan keniscayaan, sehingga timbul permasalahan hukum antara teks, yaitu Pasal 97 KHI sebagai das solen dengan konteks sosio-historis sebagai das sein, hal ini menggambarkan konsep hukum Islam pada konstruksi pemikiran aplikasi di Pengadilan Agama dalam aspek hubungan kehidupan bermasyarakat khususnya antara suami dengan istri dalam hal hukum ekonomi, lebih jelasnya hukum nafkah.

Kemungkinan adanya bahaya subyektivitas penafsir (seperti Kompilasi Hukum Islam) untuk menghindarkan atau setidaknya untuk meminimalkan bahaya subyektivitas tersebut, Rahman mengajukan sebuah metodologis yang terdiri dari tiga pendekatan, yaitu:¹⁴ pertama,

pendekatan historis untuk menemukan makna teks. Kedua, pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang terkandung dalam ungkapan legal-spesifik dan ketiga, latar belakang sosiologis untuk menguatkan hasil temuan pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang tidak dapat diungkapkan oleh pendekatan kontentual atau disingkat dengan rentetan pendekatan: “historis, kontentual dan sosiologis”.

Ide pokok yang terkandung dalam gerakan pertama, sebagaimana yang disebutkan di atas, adalah penerapan metode

13 Efrinaldi, “Reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur Rahman”, *Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001*, hal. 97.

14 *Ibid.*, hal. 103-106.

60

berpikir induktif, berpikir dari pasal KHI yang spesifik, menuju kepada prinsip atau dengan kata lain adalah berpikir dari aturan-aturan legal spesifik menuju kepada moral sosial yang bersifat umum yang terkandung di dalamnya.

Dengan demikian kedudukan hakim dalam penegakan hukum merupakan suatu nikmat yang agung, karena dengan itu keadilan Allah dapat ditegakkan di muka bumi. Begitu tingginya kedudukan hakim, tentu ada hubungannya dengan kemampuan untuk menegakkan keadilan. Apa yang dijanjikan oleh Allah SWT. dalam sebuah ayat al-Qur’an (QS. 5: 42) yang maksudnya: “Dan apabila engkau memutus suatu perkara, putuslah antara mereka secara adil, bahwa sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berbuat adil”. Hal ini dapat dipenuhi apabila terpenuhinya persyaratan untuk menduduki jabatan hakim, baik yang menyangkut moral maupun yang menyangkut kemampuan intelektual.¹⁵

Suatu hal yang mendasar dengan moral adalah kemampuan hakim untuk berbuat adil. Pengertian adil secara khusus dalam bidang ini diartikan sebagai kemampuan seorang hakim untuk menyelesaikan suatu perkara secara obyektif. Adapun persyaratan adanya kemampuan intelektual, berarti bahwa seorang yang akan menjadi hakim perlu mempunyai kemampuan untuk berjihad. Dengan demikian, kedua aspek tersebut, yakni aspek moral dan aspek intelektual saling

melengkapi dalam melaksanakan tugas seorang hakim. Keduanya antara aspek moral dan aspek kemampuan intelektual merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, apabila keduanya tidak saling menyatu mengakibatkan kepincangan dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepada hakim yang menangani suatu perkara yang diajukan kepada hakim tersebut.

Dengan demikian, menurut ilmu hukum, ada tiga pandangan mengenai fungsi hakim, yaitu:¹⁶

15 Satria Efendi M.Zein, "Ijtihad Hakim Peradilan Agama", dalam *Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993*, hal. 39.

16 Taufiq, *Ijtihad Hakim Agama*, Makalah Disampaikan pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990, hal. 3..

Pandangan dari aliran legisme, yaitu pandangan yang menyatakan bahwa fungsi hakim hanya melakukan pelaksanaan undang-undang saja dengan cara 'juridische sylogisme' yaitu suatu deduksi logis dari suatu perumusan yang luas (proposisi mayor) kepada suatu keadaan khusus (proposisi minor), sehingga pada kesimpulan;

Pandangan dari 'freie rechts beweging', yang menyatakan bahwa hakim berfungsi menciptakan hukum, maka ia dalam melakukan fungsinya tersebut tidak harus terikat oleh undang-undang;

Pandangan dari 'rechts vinding', yaitu menyelaraskan undang-undang pada tuntutan zaman.

Dalam menerapkan peraturan perundang-undangan, terlebih dahulu hakim harus menafsirkan peraturan perundang-undangan (dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam). Menurut ilmu hukum ada 3 aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan, yaitu:¹⁷

Aliran tekstual, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan, pertama-tama dengan mengerahkan usaha untuk mengetahui kehendak hakiki dari pembuat undang-undang itu. Untuk itu dapat digunakan teknik tafsir gramatika, sistematis, historis dan utility. Kemudian apabila tidak terdapat ketentuan yang mengatur kasus yang dihadapi hakim, maka ia memperkirakan sikap pembuat peraturan perundang-undangan apabila dihadapkan masalah tersebut;

Aliran kontekstual atau historis, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan sesuai dengan perkembangan sosial, politik dan ekonomi, ketika penafsiran dilakukan dan bukan dengan jalan memperkirakan kehendak pembuatnya, tetapi berpegang pada kehendak yang mungkin pada pembuatnya;

Aliran ilmiah, yaitu cara menafsirkan dengan: (a) berpegang pada teks, (b) apabila yang pertama tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada sumber hukum lainnya yang sah, dan (c) apabila yang kedua tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada inti dari

¹⁷ *Ibid.*, hal. 6.

62

peraturan perundang-undangan serta sumbernya dan faktor-faktor yang mempengaruhi sehingga lahir norma hukum.

Dari aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan di atas, hakikatnya adalah upaya untuk melakukan ijtihad dalam penerapan keadilan, dengan demikian hakim pada Pengadilan Agama dalam melakukan fungsinya, yaitu berupaya melakukan 'social engeneering' sekaligus mempertahankan 'social order'.

Upaya ijtihad hakim Peradilan Agama dalam penerapan hukum dalam suatu kasus disebut ijtihad tatbiqui. Ijtihad ini tidak pernah putus sepanjang masa, selama umat Islam bertekad baik untuk menerapkan ajaran Islam ke dalam kehidupan. Untuk itu pada diri seorang hakim agama harus menguasai dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan 'ijtihad istinbati' dan kemampuan untuk menerapkannya dalam suatu kasus yang ditanganinya disebut 'ijtihad tatbiqui'

PENUTUP

Simpulan

Wujud penegakan hukum positif Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian harta bersama dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah istri mendapatkan 2/3 (dua pertiga) lebih besar dibanding dengan suami yang mendapatkan

1/3 (sepertiga), karena dipandang proposional dan adil apabila terhadap harta bersama tersebut dibagi berdasarkan seberapa banyak kontribusinya dalam menghasilkan harta bersama tersebut dan ternyata istri dalam menghasilkan harta bersama tersebut kontribusinya lebih besar dibanding dengan suaminya. Putusan ini seolah-olah bertentangan dengan Pasal 97 KHI dan putusan ini merupakan pengembangan KHI (tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun) dalam upaya menjawab hukum kasus yang berkeadilan.

Bentuk ijtihad responsif dalam penegakan hukum positif Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian

63

harta bersama dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah dengan ijtihad tatbiqi, yaitu ijtihad dalam penerapan hukum dengan melihat hukum kasus atau 'hukum kasuistis' dengan melihat fakta atau peristiwa yang melatar belakangi sengketa atau perkara, lalu hakim setelah memperhatikan segala hubungan keterkaitannya langkah berikutnya mencarikan hukum yang tepat untuk kasus tersebut.

Saran-saran

Karena yang dihadapi oleh hakim Peradilan Agama itu hukum kasus, maka sebagai penegak keadilan harus melakukan ijtihad membuat putusan yang tepat/cocok dengan kasus yang terjadi itu dengan mempertimbangkan nilai filosofis (keadilan) dan sosiologis (kemanfaatan), tidak semata-mata nilai yuridis (kepastian) hukum.

Karena kehidupan sosial ini dinamis, dan selalu berubah, maka hukum selalu ketinggalan dari perubahan itu. Hal ini merupakan dorongan kepada hakim Peradilan Agama untuk melengkapi hukum yang belum ada dan menyempurnaan hukum (Kompilasi Hukum Islam) yang sudah ada.

Karena undang-undang menentukan hal-hal yang umum, maka hakim harus mempertimbangkan hal-hal yang kongkrit untuk mengembangkan hukumnya dan hakim harus mengisi kekosongan hukum untuk menjawab hal-hal yang kongkrit itu.

BAB

4

KONTROVERSI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI TENTANG PERKAWINAN DI BAWAH TANGAN

(Studi Tentang Hukum Perkawinan Antara Normatif dengan Empiris
untuk Menggali *Maqashid-AL-Syari'ah* dalam Upaya Mewujudkan
fikih Indonesia)

Latar Belakang Masalah

Di masyarakat muslim Indonesia berlaku tiga kategori hukum, yaitu syari'ah, fikih dan *siyasa syar'iyah (al-qawanin)* yaitu perundang-undangan yang dibuat oleh badan yang berwenang yang sesuai atau tidak bertentangan dengan nilai-nilai Islam. Kekuatan

berlaku antara ketiganya berbeda-beda, karena sumbernya berbeda-beda pula. Syari'ah merupakan hukum Islam Produk wahyu, yang bersifat abadi (*qath'i*) dan universal, sedangkan fikih adalah hukum produk akal, akal bekerja dalam upaya memahami *maqashid al-syar'ah* hukum produk wahyu itu (syari'ah) sesuai dengan konteks waktu dan tempat, sehingga menjadi hukum yang kontekstual sesuai kebutuhan masyarakat muslim sebagai basis berlakunya

65

hukum tersebut.¹ Mengembangkan dan memahami syari'ah pada tingkat aplikasi disebut fikih. Syari'ah adalah hukum Islam yang stabil (al-tsabat), sedangkan fikih adalah hukum Islam yang dinamiis (tathawwur), yaitu hukum yang dalam pembentukannya akal pikiran manusia berperan. Ia berkembang akan tetap hukum yang Qur'any. Keduanya disebut hukum Islam normatif sosiologis, bersifat *diyani*, berlakunya tergantung kesadaran masing-masing umat Islam. Berbeda dengan *siyasah syar'iyah* merupakan produk politik yang berupa perundang-undangan merupakan *ijtihad jama'i* oleh lembaga yang berwenang, berlakunya mempunyai daya paksa dan lembaga yang berwenang dapat memberikan sanksi bagi orang yang melanggarnya. Ketiga kategori hukum di atas semuanya untuk kebaikan masyarakat (*limashalih annnas*) dalam bermasyarakat dan bernegara. Kategori hukum siyasah syar'iyah bersifat qadha'i, dibantu oleh kekeasaan negara melalui lembaga peradilan dalam penegakannya bagi warga yang melanggarnya.

Salah satu bentuk *siyasah syar'iyah* di negara Indonesia adalah Undang-undang Perkawinan ini selesai (*mutanahiyah*) setelah diundangkan, sebagai hukum terapan yang mengatur perkawinan bagi warga negara Indonesia secara nasional, bersifat normatif, deduktif dan tekstual. Di sisi lain kehidupan warga negara Indonesia dalam bidang hukum tersebut dinamis, tidak pernah selesai (*ghairu mutanahiyah*) bersifat empiris,, induktif, kontekstual dan kasuistis.² Adapun pertama bersifat *solen* dan yang kedua bersifat *sein*, sehingga kesenjangan antara keduanya iitu menimbulkan permasalahan antara

hukum dalam teks (*law in books*) dengan kehidupan warga negara Indonesia dalam bidang hukum.

Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib

- 1 A. Khisni, *Hukum Islam dan Peradilan Agama di Indonesia*. Cet. 1 (Semarang, Unissula Press, 2011), hal. 45.
- 2 A. Khisni, *Transformasi Hukum Islam Ke dalam Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional)*, Ringkasan Disertasi, Progam Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Unversitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2011, hal. Ix.

66

memperhatikan dengan sungguh-sungguh kehidupan dalam hukum yang bersifat dinamis tersebut serta nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan. Untuk menjawab kesenjangan di atas, maka penting untuk dilakukan penelitian untuk mendapatkan jawaban dalam memecahkan permasalahan kesenjangan tersebut dengan melakukan ijtihad dalam upaya mengembangkan teks undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*) tersebut.

Perumusan Masalah

- Bagaimana Tinjauan hukum normatif tentang kawin dibawah tangan?
- Bagaimana putusan dan pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan?
- Bagaimana berbagai pendapat pro dan kontra tentang putusan Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan?.

Tujuan Penelitian

- Untuk mengetahui dan mengkaji Tinjauan hukum normatif tentang kawin dibawah tangan;
- Untuk mengetahui dan memahami putusan dan pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan;

- Untuk memahami dan mengkaji berbagai pendapat pro dan kontra tentang putusan Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan.

Metode Penelitian

Obyek Penelitian

Putusan Mahkamah Konstitusi NO. 46/PUU-VIII/2010 tentang Kedudukan Hukum Bagi Anak Luar Kawin, tanggal 17 Pebruari

67

2012. Mahkamah Konstitusi melihat pergulatan teks dengan konteks, yaitu bahwa perkawinan di Indonesia harus dilaksanakan sesuai dengan prosedur Pasal 2 ayat 1 dan 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, itulah perkawinan yang sesungguhnya, akan tetapi jika perkawinan itu hanya dilaksanakan sesuai Pasal 2 ayat 1 saja berarti perkawinan itu dilakukan di luar prosedur yang disebut yang disebut "luar perkawinan".

Metode Pendekatan

Penelitian ini menggunakan pendekatan kasus (case approach) telan cara melakukan telaah terhadap kasus yang berkaitan dengan isu penelitian ini yang telah menjadi putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat final. Kajian pokok di dalam pendekatan kasus iini adalah *ratio decidendi* atau *reasoning* yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai kepada suatu putusan, khususnya terhadap putusan Mahkamah Konstitusi No. 46 ?PUU-VIII/2010 tentang kedudukan hukum tentang anak luar kawin.

Di samping pendekatan yang bersifat normatif di atas, dalam penelitian ini juga menggunakan data yang bersifat sosiologis berupa data lapangan yang berhubungan dengan wawancara kepada para ahli yang mempunyai wewenang dalam bidang yang diteliti ini.

Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi kepustakaan, yaitu mengkaji peraturan perundang-undangan atau literatur yang berhubungan dengan permasalahan

yang diteliti berupa Undang-undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU/VIII/2010 tentang kedudukan hukum bagi anak luar kawin. Di samping itu melakukan studi lapangan sebagai data sekunder melalui wawancara kepada Majelis Ulama Indonesia dan para ulama yang telah memahami

68

hukum Islam dan penegakannya di Indonesia dan serta bagaimana pandangan mereka mengenai hal itu.

Analisis Data

Dalam upaya mensistematisasi dan mengkontruksi data dalam bingkai analisis, data primer maupun data sekunder yang telah terkumpul dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif. Penelitian ini berdasarkan sifatnya merupakan penelitian kualitatif yang menggunakan pendekatan 'yuridis normatif' sebagai data utama, di samping menggunakan pendekatan sosiologis sebagai data sekunder dan pada pokoknya penelitian ini termasuk penelitian 'hukum doktriner' sedangkan analisis yang dilakukan berupa analisis 'normatif kualitatif'.

Hasil Peneliitian dan Pembahasan

Tinjauan Hukum Normatif tentang Perkawinan Dibawah Tangan.

Perkawinan di Indonesia dapat dilihat dari sudut hukum Islam dan hukum nasional (positif). Keduanya tidak dapat dipisahkan, dua hal yang telah menjadi satu di dalam hukum positif, Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Dengan kata lain bahwa hukum perkawinan (dibawah tangan) dapat dilihat dari *ius contitutum*, disamping dapat dilihat dari sudut *ius constituandum* yang menyuguhkan segi-segi normatiif dalam bentuk hukum *in abstracto*, disamping dapat dilihat dari pelaksanaan *ius constitutum* yang menampilkan hukum *in concrito*.

Suatu perbuatan kawin atau nikah baru dikatakan sebagai perbuatan hukum (menurut hukum) apabila dilakukan menurut ketentuan hukum yang berlaku secara positif, ketentuan hukum yang mengatur mengenai tata cara perkawinan yang dibenarkan oleh hukum adalah seperti yang diatur di dalam Undang-undang Perkawinan (UU. No.1 Tahun 1974). Perkawinan dengan tata cara demikian baru

69

mempunyai akibat hukum (yakni akibat yang mempunyai hak mendapat pengakuan dan perlindungan hukum).³

Di dalam Pasal 2 ayat (1) UUP dinyatakan bahwa: "Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu". Penjelasan pasal ini disebutkan bahwa dengan adanya perumusan bunyi Pasal 2 ayat (1) itu, maka tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaan itu. Dengan demikian perkawinan mempunyai kaitan erat dengan agama masing-masing calon suami istri. Dari uraian di atas dapat dinyatakan bahwa suatu perkawinan baru dapat dikatakan sebagai perkawinan yang sah menurut hukum apabila saat akan adanya hubungan hukum nikahnya dilakukan menurut hukum Agama. Bagi yang beragama Islam akad nikah harus sesuai dengan ajaran Islam.

Di dalam Pasal 2 ayat ((2) UUP dinyatakan bahwa: "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku". Bagi mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agama Islam dilakukan oleh di hadapan Pegawai Pencatat Nikah (PPN). Bahwa sesaat sesudah perkawinan dilangsungkan, kedua mempelai menandatangani akta perkawinan yang telah disiapkan oleh PPN, maka perkawinan telah tercatat secara resmi menurut hukum, maka perkawinan mereka telah dinyatakan sebagai perkawinan yang harus dilindungi oleh hukum serta dengan adanya hubungan hukum nikah suami istri telah diakui dan dilindungi hukum.

Istilah perkawinan di bawah tangan lahir setelah UUP berlaku secara efektif tanggal 1 Oktober 1975. Perkawinan di bawah tangan, pada dasarnya adalah kebalikan dari perkawinan yang dilakukan menurut hukum. Adapun makna normatifnya, yaitu bahwa perkawinan

di bawah tangan adalah perkawinan yang dilakukan tidak menurut hukum.⁴

3 Abdal Gani Abdullah, Tinjauan Hukum terhadap Perkawinan Dibawah Tangan, Makalah Disampaikan pada Penataran Dosen Hukum Islam PTN/PTS se Indonesia Angkatan Pertama Tanggal 12 Juli 1995, di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hal. 2.

4 *Ibid.*, hal. 4.

70

Dilihat dari segi teori hukum, suatu tindakan yang dilakukan menurut hukum saja baru dikatakan sebagai perbuatan hukum dan oleh karena itu maka berakibat hukum (yakni akibat dari tindakan itu mendapat pengakuan dan perlindungan hukum). Sebaliknya suatu tindakan yang dilakukan tidak menurut aturan hukum tidak dikatakan sebagai perbuatan hukum sekalipun tindakan itu belum tentu melawan hukum dan karenanya sama sekali belum mempunyai akibat yang diakui dan atau dilindungi oleh hukum.

Sejalan dengan kerangka teori itu, maka suatu akad nikah dilakukan dapat berupa dua wujud: Pertama, akad nikah semata-mata hanya menurut aturan Pasal 2 ayat (1) UUP, dan kedua akad nikah dilakukan menurut aturan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) secara simultan. Apabila akad nikah pertama yang dipilih, maka perkawinan itu telah menjadi perkawinan yang sah menurut ajaran agama sesuai dengan permintaan Pasal 2 ayat ((1) UUP dan belum termasuk kategori perbuatan hukum sehingga belum mendapat pengakuan secara hukum. Perkawinan inilah yang dikatakan sejak berlaku efektif UUP sebagai perkawinan di bawah tangan. Jika perkawinan di bawah tangan dibandingkan dengan akad nikah model kedua di atas, maka perkawinan di bawah tangan termasuk kategori perbuatan yang belum memenuhi unsur-unsur perbuatan hukum. Perbuatan nikah baru dikatakan perbuatan hukum apabila memenuhi unsur tatacara agama dan tatacara pencatatan nikah. Kedua unsur tadi berfungsi secara komulatif dan bukan alternatif. Unsur pertama berperan sebagai pertanda sah dan unsur kedua sebagai pertanda perbuatan hukum sehingga berakibat hukum. Perkawinan di bawah tangan baru memperoleh tanda sah dan belum memperoleh tanda perbuatan hukum sehingga belum memperoleh akibat hukuk.⁵

Dari uraian di atas, terdapat pembagian peranan antara tanda sah dengan tanda perbuatan hukum. Tanda perbuatan hukum menjadi syarat pengakuan dan perlindungan terhadap tanda sah. Dengan kata lain, kalau akad nikah menurut agama Islam tidak dilakukan menurut

5 *Ibid.*, hal. 5.

71

kehendak unsur tata cara pencatatan nikah, maka berakibat belum memperoleh pengakuan dan perlindungan hukum terhadap akad nikah tersebut berupa perolehan akta niah. Jika dilihat dari hukum perkawinan di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang tertuang di dalam Pasal 5, 6, ternyata unsur sah dan unsur tatacara pencatatan diperlakukan secara kumulatif. Bahkan di dalam Pasal 7 ayat (1) KHI, dikatakan bahwa perkawnan bagi orang yang menikah menurut hukum Islam hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah yang dibuat oleh PPN. Dengan demikian KHI sudah menyatakan bahwa unsur pencatatan menjadi syarat adanya nikah yang sah.⁶

Putusan dan Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi tentang Perkawinan Di bawah Tangan

Secara alamiiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadiinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Oeh karena itu tidaklah tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar kehamilan hanya memiliki hhubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak terhadap laki-laki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktiikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu.

Akibat hukuk dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara timbalbalik, yang subyek

6 . *Ibid.*, hal. 6.

72

hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak.⁷ Berdasarkan hal yang demikian, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian antara hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika anak tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan.

Maka pada tanggal 17 Februari 2012 Mahkamah Konstitusi memutuskan permohonan judicial review terhadap Pasal 43 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang dinyatakan: “anak yang lahir di luar nikah hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Selanjutnya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pasal tersebut bertentangan dengan UUD 1945, selanjutnya MK memutuskan: “bahwa anak biologis mempunyai hubungan perdata dengan ayah biologisnya sepanjang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum.

Setelah putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi berpendapat Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 harus dibaca: “anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan/atau alat

bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya". Akibat hukum dari peristiwa kelahran kaena kehmlan melallui hubungan seksual

- 7 Muhammad Alim, *Akibat Hkum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi*, Disampaikan dalam Diskusi Publik, "Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi", IKA-UII Yogyakarta, 7 Juli 2012, hhal. 3.

73

adalah adanya hubu ngan hukum yyang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara timbalbalik yang subyek hukumnya meliputi anak, ib dan bapak. Sejauh ini anak yang dilahirkan tanpa mmiliki kejelasan status ayah sering kali mendapatkan perlakuan tidak adil dan stigma negatif di tengah-tengah masyarakat. Oleh kkarena itu hukum harus memberikan perlindungan dan kepastian yang adil terhadap statuus anak yang keabsahan perkawinan orang tuanya masih dipersengketakan.⁸

Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut bersifat abstrak (*in abstrakto*), yang *inkonkrito* adalah putusan pengadilan. Berdasarkan hal tersebut putusan MK tidak perlu dipertentangkan atau dinyatakan sesuai dengan syari'ah karena secara hakiki tidak ada yang sesuai dan tidak ada yang bertentangan dengan syari'ah. Sehubungan dengan itu, ketua MK Mahfud M.D., mengklarifikasi putusan tersebut dengan menyatakan: Bahwa yyang dimaksud majelis dengan frasa 'anak di luar perkawinan' bukan anak hasiil zina, melaiinkan anak hasil nikah sirri. Hubunan perdata ang diberikan kkepada anak di luar pperkawinan tidak bertentangan dengan nasab, wariis dan wali nikah. Hak yang dapat dituntut anak di luar perkawinan yang tidak diatur fikih, antara laiin berupa hak menuntut pembiayaan pendidikan atau hak menuntut ganti rugi karena perbuatan melawan hukum yang merugikan oang lain seperti yang datur dalam Pasal 1365 KUH Perdataatau hhak untuk menuntut karena ingkar janji. Intinya adalah hak-hak perdata selain hak nasab, hak waris, wali nikah, atau hak perdata apapun yang tiak terkait dengan prinsip-prinsip munakahat sesuai fikih.⁹

- 8 Zuhdi Muhdlor, *Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Dijinjauu dari Hukum Islam*, Disampaikan dalam Diskusi Publik "Akibat Hkum terhadap Anak luar Kawin Pascaputusan ahkamah Konstitusi", IKA-UII Yogyakarta, 7 Juli 2012, hal. 1.
- 9 Chatib Rasyid, *Anak Lahir di Luar Nikah (Secara Hukum) Berbeda dengan Anak Hasil Zina*, Semnar Pro dan Kontra Pascaputusan MK tentang Huubungan Perdata Anak dengan Ayah Biologisnya, Program Pascasarjana Magister (S-2) Ilmu Hukum Unissula Semarang, Tanggal 7 Juli 2012, hal. 4-5.

74

berikut:

Dasar hukum putusan Mahkamah Konstitusi adalah sebaga

- Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945 yang dinyatakan: "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Unndang Dasar".
- Pasal 45 ayat (1) UU. No. 24 Tahun 2003 Jo. UU. No. 8 Tahun 2001 dinyatakan: "Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim".
- Pasal 28 B ayat (2)) UUD 1945 dinyatakan: "Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi".
- Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 dinyatakan: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jjaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum".
- Pasal 281 ayat (4) UUD 1945 dinyatakan: "Perlindungan, pemajuan,, ppenegakan dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah".
- Pasal 281 ayat (5) UUD 1945 dinyatakan: "Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi anusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demikratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam perraturan perunndang-ndangan".

- Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 dinyatakan: “Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penagakan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan

75

moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

Dengan demikian, maka bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 apabila ada anak yang lahir dan dapat dibuktikan siapa ayahnya secara biologis terlepas dari sah atau tidak sahnya lalu tanggung jawab perdatanya hanya dibebankan kepada ibunya dan keluarga ibunya.

Berbagai Pendapat Pro dan Kontra tentang Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Perkawinan Di Bawah Tangan.

Pendapat Majelis Ulama Indonesia.¹⁰ mengenai ketentuan hukum anak hasil zina sebagai berikut, bahwa (1) anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya, (2) anak hasil zina hanya mempunyai hubungan nasab, waris dan nafaqah dengan ibunya dan keluarga ibunya, (3) anak hasil zina tidak mengandung dosa perzinaan yang dilakukan oleh orang yang mengakibatkan kelahirannya, (4) pezina dikenakan hukuman haad oleh pihak yang berwenang untuk kepentingan menjaga keturunan yang sah (hifzh al-nas), (5) pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman ta'zir lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk (a) mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut, (b) memberikan harta setelah ia meninggal melalui wasiat wajibah, (6) hukuman sebagaimana dimaksud nomor 5 bertujuan melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.

Memang harus dipisahkan secara jelas antara anak hasil pernikahan sirri (di bawah tangan) dengan anak hasil zina. Putusan Majelis Ulama Indonesia tersebut di atas hanya menyangkut anak

10 Fatwa Majelis Ulama Indonesia No. 11 Tahun 2012 Tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, Tertanggal 18 Rabi'ul Akhir 1433H-10 Maret 2012.

76

dari hasil hubungan zina. Ketua MUI¹¹ menyimpulkan bahwa putusan MK itu telah melampaui permohonan yang sekedar menghendak pengakuan keperdataan atas anak dengan bapak hasil perkawinan sah, meski tidak dicatatkan kepada KUA, menjadi meluas mengenai hubungan keperdataan atas anak hasil hubungan zina dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.

Di sisi lain menurutnya, putusan MK ini berdampak konsekuensi yang luas termasuk mengesahkan hubungan nasab, wali, dan nafkah antara anak hasil zina dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya. Hal ini tidak dibenarkan oleh ajaran agama Islam. Akibat nyata putusan MK, kedudukan anak hasil zina dijadikan sama dengan kedudukan anak yang lahir dari hubungan perkawinan yang sah, baik dari segi kewajiban dan perolehan nafkah, terutama hak waris. Karena itu ia menilai putusan MK itu sangat berlebihan, melampaui batas dan bersifat overdosis.

Jika dicerati lebih jauh apa yang diikatakan MUI ada benarnya. Karena MK tidak memisahkan secara jelas apakah anak hasil pernikahan sirri atau tidak, maka anak-anak yang lahir di luar pernikahan sirri tetap disahkan. Artinya anak hasil hubungan gelap atau perzinaanpun tetap akan disahkan juga. Jika hal ini terjadi dan sampai disahkan DPR, maa dampaknya akan lebih besar lagi, bisa jadi anak-anak hasil hubungan gelap para pelacur yang tinggal di komplek-komplek prostitusi atau tersebar dijalanan akan menuntut haknya jika kedatangan hamil dengan para pelanggannya.

Akan tetapi jika diambil segi ppositifnya , kalau keputusan MK benar-benar dsetujui DPR selakuu pembuat undang-undang di negeri ini, maka akan terjadi perubahan besar-besaran di ranah

Undang-undang tentang Perkawinan. Pertama, terkena dampaknya adalah Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/74, karena akan ditinjau kembali, yaitu anak yang dilahirkan di luar perkawinan KUA (dibawah tangan)

11 Ma'ruf Amin, "Efek Domino Putusan Mahkamah Konstitusi" dalam *Furqon Edisi 89 TH. X/ April 2012*, hal. 21.

77

akan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan atau alat bukti lain yang menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Kedua, dengan adanya perubahan ini maka putusan MK ini akan berdampak positif bagi syari'at nkaah, terutama nkaah sirri, karena diakui oleh UU Wanita dan anak-anak dar nkaah sirri mempunyai hak yang sama dengan wanita yang menikah KUA. Kata beliau inilah sebenarnya yang baik dan positif serta sesuai dengan syariat. Namun selebihnya bisa dianggap keblabasan.

Pandangan lain, seperti disampaikan oleh praktisi hukum,¹² sebagai pelaksana UU harus kita hormati apa yang menjadi putusan akan dilaksanakan dengan sebaik-baiknya. Secara prosedural kita laksanakan apa yang akan jadi peraturan baru karena kemungkinan UU di bawahnya akan direvisi untuk menyesuaikan. Namun dalam riilnya kami nanti para hakim Islam harus bisa jeli dalam memutuskan berkaitan dengan kasus yang kami tangani, artinya dilihat konteks permasalahan bagaimana tidak saklek apa yang tertulis dalam redaksi UU tetapi bisa lebih kontekstual dengan priinsip-prinsip Islam.

Lebih lanjut Ia menyampaikan bahwa kasus yang diputus oleh MK itu bukan kasuistis,, namun berlaku bagi semua warga negara. Lewat pengadilan akan diputus bagaimana hubungan hukum antara anak dan ayah biologisnya yang sudah ditetapkan mempunyai hubungan darah berikut hak-haknya, sebab dalam putusan MK itu tidak menjelaskan ketegasan bagaimana status hubungan hukum antara anak dan ayah biologisnya itu serta hak-haknya.

Menurutnya, kalau untuk membuktikan hubungan darah atau biologis mungkin bisa misalnya dengan tes DNA, tetapi apakah hubungan hukum ini nantinya menjadi anak yang sah atau bukan

12 Wahyudi, Hakim Pengadilan Agama Kota Semarang, dalam *Furqon, Ediri 89 TH. X/April 2012*, hal. 22..

78

yang berakibat menimbulkan hak-hak baru bagi si anak. Putusan MK ini menurutnya ditujukan untuk melindungi kepentingan anak. Sidang permohonan penetapan pengesahan asal-usul anak ini terkait keabsahan perkawinan bapak ibunya, dan ini merupakan langkah awal untuk mengajukan gugatan atau permohonan penetapan hak waris, yang berbeda dengan sidang itsbat nikah (pengesahan perkawinan).

Sementara itsbat nikah merupakan sidang penetapan keabsahan sebuah perkawinan yang perkawinan sebelumnya tidak sesuai dengan peraturan yang berlaku. Menurutnya setiap anak luar kawin karena nikah dibawah tangan bisa menempuh permohonan sidang itsbat nikah dan permohonan pengesahan asal-usul anak, tetapi kalau anak luar kawin karena perzinahan cukup dengan sidang pengesahan asal-usul anak.

Pandangan ulama secara pribadi¹³ menyatakan kalau putusan MK itu belum mendapatkan kepastian hukum yang final. Tapi jika memang disodorkan ke DPR lalu diputuskan, penerapannya harus ditangani lembaga resmi, misalnya Pengadilan Agama. Jadi di sinilah Pengadilan Agama yang mempunyai rambu-rambu tentang hukum positif sehingga mampu membedakan antara anak hasil pernikahan sirri dan anak hasil zina. Contohnya ada seorang wanita yang mmenuntut anaknya adalah hasil hubungan dengan A. Kemudian ayahnya sudah meninggal atau masih hidup, nah anak tersebut benar-benar dari keturunan ayahnya atau tidak yang menetapkan lembaga itu.

Menurutnya, Nikah itu menurut syari'at ada calon kedua mempelai, ada dua orang saksi, wali dan ijab kabul, itu baru hukumnya sah. Jadi sekalipun tidak dicatatkan, sekalipun tidak ada pperesman besar-besaran, asal ada syyarat-syarat tadi maka sah

menurut syari'ah, dan anak yang lahir dari pasangan tersebut juga sah dan berhak mendapat hak-haknya, aitu waris, perwalian, nafkan

- 13 Abdul Wahid Hasyim, Pandangan Ulama tentang Putusan MK dan Perkawinan Sirri, dalam *Furqon Edisi 89 TH. X / April 2012*, hal. 25.

79

dan lainsebagainya sebagaimana anak yang dilahirkan dari pasangan nikah yang dicatat petugas negara. Sedang pelakunya sendiri halal melakukan hubunan dengan istrinya. Kalau masyarakat mengetahui dan mempunyai pengetahuan dan pemikiran syari'at seperti ini, maka status pernikahan sirri tetap akan dihormati seperti pernikahan yang dicatat negara.

Menurutnya, bagaimana seandainya istri (pertama) tidak menyetujui suaminya menikah lagi padahal ia mampu? Kalau menurut syari'at, ijin dari istri pertama itu tidak wajib. Yang menjadi pokok adalah syarat-syarat kemampuan. Asal hal ini sudah terpenuhi boleh jalan terus tanpa harus ijin dari istri. Menurutnya ijin dari istri tidak menjadi syarat. Hanya semacam suatu keharusan menurut negara, dan tidak akan membatalkan akad nikah. Dalam syari'at Islam tidak harus seperti itu, seperti tanda tangan persetujuan dan lain sebagainya. Namun jika istri tetap bersikukuh menolak, itu tidak boleh, berarti ia sama saja melawan syari'at. Barangsiapa yang melawan syari'at berarti melawan Allah, hukumnya berat dan dosa besar karena kufur.

Menurutnya, tapi yang menjadi masalah di sini karena kebanyakan kaum perempuan yang tidak tahu atau tidak paham tentang pengetahuan syari'at, sehingga mereka tidak setuju dengan semua ini, hanya dengan emosinya. Padahal itu sangat berbahaya, bisa termasuk kufur. Lanjut ia mengatakan, coba saja lihat di negara-negara Islam yang wanita-wanitanya paham dengan syari'at, mereka tidak berani melawan syari'at karena paham dan tahu betul bagaimana risikonya.

Penutup

Simpulan

1. Tinjauan hukum normatif tentang perkawinan di bawah tangan adalah bertentangan dengan Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan yang dinyatakan dalam pasal 2 ayat (1) dan (2) merupakan komulatif. Perkawinan di bawah tangan mempunyai

80

akibat hukum, yakni akibat yang mempunyai hak mendapat pengakuan dan perlindungan hukum apabila memenuhi Pasal 2 ayat (2). Perkawinan menurut Pasal 2 ayat (1) adalah sah menurut ajaran agama, hal ini dalam pendekatan positivistik belum termasuk kategori perbuatan hukum sehingga belum mendapatkan pengakuan secara hukum. Perkawinan di bawah tangan baru mempunyai tanda sah dan belum memperoleh tanda perbuatan hukum sehingga belum memperoleh akibat hukum.

2. Putusan dan pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan adalah bahwa dalam putusan mahkamah Konstitusi berpendapat Pasal 43 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 harus dibaca : “anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan / atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”. Akibat hukum dari peristiwa kelahiran karena kelahiran melalui hubungan seksual adalah adanya hubungan hukum yang di dalamnya termasuk hak dan kewajiban secara timbal balik yang subyek hukumnya meliputi anak, ibu dan bapak. Adapun pertimbangan hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi adalah pasal-pasal dari Undang-Undang Dasar 1945 yang berkaitan untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.
3. Berbagai pendapat pro dan kontra tentang putusan Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan adalah hanya menyangkut anak hasil dari perkawinan sirri bukan anak zina.

Mengenai ketentuan anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafkah dengan lak-laki yang menyebabkan kelahirannya akan tetapi mempunyai hubungan hukum dengan ibunya dan keluarga ibunya. Apabila problem

81

hukum itu disengketakan maka lewat pengadilan yang akan memutuskan bagaimana hubungan hukum antara anak dengan ayah biologisnya yang sudah ditetapkan mempunyai hubungan darah berikut dengan hak-haknya, sebab dalam putusan MK itu tidak menjelaskan ketegasan bagaimana status hubungan hukum antara anak dengan ayah biologisnya itu serta hak-haknya. Pandangan kontra lain bahwa slagi perkawinan itu memenuhi syarat dan rukunnya tetap sah menurut syari'ah karena pencatatan yang bersifat administrasi itu hanya bersifat formalistik dan secara *diyani* adalah sah.

Saran-saran

1. Demi menjaga ketertiban umum (*li mashalih an-nas*) khususnya bagi umat Islam harus mematuhi Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 yang merupakan *siyasah syar'iyah* yang dibentuk oleh 'ulil 'amri melalui *ijma'* yang juga merupakan *syari'ah*;
2. Hukum perkawinan di Indonesia hendaknya benar-benar harus menjamin kemaslahatan dan ketertiban umum bagi umat Islam untuk itu hukum perkawinan tidak semata-mata masalah diyani (ketaatan masing-masing muslim) akan tetapi harus diangkat menjadi masalah qadla'i (dibantu oleh alat kekuasaan negara berupa pengadilan dan perangkat hukumnya) untuk menjamin kepastian, keadilan dan kemanfaatan.
3. Hukum perkawinan di Indonesia masih multi pemahaman disebabkan adanya Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-undang no. 1 Tahun 1974 yang sangat toleran terhadap perbedaan tentang pelaksanaan akad perkawinan menurut hukum agama dan menurut hukum negara, maka harus disatukan menjadi satu pasal saja menurut hukum negara yang dinafasi oleh hukum agama sebagai wujud dari *siyasah syar'iyah*.

BAB

5

PENGERTIAN DAN RELEVANSI IJTIHAD DALAM PENGEMBANGAN HUKUM ISLAM

Ijtihad dalam Islam seperti yang dikutip oleh Amir Mu'allim sebagaimana dikatakan oleh Iqbal mengandung pengertian *the principle of movement*-daya gerak kemajuan umat Islam. Ijtihad merupakan kunci dinamika ajaran Islam, termasuk bidang hukumnya.¹

Kehidupan yang serba kompleks ini tidak pernah berakhir perubahan dan dinamikanya dan yang abadi itu perubahan dan dinamika itu sendiri. Hukum yang sudah dibuat dalam bentuk undang-undang atau hukum Islam dalam bentuk produk akal akan selalu kondisional dan ketinggalan atas perubahan dan dinamika kehidupan masyarakat yang dialaminya. Hukum (Islam) tidak pernah dapat tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat, atau dengan kata lain hukum telah selesai pembuatannya, tetapi kehidupan tidak pernah selesai perubahan dan dinamikanya. Apakah hukum (Islam) yang sudah selesai pembuatannya itu dapat menjawab persoalan kehidupan masyarakat yang tidak pernah selesai?

- 1 Amir Mu'allim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial*, *op. cit.*, hal. 13.

Untuk dapat menjawab persoalan di atas, perlu pengembangan hukum Islam dan pentingnya atau relevansinya ijtihad untuk menjawab tantangan zaman. Dan ini dapat dilihat di awal kebangkitan Islam, umat Islam memperlihatkan semangat ijtihad yang tinggi dan didasarkan kepada keahlian di bidang hukum Islam. Sejalan dengan itu, maka tiga setengah pasca wafat Rasulullah SAW. Merupakan perupakan periode formatif bagi hukum Islam. Kendali perkembangan hukum Islam yang pesat tersebut berada pada tangan para mujtahid yang tangguh dan handal dalam bidang ini.

Salah satu yang perlu dicatat, bahwa dalam usaha menggali makna al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah SAW. Serta rahasia-rahasia hukum yang terkandung di dalamnya para mujtahid telah merumuskan metodologi ijtihad. Berkat penerapan metode ijtihad itulah hukum Islam berkembang dalam sejarah. Metodologi ijtihad itu saat ini dikenal dengan istilah "ushul fikih". Melalui metodologi ini, al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah di samping dapat dikembangkan dari segi kebahasaannya, juga dikembangkan dari segi substansinya. Perkembangan hukum Islam dari segi substansinya lebih besar kepastiannya dalam menapung masalah-masalah baru. Di samping itu, dengan berpegang kepada ushul fikih seorang mujtahid dapat memastikan posisi akal pikirannya dalam memahami wahyu, mana yang harus diterima apa adanya dan mana yang boleh atau harus melalui proses pemikiran akal. Dengan demikian, maka dinamika hukum Islam sesungguhnya terletak pada kontak antara faktor keluwesan hukum Islam sendiri di satu pihak dan faktor dinamika, kreativitas, keahlian para ulama, serta faktor metodologi yang mereka gunakan pada pihak lain. Ketiga faktor tersebut telah berjalan harmonis sepanjang sejarah pembentukan hukum Islam dan masa tiga setengah abad setelah Rasulullah Wafat.²

Seiring dengan tuntutan keadaan pada abad modern ini, orang sudah semakin medambakan sebuah sistem hukum dan perangkat-

2 Ahmad Tholabi Kharlie, "Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam," dalam

perangkatnya yang dapat memenuhi tuntutan mereka, maka perumusan metodologi ijtihad yang kontekstual menjadi hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi. Kemampuan untuk mengembangkan ide-ide wahyu sangat diperlukan, terutama ketika seorang ahli hukum Islam berhadapan dengan masalah-masalah baru, akibat dari perubahan dan perkembangan sosialdi kalangan umat Islam. Usaha yang sungguh-sungguh dalam pemikiran hukum Islam itu, tentu saja dipahami sebagai ekspresi dari seorang muslim yang telah terkondisi oleh doktrin wahyu yang menurut sifatnya memberi peluang kepada akal pikiran manusia untuk mengembangkannya.

Sikap kesungguhan dalam berijtihad dimaksudkan hanyalah dalam pengertian keleluasaan dalam ruang lingkup yang diizinkan oleh syari'at atau dalam ruang lingkup yang secara metodologis dapat diakui. Dalam kerangka tersebut akal pikiran mempunyai peluang, di satu sisi untuk memahami ayat-ayat hukum dan Sunnah rasulullah yang menurut sifatnya dan kenyataannya amat banyak yang berkehendak kepada daya ijtihad, dan di sisi lain untuk mewujudkan tata cara bagaimana ide-ide tersebut terwujud menjadi tatanan hidup umat manusia. Dua hal tersebut, yaitu menyimpulkan ide-ide wahyu dan bagaimana mewujudkannya menjadi tatanan hidup manusia, menjadi lapangan bagi daya nalar manusia.

Ada empat tingkatan mujtahid disebutkan oleh Abu Zahrah dalam kitab ushul fikih yang telah dikutip oleh Satria Effendi M. Zein, sebagai berikut:³

Mujtahid *mustaqil*, yaitu seorang mujtahid yang mampu mengistimbatkan hukum dari sumber aslinya tanpa terikat dengan pendapat mujtahid lain, dan dalam praktek istimbatnya mempunyai rumusan metodologi (ushul fikih) sendiri. Umpamanya para mujtahid yang empat, yaitu: Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Ahmad bin Hambal;

3 Satria Effendi M. Zein, "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam," dalm *Mimbar Hukum* No. 11 Thn. IV 1993, hal. 29.

Mujtahid muntasib, yaitu mujtahid yang dalam mengistimbatkan hukum terikat dengan metodologi imam mujtahid mustaqil tertentu, meskipun dari ijtihadnya tidak mesti sama dengan hasil ijtihad Imam mazhab. Contohnya, Abu Yusuf dari kalangan Hanafiyah, Al-Mujani dari kalangan Syafi'iyah, Ibnu Abdil Hakam dari kalangan Malikiyah, dan Ibnu Taimiyah dari Kalangan Hambaliyah. Tokoh-tokoh tersebut dalam berijtihad terikat dengan metodologi Imamnya masing-masing, sedangkan dalam masalah furu' (hasil ijtihad) banyak yang berbeda dengan hasil ijtihad Imam mazhabnya;

Mujtahid fil mazhab, yakni seorang mujtahid yang terikat dengan Imam mazhab tertentu, baik dalam metodologi istimbat, maupun dalam hasil ijtihad. Ia disebut mujtahid, karena usaha ijtihadnya dalam memecahkan hukum masalah baru yang hukumnya tidak diperoleh dalam fikih mazhabnya. Dalam hal ini, ia menggunakan metode istimbat Imam mazhab yang dianutnya;

Mujtahid murajjih, yaitu seorang mujtahid yang mengadakan ijtihad dalam bentuk muqarrarah (perbandingan) antara pendapat-pendapat yang berbeda di kalangan ulama, menilai mana yang lebih kuat dalilnya. Tetapi mereka tidak pernah melakukan ijtihad dalam memecahkan masalah baru.

Mujtahid yang bagaimana di antara mujtahid di atas yang hendak diwujudkan masa kini. Yang paling ideal untuk diwujudkan di masa kini adalah mujtahid yang disebut pertama, yaitu mujtahid mustaqil. Namun bilamana tingkatan seperti itu sulit dicapai, maka setidaknya dapat diwujudkan satu model ahli hukum Islam yang independen, baik dalam metodologi maupun dalam hasil ijtihad. Artinya, dalam mengfungsikan warisan fikih-mazhab-mazhab, ia tidak terikat mazhab tertentu dan dalam ijtihad memecahkan masalah baru ia memakai metode ushul fikih gabungan dari berbagai aliran, sanggup memilih mana yang lebih relevan dengan masa kini.⁴

Penguasaan dan wawasan metodologi sangat-sangat penting

4 *Ibid.*, hal. 29.

dalam upaya gagasan pembaharuan hukum Islam. Kita lebih cenderung untuk mendalami hukum Islam (fikih) yang siap pakai, dibanding mendalami metodologi bagaimana fikih itu terbentuk dan bagaimana membentuk fikih baru.⁵ Metodologi sebagai pedoman seorang mujtahid untuk menarik hukum dari sumbernya. Kemampuan daya nalar diperlukan, karena untuk berijtihad diperlukan dua macam kemampuan, yaitu kemampuan untuk memahami atau mengetahui maksud syari'ah (maqashid al-syari'ah) dan kemampuan untuk menetapkan hukum berdasarkan maksud syari'ah itu. Untuk itu menurut Syathibi yang dikutip Satria Effendi M. Zein, yaitu seorang harus memiliki malakat, yaitu semacam bakat untuk berpikir serius, karena dengan itu kemampuan tersebut di atas dapat dipenuhi. Adapun kesungguhan dalam menggali warisan ushul fikih zaman silam diperlukan, karena dengan itu berbagai aliran ushul fikih dapat dijadikan bahan pilihan mana yang lebih layak untuk diterapkan.

Relevansi ijtihad untuk menjawab perkembangan zaman dalam upaya pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan "*tafaqquh fiddin*" yang mencakup atau meliputi semua segi pemahaman ajaran Islam dengan sasaran adalah "*af'alul mukallafin*" atau dengan kata lain sasarannya adalah manusia dan masyarakatnya. Perilaku dan kegiatan manusia serta dinamika dan perkembangan masyarakatnya yang semula merupakan gambaran nyata dari *af'alul mukallafin*, yang ingin dipolakan dalam tata nilai yang menjamin tegaknya suatu kehidupan beragama dan masyarakat yang shalih (baik). Demikian juga realitas sosial sebagai dasar pertimbangan berijtihad.⁶ Misalnya ijtihad Umar bin Khattab yang tidak menerapkan hukuman *had* kasus pencurian pada waktu paceklik. Realitas sosial budaya yang berkembang pada suatu wilayah bukan saja bisa mempengaruhi penilaian para fuqaha terhadap data-data hukum dari sumber-sumber subsider seperti qiyas, 'urf, adat, istihsan, masalah dan sebagainya,

⁵ *Ibid.*, hal. 30.

⁶ Amir Mu'alim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Fiqh*, Disampaikan di depan Sidang Senat Terbuka Universitas Islam Indonesia, 17 Juni 2006, hal. 5.

tetapi juga bisa mempengaruhi penafsiran mereka terhadap nas-nas syara' dalam al-Qur'am dan al-Sunah.⁷

Studi komprehensif yang telah dilakukan oleh pakar hukum Islam seperti al-qadhi Hasan, Imam Subki, Imam Ibnu Abd. Salam dan Imam Suyuthi, merumuskan bahwa kerangka dasar/umum dari hukum Islam (fikih) itu adalah:⁸ (1) kepastian (*al-yaqin la yurfa'u bissyak*), (2) kemudahan (*addhararu yuzal wal masyaqqatu tajlibu taisir*), dan (3) kesepakatan bersama yang sudah mantab (*al-'adah muhakkamah*). Di samping penciptaan hukum yang aktual dan kontekstual sesuai kaidah (4) perkara itu sesuai dengan niatnya (*al-umuru bi maqashidiha*). Dan pola umum dari hukum Islam (fikih) itu ialah: Kemaslahatan (*i'tibarul mashalih*).

Keterkaitan hukum Islam (fikih) dengan kehidupan nyata dan dinamis lebid dapat terbaca bila mana kita menelusuri cara-cara interpretasi yang menghubungkan suatu hukum dengan latarbelakang kontekstual lingkungannya yaitu dengan mempertimbangkan/memperhatikan apa yang disebut *asbab nuzulil ayah* dan *asbab wurudil hadits*. Demikian pula bilamana kita menelusuri cara-cara pemecahan yang ditempuh oleh ahli hukum Islam (*fuqaha*) dengan adanya tingkat-tingkat pemecahan *lid dharurah* dan/atau *lil hajjah* begitu juga dengan adanya tingkat-tingkat mashlahah *dharuriyyah*, *hajjyah* dan *tahsiniyah*. Ini berarti bahwa kondisi-kondisi kontekstual mulai dari yang terburuk sampai dengan yang terbaik, turut dipertimbangkan dalam penerapan suatu ketentuan hukum *syar'i*.

Dari gambaran sepintas yang ditangkap di atas dapat dilihat seberapa jauh kontekstualisasi hukum Islam (fikih) itu telah berkembang dan bahwa tidak ada sesuatu hukum Islam (fikih) yang tekstual, terlepas dari konteks *asbab*, *syuruth* dan *mawani*.⁹ Para ulama mulai dari angkatan sahabat sampai pada fuqaha mutaakhirin tidak pernah berhenti dalam mengembangkan hukum Islam (fikih).

7 *Ibid.*, hal. 7.

8 Ali Yafie, "Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh," dalam *Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994*, hal. 2.

9 *Ibid.*, hal. 3.

Setelah *tasyri'* berakhir dengan wafatnya Rasulullah SAW. Segera periode tadwin menyusul di mana unsur-unsur fikih (hukum Islam) itu diolah dengan metode ijtihad yang mengembangkan *ijma'*, *qiyas* dan *istiqra'*. Seterusnya dalam *periode tahzib* disempurnakan sistematikanya dan mengalami beberapa reformulasi sampai pada pembakuan formatnya. Dan periode *taqlid* yang berlangsung cukup lama hasil-hasil yang telah dicapai pada periode-periode sebelumnya, dapat dipertahankan sehingga dapat diwariskan kepada periode *taqin* yang kini telah berkembang.

Dalam studi hukum (Islam) dan masyarakat, terdapat kajian tentang upaya peningkatan fungsi hukum Islam (fikih) dalam kehidupan masyarakat dengan menampilkan citranya yang memungkinkan ia menyambung dengan kondisi umum dunia masa kini, yang mashlahah dan hajahnya sudah berkembang demikian rupa terutama bidang mu'amalat. Karena hukum Islam (fikih tetap dan senantiasa merupakan unsur penting dalam kehidupan beragama dan bermasyarakat.¹⁰

Oleh karena terdapat perubahan dan perkembangan kehidupan masyarakat yang sangat kompleks, maka perlu pengembangan studi hukum Islam khususnya di perguruan tinggi umum seperti Fakultas Hukum di Indonesia. Apalagi semakin mantapnya wewenang yang dimiliki Peradilan Agama dalam bidang perkawinan, kewarisan, perwakafan, dan ekonomi syari'ah dapat dijadikan kajian tentang hukum positif Islam di Indonesia. Melihat yang demikian, maka terdapat perkembangan studi hukum Islam di Fakultas Hukum, seperti (1) hukum Kewarisan Islam, (2) hukum perorangan dan kekeluargaan Islam, (3) hukum peradilan agama, (4) hukum zakat dan wakaf, (5) hukum ekonomi syari'ah, (6) hukum asuransi syariah, (7) hukum pasar modal syari'ah, (8) hukum perbankan syari'ah, (9) hukum perjanjian Islam, dan sebagainya di samping mata kuliah hukum Islam itu sendiri yang merupakan kajian asas-asas hukum Islam sampai kajian metodologi pengembangan hukum Islam yang merupakan kajian

10 *Ibid.*, hal. 5.

fondasi sebelum ke tahap kajian yang disebutkan di atas.

Disamping studi hukum Islam, perlu juga studi pengembangan masyarakat Islam (*Islamic Community Development*) berkait langsung Undang-undang Peradilan Agama dengan melihat beberapa indikator, yaitu:¹¹ (1) bahwa dalam masyarakat itu terdapat hukum Islam yang menjadi bagian dari kesadarannya, (2) anggota masyarakat yang menjadi sasaran studi dan pengembangan adalah yang konsern dengan hukum itu, (3) tingkah laku dan interaksi sosial mereka diwarnai oleh tradisi keislaman sehingga budayanya memiliki nilai *religiusitas* yang tinggi, (4) di dalam masyarakat itu selalu terjadi proses transformasi intelektual atau reintroduksi hukum Islam baik informal melalui peradilan, dan (5) dalam masyarakat itu dijumpai adanya kesatuan tujuan untuk mewujudkan masyarakat yang diridhai Allah SWT.

Dari penjelasan di atas terlihat betapa pentingnya kajian hukum Islam, luas dan akrab dengan perubahan dan perkembangan masyarakat Islam. Jurusan ekonomi Islam terkait dengan berkembangnya hukum ekonomi melalui indikator ekonomi yang maju pesat. Maka dapat dikatakan bahwa pada tahun 2020 akan bertemu masyarakat ekonomi maju di mana di dalamnya terdapat masyarakat Islam dengan sumber daya manusia yang telah memahami permasalahan dan lingkup aplikasi ekonomi Islam, dan sejalan dengan studi pengembangan masyarakat yang berorientasi pada lingkup masyarakat Islam. Suatu hal yang patut dicatat bahwa studi hukum Islam yang bersifat "*fiqhiyah*" telah terusik segi-segi sakralitasnya. Kedinamisan Hukum Islam makin dijadikan patokan bagi pengembangan hukum Islam dan seharusnya pula hal itu memberi sinyal kepada hakim pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama lebih berani memasuki arena aktualisasi segi-segi normatif dari ajaran agama Islam.¹²

11 Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1995*, hal. 10.

12 *Ibid.*, hal. 12.

BAB

6

IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA

Berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 terdapat tiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara, yaitu cita-cita membangun dan mewujudkan (1) keadilan sosial, kesejahteraan umum atau kemakmuran rakyat, dan (2) tatanan masyarakat dan pemerintahan yang demokratis dan mandiri, dan (3) masyarakat dan pemerintahan berdasarkan hukum. Apabila ketiga tujuan tersebut dikaitkan dengan citra hukum yang diharapkan sebagai perwujudan cita hukum (*rechtsidee*), maka hukum merupakan instrumen untuk mewujudkan ketiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara tersebut.

Kaitan dengan itu, maka terdapat dua dimensi utama pembangunan citra hukum yang sesuai dengan sendi, falsafah dan cita bernegara dan berbangsa, yaitu:¹³(1) bangunan kaidah hukum yang berisi dan sekaligus menjadi instrumen keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum, (2) bangunan penerapan dan penegakan hukum yang berkehendak dan memegang prinsip bahwa penerapan dan penegakan hukum harus dalam upaya memberikan dan mewujudkan keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum.

13 Syamsuhadi Irsyad, "Menegakkan Citra Hukum," dalam *Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998*, hal. 39.

Dengan memperhatikan hal tersebut di atas, maka harus dilakukan usaha-usaha membangun citra hukum sesuai dengan

cita hukum secara integral, baik yang berkaitan langsung maupun tidak langsung dengan hukum. Usaha-usaha tersebut meliputi:¹⁴(1) di bidang materi hukum, cita hukum hanya dapat dibangun apabila materi hukum berisi aturan-aturan yang menjamin dan mendorong terwujudnya keadilan sosial, masyarakat yang demokratis dan mandiri serta masyarakat dan negara berdasarkan atas hukum, (2) bidang penerapan dan penegakan hukum. Citra hukum hanya dapat dibangun apabila dapat dihilangkan unsur mengemukanya kekuasaan penyelenggara dan diganti dengan kekuasaan hukum, (3) harus ada dorongan untuk menumbuhkan masyarakat yang lebih egaliter baik dalam bidang sosial, budaya, ekonomi, maupun politik, sehingga tercipta masyarakat yang benar-benar duduk sama rendah dan berdiri sama tinggi, (4) membangun dan menempatkan profesi hukum sebagai kesatuan yang benar-benar independen dari kekuasaan pemerintah maupun politik yang ada, (5) membangun aparat penerap hukum yang bersih dari korupsi dan kolosi dalam melaksanakan tugas-tugasnya, (6) meninjau kembali segala susunan aparatur penerapan dan penegakan hukum dengan cara lebih memfungsikan berbagai instansi penerapan dan penegakan hukum yang sesuai dengan tata penyelenggaraan pemerintahan yang normal, dan (7) pembaharuan secara menyeluruh sistem pendidikan hukum baik yang terstruktur dalam lembaga pendidikan hukum maupun di luar pendidikan hukum, sebagai tempat menyiapkan sumber daya manusia yang akan mendukung citra hukum.

Tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum merupakan instrumen kontrol untuk mengetahui ketepatan dan kekurangan suatu kaidah hukum untuk menjadi masukan bagi penyempurnaannya. Dengan demikian akan terjadi hubungan dinamis dan fungsional yang terus menerus antara kaidah hukum dengan tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum. Hubungan tersebut hanya akan terjadi apabila terdapat

¹⁴ *Ibid.*, hal. 39.

persamaan arah antara pembentuk hukum dengan penerapan dan penegakan hukum, dan dari ini maka pentingnya penerapan hukum Islam yang tidak dapat lepas dari *ijtihad hakim Peradilan Agama*

dalam membangun citra dan cita hukum (*maqashid al-syari'ah*) yang diinginkan, yaitu keadilan.

Dengan demikian kedudukan hakim dalam penegakan hukum merupakan suatu nikmat yang agung, karena dengan itu keadilan Allah dapat ditegakkan di muka bumi. Begitu tingginya kedudukan hakim, tentu ada hubungannya dengan kemampuan untuk menegakkan keadilan. Apa yang dijanjikan oleh Allah SWT. Dalam sebuah ayat al-Qur'an (Qs. 5:42) yang maksudnya: *"Dan apabila engkau memutuskan suatu perkara, putuskanlah antara mereka secara adil. Bahwa sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berbuat adil"*. Hal ni dapat dipenuhi apabila terpenuhinya persyaratan untuk menduduki jabatan hakim, baik yang menyangkut moral, maupun yang menyangkut kemampuan intelektual.¹⁵

Suatu hal yang mendasar dengan moral adalah kemampuan hakim untuk berbuat adil. Pengertian adil secara khusus dalam bidang ini diartikan sebagai kemampuan seorang hakim untuk menyelesaikan suatu perkara secara obyektif. Pengertian adil tersebut, oleh ahli hukum Islam dipandang sebagai manifestasi dari sikap adil dalam arti luas yang tertanam pada diri seseorang. Sikap adil seseorang dapat dikaitka dengan sikapnya sehari-hari, suatu potensi internal bagi seseorang yang mampu mengarahkannya kepada sikap hidup yang positif, mengantarkannya pada suatu akhlak yang mulia dalam kehidupan sehari-hari. Sikap adil juga dapat dilihat ketaatan seseorang dalam menjalankan agamanya. Seorang yang dalam sehari-seharinya taat menjalankan agamanya, sudah dapat dianggap adil, karena dengan itu diduga akan lebih kecil kemungkinan berlaku curang dalam mengadili.

15 Satria Efendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993*, hal. 39.

Adanya persyaratan sikap adil bagi seseorang hakim mudah dipahami, karena dengan itu keadilan dapat ditegakkan. Seorang hakim mampu memberikan ketauladanan yang positif bagi umat. Di samping itu,

tugas hakim bukan hanya semata-mata menyelesaikan suatu sengketa, tetapi juga berusaha setidaknya mengurangi terjadinya sengketa.

Adapun persyaratan adanya kemampuan intelektual, berarti bahwa seorang yang akan menjadi hakim perlu mempunyai kemampuan untuk *berijtihad*. Dengan demikian, kedua aspek tersebut, yakni aspek moral dan aspek intelektual saling melengkapi dalam melaksanakan tugas seorang hakim. Keduanya antara aspek moral dan aspek kemampuan intelektual merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, apabila keduanya tidak saling menyatu mengakibatkan kepincangan dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepada hakim yang menangani perkara yang diajukan kepada hakim tersebut.

Di bawah ini akan dijelaskan ijtihad bagaimana yang dibutuhkan bagi seorang hakim (Peradilan Agama). Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia. Allah Maha Bijaksana dan Maha Mengetahui watak dan kebutuhan manusia ciptaan-Nya yang bersifat dinamis, realistik dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam yang dinyatakan sempurna di akhir hayat Rasulullah itu, benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan sosial. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa, dalam berbagai kondisi dan lingkungan.

Sejalan dengan itu, seorang ulama besar pendiri mazhab, Imam Syafi'i R.A. pernah mengumandangkan prinsip tersebut dalam karyanya yang terkenal Ar-Risalah, bahwa tiap-tiap peristiwa yang terjadi pada diri seorang muslim pasti akan didapati hukumnya dalam wahyu Allah.¹⁶ Persoalannya adalah, bahwa wahyu sebagai sumber hukum itu, baik yang termaktub dalam al-Qur'an maupun yang

¹⁶ *Ibid.*, hal. 41.

berupa Hadits yang beberapa waktu kemudian dikodifikasikan, yang menyangkut hukum kuantitatif sangat terbatas jumlahnya. Dari jumlah yang terbatas itu, khususnya yang menyangkut ibadah, walaupun pada umumnya yang disebutkan dalam al-Qur'an hanyalah pikok-pokoknya

saja. Adapun dalam bidang mu'amalah, hanya sebagian kecil yang disebut secara tegas dan rinci. Kebanyakannya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan, dan ada pula yang berbentuk teks-teks yang tergolong tidak tegas yang memerlukan penafsiran. Maka dengan ini, terlihat dengan jelas urgensinya ijtihad dalam hukum Islam.

Kata *ijtihad* berasal dari kata kerja dasar "*jahada*" yang berarti bersungguh-sungguh, mencurahkan segala kemampuan, atau menanggung beban. Ijtihad menurut arti bahasa adalah usaha optimal untuk mencapai suatu tujuan, atau menanggung beban berat.¹⁷ Adapun menurut arti istilah ialah sebagai usaha pemikiran secara maksimal dari ahlinya dalam menemukan suatu kebenaran dari sumbernya dari berbagai bidang ilmu keislaman.

Secara khusus *ijtihad* dalam bidang *fikih* (hukum Islam) istilah ini diartikan sebagai usaha pikiran secara optimal dari ahlinya, baik dalam menyimpulkan hukum fikih dari al-qur'an dan Sunnah, maupun dalam penerapannya. Batasan di atas menegaskan adanya dua bentuk *ijtihad*, yaitu: (1) ijtihad dalam menyimpulkan hukum dari sumbernya, dan (2) ijtihad dalam penerapan hukum. Ijtihad dalam bentuk pertama biasa disebut ijtihad istinbati, sedangkan ijtihad dalam bentuk kedua dikenal dengan ijtihad tatbiqi. Dengan ijtihad istinbati, seorang mujtahid mampu menarik rumusan fikih, baik dari ayat al-qur'an dan Hadits yang pada kenyataannya memerlukan daya pikir untuk memahaminya, maupun dari prinsip-prinsip atau tujuan umum syari'at Islam. Kemudian, rumusan fikih (hukum Islam) yang dihasilkan ijtihad itu, pada gilirannya hendak diterapkan kepada suatu masalah yang kongkrit. Usaha penerapan hukum ini, perlu pula kepada satu bentuk ijtihad, yaitu ijtihad tatbiqi.

17 *Ibid.*, hal. 42.

Ijtihad bentuk yang kedua ini, adalah dalam bentuk penelitian secara cermat terhadap suatu masalah di mana hukum hendak diterapkan. Ijtihad bentuk ini diperlukan, untuk menghindari kekeliruan dalam penerapan hukum. Dalam ijtihad istinbati, kandungan ayat atau Hadits perlu dipahami secara teliti, baik mengenai bentuk hukum

maupun tujuan (*maqashid al-syari'ah*) nya. Setelah itu melalui ijtihad tatbiqu, perlu pula secara teliti mengetahui permasalahan di mana hukum hendak diterapkan. Karena amat banyak masalah yang muncul pada permukaannya kelihatannya mirip dengan masalah-masalah yang dimaksudkan dalam al-Qur'an dan Sunnah, atau rumusan fikih mazhab. Namun, apabila diteliti secara seksama bisa jadi tidak sama disebabkan inti permasalahannya berbeda, sehingga hukumnya harus berbeda pula, sehingga di sini pentingnya ijtihad tatbiqu.

Mengenai kedudukan hakim di Indonesia diatur dalam kekuasaan kehakiman. Adapun kekuasaan kehakiman menurut Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dan oleh sebuah ahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dalam Undang-undang Republik Indonesia No. 4 tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 16 ayat (1) dinyatakan: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

yaitu:¹⁸

Hakim adalah pejabat negara yang berfungsi sebagai berikut,

Mengadili atau memberikan keadilan dengan melakukan kegiatan dan tindakan: (a) menelaah lebih dahulu tentang kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya, (b) mempertimbangkan dengan

18 Taufiq, *Ijtihad Hakim Agama*, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990, hal. 2.

memberikan penilaian atas peristiwa itu serta menghubungkannya dengan peristiwa yang berlaku, dan (c) memberikan suatu kesimpulan dengan menyatakan suatu hukum terhadap peristiwa itu. Dalam melakukan peradilan, pengadilan harus mengadili berdasarkan hukum yang berlaku meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Hakim tidak boleh menolak untuk mengadili suatu

perkara dengan alasan bahwa hukumnya tidak jelas. Di samping itu, hakim dalam mengadili tidak boleh membeda-bedakan orang dan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Menegakkan hukum, yaitu melaksanakan hukum yang berlaku dengan dukungan rasa keadilan yang ada pada dirinya.

Membentuk hukum, sebab peraturang perundang-undangan itu bersifat umum serta tidak dapat mencakup semua peristiwa dan keadaan yang sedang atau akan terjadi dalam masyarakat. Maka pembentukan hukum tidak hanya digantungkan kepada pembuat peraturan perundang-undangan, tetapi juga hukum itu dapat dikembangkan melalui putusan hakim di pengadilan.

Menurut Ilmu hukum, ada tiga pandangan mengenai fungsi hakim, pandangan tersebut, yaitu:¹⁹

Pandangan dari aliran *legisme*, yaitu pandangan yang menyatakan bahwa fungsi hakim hanya melakukan pelaksanaan undang-undang saja dengan cara "*juridische sylogisma*" yaitu suatu deduksi logis dari suatu perumusan yang luas (*proposisi mayor*) kepada suatu keadaan khusus (*proposisi minor*), sehingga pada kesimpulan;

Pandangan dari "*freie rechts beweging*", yang menyatakan bahwa hakim berfungsi menciptakan hukum, maka ia dalam melaksanakan fungsinya tersebut tidak harus terikat oleh undang-undang;

¹⁹ *Ibid.*, hal. 3.

Pandangan dari "*rechts vinding*", yang menyatakan bahwa fungsi hakim yaitu melakukan "*rechts vinding*", yaitu menyelaraskan undang-undang pada tuntutan zaman.

Dalam menerapkan peraturan perundang-undangan, terlebih dahulu hakim harus menafsirkan peraturan perundang-undangan.

Menurut ilmu hukum ada tiga aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan, yaitu:²⁰

Aliran *tekstual*, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan, pertama-tama dengan mengerahkan usaha untuk mengetahui kehendak hakiki dari pembuat undang-undang itu. Untuk itu dapat digunakan teknik tafsir *gramatika*, *sistematis*, *historis* dan *utility*. Kemudian apabila tidak terdapat ketentuan yang mengatur kasus yang dihadapi hakim, maka ia memperkirakan sikap pembuat peraturan perundang-undangan apabila dihadapkan masalah tersebut;

Aliran *kontekstual* atau *historis*, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan sesuai dengan perkembangan sosial, politik dan ekonomi ketika penafsiran dilakukan dan bukan dengan jalan memperkirakan kehendak pembuatnya, tetapi dengan berpegang pada kehendak yang mungkin pada pembuatnya; dan

Aliran ilmiah, yaitu cara menafsirkan dengan: (a) berpegang pada *teks*, (b) apabila yang pertama tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada sumber hukum lainnya yang sah, dan (c) apa bila yang kedua tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada inti dari peraturan perundang-undangan serta sumbernya dan faktor-faktor yang mempengaruhi sehingga lahir norma hukum.

Dari aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan di atas, hakikatnya adalah upaya untuk melakukan *ijtihad* dalam penerapan keadilan, dengan demikian hakim pada Pengadilan Agama dalam melakukan fungsinya, yaitu berupaya melakukan “*social*

20 *Ibid.*, hal. 6.

engeneering” sekaligus mempertahankan “*social order*”.

Upaya *ijtihad* dalam penerapan hukum dalam suatu kasus (*ijtihad tatbiqi*) tidak pernah terputus sepanjang masa, selama umat Islam bertikad baik untuk menerapkan ajaran Islam ke dalam kehidupan. Untuk itu pada diri seorang hakim harus terdapat dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukum

yang berkaitan dengan “*ijtihad istinbati*” dan kemampuan untuk menerapkannya dalam suatu kasus yang ditangninya disebut “*ijtihad tatbiqi*”.

Di bawah ini akan dijelaskan *ijtihad* hakim Peradilan Agama yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqi*, sebagai berikut:

Ijtihad istinbati. Penguasaan hukum bagi seorang hakim merupakan syarat mutlak yang harus dapat dibuktikan. Penguasaan hukum meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara eksplisit tercantum dalam al-Qur’an dan Sunnah dan kemampuan berijtihad dalam menyimpulkan hukum dari kedua sumber tersebut. *Ijtihad* hakim memuat hasil *ijtihad* dalam bentuk putusan pengadilan (yurisprudensi). Berbeda dengan hasil *ijtihad* para mujtahid teoritis (yang bukan hakim) akan menemukan beberapa perbedaan, di antaranya di mana hasil *ijtihad* para hakim yang mujtahid itu terbebas dari fikih pengandaian yang tidak praktis, seperti yang banyak terdapat pada hasil *ijtihad* para *mujtahid teoritis*. Perbedaan itu disebabkan, selain kecenderungan seorang hakim untuk berpikir secara praktis, juga setiap hasil *ijtihad* mereka memang didasarkan atas kasus-kasus yang pernah diangkat dipengadilan. Sedangkan di pihak lain, para *mujtahid teoritis* lebih cenderung kepada pengembangan ilmu fikih secara ideal, baik yang sudah pernah terjadi, maupun yang diduga akan terjadi. Dengan demikian, *fikih iftiradli* (pengandaian) berkembang pesat dalam produk para *mujtahid teoritis*. Hakim agama telah dibekali dengan buku pedoman khusus seperti Kompilasi Hukum slam KHI).

Kaitan dengan ini, maka hakim dapat berijtihad berupa kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukuk yang sudah tersedia. Dengan kemampuan *ijtihad* seperti ini diharapkan seorang hakim tidak akan “kehilangan akal” dalam menghadapi berbagai perkara, yang bisa jadi pada suatu kasus secara eksplisit hukumnya tidak tersebut dalam Kompilasi Hukum Islam. Usaha pengembangn hukum dalam undang-undang biasa disebut dengan:

Takhrijul ahkam 'ala nashshil qanun, yakni pengembangan berdasarkan teks undang-undang. Metode yang digunakan antara lain dengan analogi (*qiyas*) dalam arti, bilamana inti permasalahannya sama, maka hukumnya dapat disamakan pula. Pada analogi bentuk ini, yang akan dijadikan *maqis 'alaih* (asal tempat mengqiyaskan) bukan hanya teks al-Qur'an dan as-Sunnah, tetapi teks hukum yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang pada hakikatnya juga disimpulkan dari al-qur'an dan as-Sunnah. Untuk mencapai kemampuan ini, perlu penguasaan terhadap metodologi hukum Islam, seperti *ushul fikih* dan *qawa'id fiqhiyah*. Dengan penguasaan bidang ini, hakim akan menemukan berbagai metode lain untuk penafsiran dan pengembangan prinsip hukum.²¹

Selain Kompilasi Hukum Islam (KHI) para Hakim Pengadilan Agama dapat dibantu dengan literatur-literatur kitab fikih yang ada. Dengan merujuk kepada kitab-kitab fikih klasik, setidaknya para hakim akan mendapatkan gambaran jalan pikiran bagaimana menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum, disamping tidak tertutup kemungkinan akan ditemukan rumusan hukum yang cocok dengan suatu perkara yang belum tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Ijtihad tatbiqi. Ijtihad dalam bentuk ini berupa ijtihad penerapan hukum. Setelah mujtahid betul-betul mengetahui bentuk hukum *syar'i*, selanjutnya harus mampu menerapkannya secara benar pada suatu kasus yang dihadapi. Di sini yang diperlukan adalah, kemampuan seorang dalam melihat suatu kasus, bentuk hukum

21 Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan hakim Peradilan Agama," *op. cit.*, hal. 48.

yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan. Ijtihad dalam bentuk ini adalah menyangkut dengan pengamalan syari'at Islam ke dalam kehidupan kongkrit. Ijtihad dalam bentuk ini tetap relevan sepanjang waktu, selama umat Islam hendak mengamalkan agamanya. Hakim sebagai penerap hukum tidak cukup dengan penguasaan hukum saja, tetapi juga mempunyai kemampuan untuk menerapkannya secara benar. Dengan demikian seorang hakim disamping menguasai hukum juga berkemampuan dan ketajaman pandangannya dalam melihat

suatu kasus dan latar belakangnya, serta mempunyai kemampuan dalam membedakan mana pernyataan yang benar dan yang bohong, yang hak dan yang batil.

Obyek kajian ijihad bentuk ini bukan lagi al-Qur'an dan Sunnah, tetapi kasus-kasus yang dihadapi dan manusia dengan segala hal ihwalnya. Cara kerja ijihad tatbiqi bagi seorang hakim merupakan suatu seni tersendiri. Semakin banyak mengadili perkara, semakin tinggi daya ijihad tatbiqinya. Oleh sebab itu, qadhi Ghawts bin Sulaiman seorang hakim terkenal di penghujung abad ke dua di Mesir itu, sebelum ia diangkat menjadi hakim, sekian lama ia lebih dahulu berpengalaman di sebuah pengadilan. Setelah ia menjadi hakim, ia terkenal sebagai hakim yang tajam pandangannya dalam melihat permasalahan.²² Pada suatu hari ke pengadilan yang dipimpinnya datang beberapa orang melaporkan, bahwa beberapa orang bersaudara hampir saja bertumpahan darah disebabkan dipihak wanita tidak setuju jika harta warisan orang tuanya dibagi dua berbanding satu antara anak laki-laki dan perempuan. Hakim Ghawts lalu memanggil ahli waris yang laki-laki agar mau berdamai dan merelakan harta warisan untuk dibagi sama banyak antara laki-laki dan perempuan. Akhirnya pihak laki-laki menyetujui. Namun putusan yang diambil qadhi Ghawts ini diprotes oleh sebagian ulama pada waktu itu, karena membuat suatu kesepakatan untuk menyalahi ketentuan al-Qur'an.

22 *Ibid.*, hal. 50.

Dari kasus di atas, hakim Ghawts mengemukakan dua alasan, yaitu:²³ Pertama, dalam menerapkan suatu hukum harus melihat kepada dampak yang ditimbulkannya. Khusus pada kasus tersebut, bila mana kita tetap bertahan menetapkan ketentuan dua berbanding satu akan menimbulkan dampak negatif yang berbahaya, yaitu pertumpahan darah yang bertentangan dengan tujuan syari'at untuk mewujudkan ketenteraman. Keputusan seperti ini sudah pasti tidak dapat diperlakukan secara umum, tetapi khusus kepada kasus-

kasus tertentu di nama *mafsadat* yang diakibatkan penerapan hukum itu akan lebih besar dibandingkan dengan *maslahat* dari penerapan hukum itu sendiri. Di sini terlihat hakim Ghawts secara jeli memakai metode “*an-nadzoru ilal-ma’alat*”, yaitu suatu metode yang memberi petunjuk bahwa seorang hakim dalam menerapkan hukum hendaklah melihat kepada dampak negatif dari suatu penerapan hukum. Bilamana dampak negatifnya akan lebih besar dibanding dengan maslahatnya, maka hakim perlu secara bijaksana mencari alternatif lain untuk memecahkannya, yang tetap berpegang kepada al-qur’an dan as-Sunnah.

Kedua, bahwa kasus tersebut ia tidak merasa telah menyalahi ketentuan al-Qur’an, karena jalan damai yang diambilnya itu adalah petunjuk al- Qur’an. Jadi apa yang dilakukannya itu tidak lebih dari perpindahan dari satu ketentuan kepada ketentuan lain yang masih dalam petunjuk al-Qur’an, disebabkan adanya pertimbangan khusus dalam kasus tersebut. Dari alasan-alasan yang yang dikemukakan hakim Ghawst itu dapat dipahami, bahwa apa yang dilakukannya itu tidak dapat diperlakukan secara umum. Ia hanya berlaku pada kasus tertentu yang menghendaki kebijaksanaan tertentu pula. Dalam hal ini, sebagai seorang hakim, qadhi Ghawst telah mengfungsikan ijtihad tatbiqi secara bijaksana.²⁴

23 Ibid., hal. 50 – 51.

24 *Ibid.*, hal. 51.

PENGEMBANGAN HUKUM MATERIIL DAN YURISPRUDENSI PENGADILAN AGAMA

Selama ini berbagai upaya telah dilakukan untuk memperkokoh kedudukan peradilan yang mengadili perkara khusus umat Islam. Untuk memantapkan kedudukan dan peranannya sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia, untuk itu tidak ada salahnya kalau memantapkan ke depan, melihat kemungkinan pengembangan hukum materiilnya.

Peradilan Agama seperti disebutkan di atas, adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman dalam negara Republik Indonesia dan karena itu puluh pengembangan hukum materiilnya seyogyanya dilakukan dalam bingkai dan mengacu pada kerangka acuan pembangunan hukum nasional. Bertitik dari pandangan demikian, uraian berikut adalah penelusuran peluang yang ada di dalamnya untuk mengembangkan hukum materiil Peradilan Agama yang akan dipergunakan dalam proses pemberian keadilan berdasarkan hukum Islam (*syari'ah*) kepada orang-orang Islam di Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama di bawah pembinaan dan pengawasan teknis Mahkamah Agung.

103

Secara umum, dalam pembentukan dan pengembangan hukum materiil itu perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai-nilai sebagai berikut, yaitu: (1) nilai filosofis, yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, (2) nilai sosiologis, yang sesuai dengan tata nilai yang berlaku dalam masyarakat baik yang menyangkut budaya dan agama, dan (3) nilai yuridis, yang sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Untuk itu perlu dilakukan penataan (yang relevan) antara lain dengan penyusunan program dan atau proyek pengembangan Peradilan Agama (termasuk pengembangan hukum materiilnya) secara terarah dan terpadu,

meningkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama, meningkatkan pembinaan, pengukuhan kedudukan dan peranan yurisprudensi sebagai sumber hukum, serta memperluas penyebaran yurisprudensi Peradilan Agama tidak hanya terbatas pada badan peradilan Agama saja, tetapi juga kepada kalangan penegak hukum di Peradilan Agama, perguruan tinggi dan masyarakat luas.

Hukum materil yang hendak dikembangkan di Pengadilan Agama adalah hukum perdata Islam mengenai (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat, hibah, (c) wakaf dan shadaqah, sesuai kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang No. 7 tahun 1989 kepada Pengadilan Agama untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara di bidang tersebut. Hukum ini telah dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia dan telah pula disebar luaskan sesuai dengan Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991 melalui Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia No. 154 tahun 1991, tanggal 22 Juli 1991. Kewenangan Pengadilan Agama tersebut di atas dikembangkan oleh Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yaitu: Tentang Hukum Ekonomi Syari'ah, yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung.

Kompilasi Hukum Islam (KHI), sesuai dengan konsiderans Instruksi Presiden dimaksud bersifat terbuka untuk dikembangkan,

104

sesuai dengan perkembangan zaman dan pemenuhan kebutuhan hukum umat Islam Indonesia.²⁵Pengembangan hukum materil Peradilan Agama termasuk dalam kategori dimensi pembaharuan, yaitu usaha untuk melengkapi dan menyempurnakan hukum materil Peradilan Agama yang kini dihimpun secara sistematis dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung. Ini berarti bahwa dalam pengembangan hukum materil Peradilan Agama, kita melengkapi apa yang belum ada dalam kompilasi itu dan menyempurnakan apa yang sudah ada di dalamnya.

Dilihat dari perangkat hukum nasional, disiplin hukum yang dikembangkan di lingkungan Peradilan Agama seperti telah disebutkan di atas, adalah hukum kekeluargaan, hukum kewarisan, hukum kesejahteraan sosial (termasuk hukum perwakafan di dalamnya), serta hukum ekonomi Islam (syari'ah). Disamping itu, perlu ditingkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama. Peningkatan kualitas yurisprudensi peradilan Agama ini sangat tergantung pada kualitas dan wawasan hakim peradilan agama sebagai penegak hukum dan keadilan dalam menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat muslim.²⁵ Yurisprudensi adalah keputusan-keputusan hakim, adalaknya berupa yurisprudensi tetap dan yurisprudensi tidak tetap. Yurisprudensi tetap terjadi karena rentetan keputusan atau beberapa keputusan yang sama, yang disebut "*standaardarresten*", yaitu keputusan yang dijadikan dasar bagi peradilan untuk memutus perkara yang sama. Dalam suatu *standaardarresten* hakim dengan jelas memberi penjelasan tentang suatu hal yang menimbulkan keraguan di kalangan ahli, karena itu *standaardarresten* menjadi pegangan yang teguh para ahli dan pengadilan, bahkan kadang kala lebih teguh dari peraturan perundang-undangan, apalagi kalau isi dan tujuan peraturan perundang-undangan itu tidak lagi sesuai dengan keadaan, dan karena

25 Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*, hal. 7.

26 *Ibid.*, hal. 7.

itu pula tidak lagi memenuhi kebutuhan hukum masyarakat.

Untuk itu hakim tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Ini berarti bahwa hakim sebagai organ kelengkapan pengadilan dianggap mengetahui dan memahami hukum. Kalau ia tidak menemukan hukum tertulis atau hukum tertulis itu kurang atau tidak jelas ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya berdasarkan hukum tidak tertulis itu atau memberi tafsiran terhadap hukum tertulis yang tidak jelas tersebut sebagai orang yang

bijaksana, bertanggung jawab penuh mengenai keputusannya kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa dan negara.

Peraturan perundang-undangan biasanya hanya menentukan aturan yang bersifat umum saja, sedang pertimbangan tentang hal-hal kongkrit diserahkan kepada hakim. Ini berarti bahwa dalam hukum atau peraturan perundang-undangan ada ruang kosong yang dapat diisi oleh hakim, cara mengisinya dapat dilakukan dengan *konstruksi*, yakni pembuatan pengertian hukum baru yang sesuai dengan hukum yang bersangkutan. Oleh karena itu dalam sistem satu hukum tidak ada pertentangan karena semuanya merupakan suatu kesatuan yang logis, maka kalau hakim mengisi ruang kosong dalam hukum atau peraturan perundang-undangan, mengisi kekosongan itu tidak boleh bertentangan dengan pokok sistem hukum itu sendiri. Melakukan *konstruksi*, adalah mempergunakan akal secara logis dan sistematis dan konstruksi itu dilakukan oleh hakim kalau ia harus menjalankan hukum atau peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian, kedudukan dan peran yang dilakukan oleh hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional dan pengembangan hukum Islam sendiri, bahwa pengembangan hukum Islam dapat juga dipakai sebagai sumber bahan baku pembangunan hukum di Indonesia, selain ijtihad bersama melalui perundang-undangan, juga dapat pula dilakukan melalui yurisprudensi. Apalagi

106

melihat keadaan obyektif masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui “ijtihad bersama” di lembaga perwakilan rakyat tidak mudah, maka jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalur yurisprudensi peradilan Agama. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pengembangan hukum nasional melalui yurisprudensi terbukti berhasil dengan baik waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam dahulu yang kini berlaku secara nasional dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.

Pengembangan hukum Islam melalui yurisprudensi adalah perlu dan baik, karena yurisprudensi itu selain dari menggambarkan keadilan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, juga selaras dengan kesadaran hukum masyarakat muslim Indonesia, asal saja para hakim Peradilan Agama yang membuat yurisprudensi itu, selain dari paham benar tentang hukum Islam juga memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum pada umumnya yang terdapat dalam masyarakat.

Sebagai akibat perubahan kehidupan, maka terjadi perubahan yang cukup besar dalam bidang sosial, politik, ekonomi dan budaya. Perubahan tersebut juga terjadi dalam lingkungan kehidupan keluarga. Kaum perempuan sekarang ini telah mendapat kesempatan untuk memasuki semua jenis, jalur dan jenjang pendidikan, sebagaimana kaum lelaki. Demikian halnya juga mereka memasuki semua lapangan pekerjaan. Mereka rata-rata tidak melangsungkan perkawinan sebelum mereka menyelesaikan studi mereka dan mendapatkan pekerjaan. Maka umur kawin rata-rata bagi laki-laki 30 tahun dan bagi perempuan 25 tahun.

Berkat kemajuan teknologi banyak pekerjaan yang dahulu hanya dapat dikerjakan oleh istri, sekarang ini dilakukan oleh suami. Di samping itu fungsi keluarga yang dahulu pernah dimilikinya seperti fungsi ekonomi banyak telah hilang. Dominasi suami dalam keluarga berangsur-angsur tergeser. Mobilitas keluarga meningkat dengan

107

cepat. Akibatnya keluarga modern rata-rata hanya menghendaki keluarga kecil. Perubahan-perubahan internal keluarga tersebut, di samping adanya globalisasi mengakibatkan adanya perubahan hukum keluarga. Dalam masyarakat modern struktur keluarga lebih condong ke arah keluarga inti. Kedudukan perempuan sederajat dengan kedudukan laki-laki.²⁷

Hampir di semua masyarakat Islam moder telah terjadi pembaharuan hukum keluarga, seiring dengan perubahan sosial yang berdampak pada keluarga. Batas minimal umur seorang untuk dapat melangsungkan perkawinan di batasi, demikian pula seorang suami dapat melangsungkan poligami apabila dapat ijin pengadilan dan

denga syarat-syarat tertentu, bahkan di Tunisia poligami dilarang. Orang yang melakukan perkawinan poligami diancam dengan pidana penjara maksimal 2 tahun. Di Siria seorang suami yang mentalak istrinya tanpa dasar yang dibenarkan oleh syari'at dapat dihukum oleh pengadilan untuk menjamin mantan istrinya dengan nafkah selama 1 tahun. Di Pakistan seorang suami yang mentalak istrinya harus mendaftarkannya kepada pejabat yang ditunjuk dalam jangka waktu 90 hari dan apabila tidak didaftarkannya, maka talak tersebut tidak mempunyai akibat hukum. Sedang di sebagian besar di dunia Islam talak hanya dapat dilaksanakan disidang pengadilan.²⁸

Hukum kewarisan di sebagian negara Islam memberikan bagian tertentu kepada keturunan anak perempuan dan ahli waris pengganti melalui hibah wasiat. Sementara ini hukum kewarisan negara-negara Islam lainnya memeberikan kedudukan yang sama kepada ahli waris keturunan anak perempuan dengan keturunan anak laki-laki. Anak perempuan dapat *menghijab* saudara laki-laki dan perempuan sebagaimana anak laki-laki. Pembaharuan hukum tersebut dilakukan melalui pembentukan undang-undang tentang hukum keluarga, dengan cara memilih pendapat mazhab dan melakukan ijihad baru.

27 Taufiq, "Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 17 thn. V/1994*, hal. 2.

28 *Ibid.*, hal. 3.

Hukum perkawinan Islam yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara garis besar merupakan hasil pembaharuan hukum perkawinan Islam tidak tertulis berasal dari fikih Islam dengan mengdaptasikannya dengan konteks masyarakat Islam Indonesia modern. Demikian pula hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakan hukum kewarisan Islam tidak tertulis secara garis besar. Dari segi bentuk ia perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Dari segi isi perlu dikembangkan antara lain mengenai kedudukan keturunan anak perempuan, *hajib mahjub*, pengaturan tentang derajat keturunan yang dapat menjadi ahli waris pengganti, pengaturan tentang anakangkat dan sebagainya.

Hukum hibah dan wasiat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakan hukum hibah dan wasiat Islam tidak tertulis secara garis besar. Oleh karena itu dari segi bentuk, hukum hibah dan wasiat tersebut perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis, sedangkan dari segi isi perlu disesuaikan dengan perkembangan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara Indonesia modern.

Hukum perwakafan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagian merupakan hukum tertulis, yaitu mengenai perwakafan tanah milik dan sebagian lain merupakan hukum perwakafan Islam tidak tertulis. Oleh karena itu dari segi bentuk, hukum perwakafan tersebut perlu dikembangkan dan sekarang sudah diundangkan Undang-undang Perwakafan menjadi hukum tertulis. Sedangkan dari segi isi, perlu dikembangkan dan disesuaikan dengan perkembangan administrasi dan hukum harta kekayaan Indonesia modern.

Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak memuat hukum tertulis maupun tidak tertulis mengenai shadaqah. Oleh karena itu dari segi isi masih perlu penggalian dan pengembangan hukum shadaqah tidak tertulis dan kemudian perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Ekonomi syari'ah menjadi wewenang absolut Peradilan Agama, sampai sekarang belum mempunyai hukum materiil tentang hukum

109

ekonomi syari'ah, maka ke depan dari segi isi perlu penggalian dan diserasikan dengan kehidupan perekonomian masyarakat dan dari segi bentuk perlu dikembangkan ke arah hukum yang tertulis.

Dari butir-butir di muka telah dikaji pengembangan hukum terapan Peradilan Agama dari segi kebutuhan hukum. Lalu bagaimana jika dikaji dari syari'ah, yang norma syari'ah itu bukan merupakan dokumen legislatif, tetapi merupakan "*deklarasi etika dasar Islami*";²⁹ maka para hakim dan ahli hukum menciptakan aturan-aturan baru untuk menangani berbagai masalah hukum (kasus) yang muncul dari waktu ke waktu. Setiap hakim atau ulama menawarkan pendapat atau pemecahan perkara dengan mengikuti cara masing-masing. Hasil-hasil pemikiran ahli hukum Islam tersebut yang merupakan *resultante*

antara wahyu dengan penalaran (*ra'yu*) yang disebut fikih, dengan karakteristik antara lain:³⁰

- Ia selalu disajikan sebagai suatu yang unik yang tidak bisa dibandingkan dengan kebudayaan-kebudayaan lain. Tetapi sebetulnya fikih itu sangat banyak dipengaruhi oleh hukum dan yurisprudensi Rowawi Bizantium.
- Fikih mula-mula berkembang secara kasuistik, tanpa rencana dan sistem, karena itu fikih tidak mempunyai teori, mengenai hukum, politik atau ekonomi, selain yang dikembangkan oleh Imam Syafi'i.
- Fikih kurang memberi kebebasan kepada para *fukaha*, karena situasi politik sepanjang sejarah Islam, dan
- Ada kekurangan independensi *ijtihad*, disebabkan oleh faktor luar. Keadaan ini memaksa *fukaha* untuk tidak mencari pendapat baru, tetapi mencari *hilah*. Pembaharuan hanya terbatas pada pemilihan terhadap pendapat dalam berbagai mazhab.

29 *Ibid.*, hal. 4.

30 *Ibid.*, hal. 5.

Pembaharuan hukum yang dilakukan oleh al-Qur'an adalah pembaharuan mengenai kedudukan perempuan, baik dalam bidang keluarga, sosial dan politik. Kedudukan istri dalam hukum adat pra Islam tidak jauh berbeda dengan kedudukan seorang budak wanita. Ia adalah milik suami, sebab dengan *shadaq* suami telah membelinya dari walinya. Oleh karena itu suami dapat menceraikannya kapan saja dan dimana saja, baik ada alasan maupun tidak. Bekas suami yang menalaknya dapat merujuknya tanpa batas, sementara itu istri tidak dapat meminta cerai, kalau suami tidak menyetujuinya.

Di samping itu, anak perempuan tidak berhak mewaris sama sekali. Kemudian al-Qur'an memperbaharuinya dengan dekrit bahwa mahar adalah hak istri bukan hak wali dan fungsinya bukan untuk membeli. Suami dapat mentalak istrinya dengan cara serta syarat-

syarat tertentu dalam jumlah talak maksimal tiga kali. Rujuk dibatasi, sementara itu anak perempuan dapat menjadi ahli waris sebagai mana anak laki-laki. Pembaharuan di atas merupakan hal-hal yang prinsip saja, bagaimana kita dapat menangkap *ruh* dan semangat (*maqashid al-syari'ah*) yang diajarkan oleh al-Qur'an itu untuk diterapkan masa kini.

Para ulama bersikap hati-hati terhadap pembaharuan tersebut karena hukum adat pra Islam mengakar sangat kuat dalam masyarakat Islam. Akibatnya pembaharuan tersebut hanya dianggap norma akhlak bukan norma hukum.³¹ Di samping itu timbul permasalahan dasar, yaitu bagaimana kedudukan hukum adat pra Islam yang tidak dirubah tersebut. Sebagian besar ulama berpendapat bahwa hukum adat tersebut tetap berlaku. Ulama sunni misalnya, berpendapat bahwa hukum kewarisan pra Islam tetap berlaku kecuali yang telah diperbaharui oleh al-Qur'an.

Ahli waris menurut mereka terdiri dari *ashabul furudl*, yaitu ahli waris yang bagiannya telah ditentukan dengan pasti oleh al-Qur'an, *ashabah* adalah laki-laki keturunan menurut garis laki-laki dan *zawul*

31 *Ibid.*, hal. 6.

111

arham adalah kerabat menurut garis perempuan. Ahli waris kedua dan ketiga berasal dari konsep hukum adat Arab pra Islam. Sementara itu ulama Syafi'i berpendapat bahwa sistem kekerabatan masyarakat Arab pra Islam (suku) telah dihapus oleh al-qur'an. Menurutnya ahli waris hanya dibagi menjadi dua, yaitu *dzawul furudl* dan *dzul qarabat*, yaitu laki-laki maupun perempuan yang mempunyai hubungan darah baik melalui garis laki-laki maupun perempuan.

Dengan demikian mereka membagi ahli waris menjadi tiga kelompok, yaitu: (1) kelompok pertama, terdiri dari anak laki-laki maupun perempuan serta keturunan mereka, ibu dan bapak, (2) kelompok kedua, terdiri dari saudara laki-laki maupun perempuan serta keturunan mereka dan nenek laki-laki maupun perempuan dari pihak ayah maupun ibu, (3) kelompok ketiga, terdiri dari paman, bibi

serta keturunan mereka. Sedang suami atau istri dapat masuk ketiga golongan tersebut.

Golongan ahli waris kelompok kedua tidak berhak mewaris, selama ahli waris kelompok pertama masih ada dan ahli waris kelompok ketiga tidak berhak mewaris selama ahli waris kelompok kesatu dan kedua masih ada. Di Indonesia ada tiga aliran dalam hukum Islam, yaitu: aliran tradisional, aliran pembaharu, dan aliran neo pembaharu. Aliran pertama dalam memecahkan masalah hukum hampir selalu merujuk kepada teks-teks kitab fikih. Aliran kedua dalam memecahkan masalah hukum merujuk kepada al-Qur'an dan Sunnah. Sedangkan aliran ketiga, memandang al-Qur'an dan Sunnah sebagai metoda bukan sebagai substansi. Dari uraian di atas dapat ditarik kesimpulan, bahwa dari segi ilmu hukum Islam, pengembangan hukum terapan Pengadilan Agama mungkin dilakukan, tetapi dari segi sosiologis pengembangan tersebut sangat sulit, karena adanya aliran-aliran di kalangan umat Islam tersebut.³²

32 *Ibid.*, hal. 6-7.

Secara konstitusional Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menghimpun, ³³hukum terapan Pengadilan Agama setelah dikaji ulang dapat dikembangkan menjadi kodifikasi atau setidaknya-tidaknya bagian-bagiannya yang berbentuk hukum tidak tertulis dikembangkan menjadi hukum tertulis dalam bentuk perundang-undangan, yaitu dengan membuat formulasi Rancangan Undang-undang Keluarga Islam, Rancangan Undang-undang Kewarisan Islam, Hibah dan Wasiat, Rancangan undang-undang Hukum Ekonomi Syari'ah.

Bahan pokok Rancangan Undang-undang tersebut ialah materi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan yurisprudensi Peradilan Agama selama menerapkan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Berdasarkan pengalaman kehidupan bernegara selama ini dan kondisi masyarakat Islam sebagaimana diuraikan di atas, dari segi politis dan sosiologis, terwujudnya rencana kegiatan pengembangan hukum terapan Peradilan

Agama tersebut cukup sulit karena perlu langkah-langkah persiapan antara lain, yaitu kegiatan kondisioning dan kegiatan penelitian.³⁴ Kegiatan kondisioning berupa peningkatan pemasyarakatan Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Terhadap Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), serta penerapan dan pengembangan materi kompilasi Hukum Islam (KHI) melalui keputusan Pengadilan Agama dan Mahkamah Agung.

Penelitian dilakukan dengan mengkaji ulang Kompilasi Hukum Islam (KHI) dari segi *law drafting* dan penerapannya dalam praktek. Dengan demikian bahwa hukum terapan Peradilan Agama yang dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara konstitusional dan dari segi ilmu hukum Islam perlu dan mungkin dikembangkan menjadi Hukum Keluarga Islam.

33

34 . *Ibid.*, hal. 8.

BAB

8

HUKUM KASUS DAN HUKUM DALAM FUNGSI MENGATUR

Fungsi hakim adalah mendamaikan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Adapun perkara yang diajukan kepadanya

merupakan hukum kasus suatu kejadian atau disebut "*kasuistis*". Mengapa dikatakan demikian, walaupun perkara sama, akan tetapi nuansa maupun yang melatarbelakangi kasus perkara itu dapat berbeda-beda disebabkan adanya waktu kejadian dan tempat kejadian yang berbeda pula.

Fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara, yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencari hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut. Jadi hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam fungsi mengatur. Hukum kasus dibedakan dengan hukum dalam fungsi mengatur, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa. Hukum kasus diistilahkan dengan "*ahkam nafs al-waqi*" atau "*ahkam da'wa al-waqi*", sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan "*ahkam hifz al-huquq*".³⁵ Hukum kasus adalah hukum sengketa atau

35 Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di

perkara, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum materiil atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara dan pembuktian, dinamakan "*turuq al-hukm*", sedangkan cara menemukan hukum materiil di luar kasus perkara di pengadilan dinamakan "*turuqhifz al-huquq*".

Dengan demikian hukum acara (perdata) disebut hukum proses, karena hukum yang akan diputus atau ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari bentuk putusan hukumnya. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti pembuktiannya dengan alat-alat bukti yang sah, barulah ditemukan dalam bentuk putusan atau penetapan hakim, akan tetapi putusan atau penetapan itu sendiri untuk kekuatan pastinya masih harus menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*inkracht*).

Hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdii kepada dan untuk kepentingan hukum materiil. Artinya

hukum bahwa hukum acara termasuk hukum pembuktian harus mengikuti perkembangan hukum materiil dan hanya dipergunakan bila tidak bertentangan dengan hukum materiil. Karena hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdikan kepada dan hanya untuk kepentingan hukum materiil, maka hukum kasus di segi materiil dan disegi acara termasuk pembuktian akan saling mempengaruhi.

Hukum dalam fungsi mengatur untuk memelihara hak-hak secara umum, seperti anjuran memakai saksi dalam mu'amalah tidak tunai. Adapun mu'amalah tetap sah sekalipun tidak memakai saksi, akan tetapi jika terjadi kasus perkara, maka mu'amalah yang tidak memakai saksi dan diingkari oleh pihak lawan, akan dianggap tidak ada. Hukum dalam fungsi mengatur untuk peristiwa yang umum bisa terjadi dimasyarakat, seperti kewajiban adanya dua orang saksi dalam akad nikah. Akan tetapi bila terjadi sengketa perkara di pengadilan, adanya nikah dapat pula dibuktikan dengan selain saksi, yaitu dengan

Pengadilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*, hal. 15.

116

akta nikah. Kewajiban adanya empat orang saksi untuk menjatuhkan hukuman *had zina* atau *rajam*, tetapi pembuktiannya di muka pengadilan dapat pula dengan bukti pengakuan, bukti persangkaan, bahkan dengan bukti sumpah *lian*.³⁶

Memang yang dihadapi hakim adalah putusan mengenai kasus tertentu dan putusan yang dijatuhkan merupakan kasus yang berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga pada hakekatnya kasus yang diputuskan berkaitan erat dengan perubahan sosial, perbedaan tempat dan waktu, kemungkinan kasus tersebut belum diatur dalam perundang-undangan, sehingga diperlukan penciptaan hukum baru, atau sudah diatur dalam perundang-undangan, tetapi tidak sesuai lagi dengan nilai kesadaran masyarakat atas perubahan sosial, sehingga diperlukan penafsiran dan modifikasi.

Hukum kasus yang dihadapi oleh hakim pengadilan (agama) dimungkinkan sudah diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan, namun apa yang dirumuskan di dalamnya terlampau umum, sangat bersifat abstrak, tidak sesuai dengan kepentingan umum, maka

dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan penafsiran undang-undang dari hakim. Dalam keadaan yang mengharuskan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturan perundang-undangan yang umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum dapat menjawab menyelesaikan kasus kejadian *konkreto*, yang diperlukan suatu sistem yang lazim disebut "*judge made law*". Maka pembuktian hukum kasus, yakni menemukan hukum materiil melalui perkara di pengadilan lebih leluasa daripada menemukan hukum materiil di luar perkara pengadilan atau pada hukum fungsi mengatur. Sebagai contoh, hakim boleh memutus perkara berdasar *an-nukul* dan atau *an-nukul 'ala al-yamin al-mardudah* (pihak menolak mengucapkan sumpah yang diperintahkan oleh hakim pada sumpah pelengkap satu orang saksi dan atau menolak mengucapkan sumpah yang dikembalikan pihak lawan pada sumpah pemutus). Begitu pula hakim boleh memutus

36 *Ibid.*, hal. 16.

117

dengan *al-yamin ma'a asy-syahid* (satu orang saksi plus sumpah dari pihak yang memiliki saksi tersebut).³⁷

Pada hukum dalam fungsi mengatur (*turuq hifz al-huquq*) al-Qur'an menyebutkan bahwa alatnya hanyalah dua orang laki-laki atau seorang laki-laki bersama dua orang perempuan. Akan tetapi dalam Surat an-Nisa' (QS. 59: 105) dinyatakan: "*Sesungguhnya Kami telah menurunkan al-Qur'an kepadamu dengan membawa kebenaran supaya kamu mengadili antara manusia dengan apa yang Allah telah wahyukan kepadamu*". Maka *an-nukul* dan atau *an-nukul 'ala al-yamin al-mardudah*, *al-yamin ma'a asya-syahid*, itulah yang dimaksud dengan "apa yang Allah telah wahyukan kepadamu". Hal ini bukan berarti bertentangan atau merupakan tambahan atas *nash al-Qur'an*.

Bila uraian di atas dihubungkan dengan praktek di pengadilan Agama, maka dalam melihat kasus perkara yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan), maka pertama-tama hakim akan

mendudukan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (*case position* atau *nafs waqi'* atau *da'wa al-waqi'*). Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum-hukum materiil yang berkaitan dengan kasus itu, yaitu hukum materiil Islam dan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia yang relevan dengan kasus itu, yang bersifat umum maupun yang bersifat khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, untuk diukurkan kepada kasus tersebut. Kemudian hakim akan menarik kesimpulan sesuai dengan bukti-bukti yang diajukan dan yang cocok dengan kasus tersebut. Akan tetapi dalam kasus yang bersifat komulasi, hukum yang persis sesuai dengan kasus itu “jarang ditemui”, yang dengan sendirinya membawa konsekuensi pula di segi pembuktiannya. Di sinilah letak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukan kasusnya serta mempergunakan pembuktian dan hukum yang relevan. Untuk itu dalam menghadapi perkara atau kasus yang demikian itu,

37 *Ibid.*, hal. 17.

118

maka seorang hakim harus berpikir global, dan bertindak lokal atau khusus (*'am an-nazari wa khas al-'amali*).

Dalam menghadapi *particular case* atau sengketa perkara yang belum di atur dalam peraturan perundang-undangan, diperlukan cara penyelesaian khusus sesuai dengan pertumbuhan kesadaran dan perubahan sosial, atau kasus tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun yang dirumuskan di dalamnya, terlampau umum, sangat bersifat abstrak, tidak sesuai dengan kepentingan umum, maka dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan menafsirkan undang-undang dari hakim (*interpretation of tsatute*).

Dalam keadaan yang mengharuskan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturan perundang-undangan yang umum, abstrak dan atau bertentangan dengan kepentingan umum untuk dapat menjawab penyelesaian kasus kejadian *konkreto* diperlukan suatu sistem yang lazim disebut “*judge made law*”. Fungsi hakim sebagai *jude made law* dalam menyelesaikan perkara tertentu melalui penafsiran

undang-undang, ini hanya terbatas bersifat *case law* (penyelesaian kasus tertentu yang mengandung *partucular case* dan *particular reason*). Dengan demikian fungsi *jadge made law* melalui penafsiran undang-undang, terbatas untuk menambah putusan baru (*addition of new decesion*) tentang peristiwa *konkreto* yang berhubungan dengan kejadian kasus tertentu (*particular case*).

Patokan penafsiran yang dibenarkan, pada prinsipnya berpegang pada acuan:³⁸ (a) kasus perkara *inkonkreto*, tidak persis sama dengan rumusan undang-undang. Pada kejadian seperti ini, penafsiran dilakukan dengan cara memberi makna atau menentukan arti suatu ketentuan undang-undang, sepaya ketentuan undang-undang tersebut dapat dipergunakan dan diterapkan dalam menyelesaikan dan memutus perkara yang disengketakan, (b) redaksi

38 Yahya harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap (Bagian Pertama)," dalam *Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994*, hal. 71.

undang-undang yang bersifat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum. Dalam kasus seperti ini, hakim melakukan penafsiran undang-undang yang bersangkutan dengan cara memberi isi kongkrit ke dalam rumusan kaidah undang-undang dimaksud, sesuai denga kejadian perkara yang disengketakan, dan (c) Undang-undang yang bersangkutan belum mengatur. Menghadapi kejadian seperti ini, hakim berwenang mencipta *judge made law* sebagai keharusan. Secara obyektif dan realistik, hakim dalam melaksanakan fungsi dan kewenangan peradilan dalam menyelesaikan sengketa sering dihadapkan pada kausu tertentu (*particular case*) yang belum diatur dalam undang-undang, atau ada diatur dalam undang-undang, tetapi perumusannya sangat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum, maupun rumusannya tidak sesuai dengan kepatutan.

Selain itu, ada beberapa faktor yang menjadi landasan atas keharusan yang menempatkan hakim berperan sebagai *judge's as law maker*, yaitu:³⁹ (1) peraturan perundang-undangan bersifat *konserfatif*, (2) tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna, dan (3)

tanggung jawab penegakan kebenaran dan keadilan berada dipundak hakim.

Tujuan menciptakan hukum melalui kodifikasi undang-undang, dimaksudkan untuk memepertahankan dan memantapkan suatu suasana dan tatanan tertentu sesuai dengan gerak ruang waktu dan tempat. Setelah keadaan dan tatanan itu dipertahankan dan dimantapkan oleh peraturan undang-undang yang bersangkutan, eksistensi dan substansinya langsung membeku dan konserfatif. Dalam keadaan yang demikian, undang-undang sebagai pranata hukum akan berperilaku reaktif terhadap segala perubahan dan nilai-nilai baru. Seolah-olah undang-undang tidak mau bergeser dari kemantapan dan keamanan yang telah tercipta.

Sebaliknya pada sisi lain, nilai-nilai kesadaran terus berubah, menggeser nilai lama. Perubahan dan pergeseran kesadaran

39 *Ibid.*, hal. 72-74.

120

masyarakat (*social change*), tidak pernah berhenti, terus berlanjut dan berlangsung dari waktu ke waktu tanpa mengenal perhentian. Akibatnya hukum yang dikodifikasi dalam bentuk undang-undang ketinggalan dimakan waktu, ditinggalkan oleh arus perubahan yang senakin dinamis. Akan tetapi secara formil, undang-undang telah diakui sebagai satu-satunya alternatif sumber hukum yang memiliki legalitas sebagai alat penegakan hukum untuk menyelesaikan persengketaan, terkadang kalau isi ketentuannya diterapkan secara stict law sesuai dengan teks yang dirumuskannya, bisa menimbulkan ketidakadilan. Menghadapi kenyataan yang seperti itu, dikaitkan dengan tujuan peradilan, maka sangat beralasan memberi kewenangan kepada hakim untuk melakukan penafsiran, agar penerapan undang-undang dapat mencapai nilai kebenaran dan keadilan.

Di samping itu tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna. Pembuat Undang-undang (Badan Legislatif), kemampuan dan daya prediksi serta rekayasa mereka sangat terbatas. Bertitik tolak dari hakekat keterbatasan tersebut sejak semula dapat diperkirakan, bahwa setiap kodifikasi undang-undang pasti mengandung kekurangan

dan kelemahan. Terkadang hal yang sangat mendasar adalah pada waktu undang-undang itu berhadapan dengan peristiwa *konkreto*, tidak mampu memberikan penyelesaian yang *konstruktif*.

Meskipun pada saat kodifikasi undang-undang sudah dikaji dan dibahas dari berbagai aspek, sehingga telah dianggap sempurna, akan tetapi pada saat undang-undang dinyatakan berlaku, sudah banyak masalah *konkreto* yang sama sekali tidak pernah terpikirkan dan diperhitungkan pada saat pembuatan undang-undang itu. Sehubungan dengan kenyataan ni, sangat beralasan untuk memberikan kewenangan kepada hakim untuk melakukan *judge made law*, dengan peran dan fungsi menyempurnakan segala macam kekurangan dan kelemahan yang terkandung dalam setiap undang-undang yang telah terkodifikasi, dengan tujuan agar undang-undang yang dibuat oleh Badan Legislatif tersebut tetap aktual dan efektif. Dengan demikian, melalui peran dan fungsi *judge as law maker*, dalam arti mencipta

121

putusan-putusan baru berdasar *particular case*, suatu perangkat undang-undang yang kurang sempurna akan dilengkapi hakim melalui putusan dalam menghadapi peristiwa *konkreto* tertentu.

Melalui *doktrin the intrest of justice*, hakim diberi wewenang melakukan penafsiran undang-undang, yang berupa:⁴⁰ (1) hakim bebas menafsir undang-undang ke arah penerapan hukum yang dianggapnya mampu meletakkan landasan membina dan memantapkan suatu tatanan yang benar, adil dan patut sesuai dengan perubahan sosial, (2) melakukan penafsiran undang-undang ke arah pengembangan hukum yang *fleksibel* yang pada saat kodifikasi perundang-undangan belum dipikirkan oleh pembuat undang-undang, dan (3) mencari dan menemukan kehendak yang diinginkan pembuat undang-undang, dan dari penemuan kehendak pembuat undang-undang yang terumus dalam isi dan jiwa undang-undang yang bersangkutan dijadikan *common basic idea* (landasan cita hukum umum) dalam menyelesaikan kasus *konkreto*.

Berdasarkan doktrin dan praktek, kewenangan seperti itu, baru dapat dilakukan hakim, apabila kasusu yang bersangkutan berhadapan

dengan ketentuan perundang-undangan yang bersifat umum abstrak atau bertentangan dengan kepentingan umum. Agar tidak berkembang putusan-putusan pengadilan yang bersifat disparitas menghadapi kasus yang persis sama dikemudian hari, perlu dibina keseragaman penegakan hukum yang tidak berbeda.

Tujuan dan fungsi putusan yang diambil hakim melalui peran *judge made law* atas kasus-kasus yang memiliki ciri *particular case*, antara lain bertujuan untuk:⁴¹ (1) menegakkan terwujudnya *law standard*. Kekosongan, ketidak jelasan serta kelemahan hukum positif yang tertuang dalam kodifikasi dapat disempurnakan oleh hakim melalui interpretasi dalam menghadapi kasus inkonkreto. Apabila kemudian hari timbul kasus yang seperti itu, hakim sedapat mungkin

40 *Ibid.*, hal. 74.

41 *Ibid.*, hal. 75-76.

122

jangan membuat putusan baru yang menyimpang dari putusan terdahulu, (2) menciptakan *unified legal frame work* dan *unified legal opinion*. Apabila telah terwujud *law standard* dalam kasus tertentu melalui *judge made law*, hal itu akan berdampak positif terhadap terwujudnya keseragaman landasan hukum yang sama (*unified legal frame work*) dan keseragaman persepsi hukum yang sama (*unified legal opinion*) dalam semua kalangan. Putusan tersebut langsung berperan dan berfungsi mewujudkan keseragaman landasan hukum dan keseragaman persepsi hukum mengenai kasus tertentu. Semua pihak menjadikan putusan dimaksud sebagai standar hukum dan dijadikan sebagai rujukan utama dalam menyelesaikan sengketa.

Selain itu, yaitu (3) tercipta kepastian penegakan hukum, karena menghadapi kasus yang sama semua pihak akan merujuk kepada standar hukum yang sama. Perujukan yang demikian memberi kepastian kepada para pencari keadilan. Bahwa dalam menghadapi kasus yang demikian, akan diterapkan ketentuan hukum yang bersumber dari *standar* yang tercipta melalui *proses judge made law*, dan (4) mencegah terjadinya putusan *disparitas*. Apabila suatu putusan telah diterima sebagai standar hukum mengenai kasus

yang sama, maka akan terwujud kepastian penegakan hukum. Kalau kepastian penegakan hukum sudah terjamin melalui *judge made law*, maka putusan yang bersangkutan berfungsi langsung menghilangkan putusan pengadilan yang bercorak *disparitas*. Kekacauan putusan yang mengandung kesenjangan dan perbedaan antara yang satu dengan lainnya tidak akan ditemukan lagi.

Perlu diketahui, bahwa tidak semua putusan yang berasal dari *judge made law* menjadi *stare decisis*, meskipun putusan yang bersangkutan mengandung *particular case*. Agar suatu putusan berkualitas dan dapat diangkat derajatnya sebagai *stare decisis*, yaitu sebagai berikut:⁴² (1) putusan tersebut mengandung *ratio decidendi*, yaitu putusan menjelaskan dasar-dasar hukum yang aktual sebagai landasan pertimbangan atau putusan menjelaskan alasan-alasan

⁴² *Ibid.*, hal. 77.

123

hukum yang aktual dan rasional, dan dari alasan itulah diambil kesimpulan dan aturan hukum yang ditetapkan hakim dalam putusan yang dijatuhkan, dan semua fakta yang ditemukan hakim dalam proses persidangan, harus dipertimbangkan dengan seksama, dan (2) putusan juga harus mengandung *obiter dicta*, yaitu hal-hal yang tidak pokok tetapi dapat menjelaskan lebih terang *ratio decidendi*, harus tertuang dalam putusan. Dengan demikian kandungan *obiter dicta* dalam putusan merupakan pelengkap *ratio decidendi*, meskipun *obiter dicta* bukan hal yang pokok dalam putusan.

Daftar Pustaka

- A. Khisn, Transformasi Hukum Islam Ke dalam Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional), Ringkasan Disertasi, Progam Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Unversitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2011.

- A. Khisni, *Hukum Islam dan Peradilan Agama di Indonesia*. Cet. 1 (Semarang, Unissula Press, 2011).
- A. Khisni, *Metode Ijtihad dan Istinbath, Ijtihad Hakim Peradilan Agama*, Cet. 1 (Semarang: Unissula Press , 2011).
- A. Khisni, *Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional*, (Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia. 2011).

125

Abdul Gani Abdullah, *Tinjauan Hukum terhadap Perkawinan Dibawah Tangan*, Makalah Disampaikan pada Penataran Dosen Hukum Islam PTN/PTS se Indonesia Angkatan Pertama Tanggal 12 Juli 1995, di Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Abd. Al-Wahab Khallaf, *Ilm Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Kuwaitiyyah, 1968).

Abdul Gani Abdullah, “Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia,” dalam *Mimbar Hukum* No. 17 Thn. V 1995.

Abdul Wahid Hasyim, *Pandangan Ulama tentang Putusan MK dan Perkawinan Sirri*, dalam *Furqon* Edisi 89 TH. X / April 2012.

Abdurrahman Wahid, *Muslim di Tengah Pergumulan*, (Jakarta: LEPPENAS, 1981).

Achmad Ali, “Eksistensi Hakim dalam Menegakkan Hukum di Indonesia,” dalam *Mimbar Hukum* No. 52 Thn. XII 2001.

Ahmad Rofiq, *Fiqh Mawaris*, Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002).

Ahmad Tholabi Kharlie, “ Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam,” dalam *Mimbar Hukum* No. 53 Thn. XII 2001.

Ahmad Tholabi Kharlie, “Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam,” dalam *Mimbar Hukum* No. 53 Thn. XII 2001

Akh. Minhaji, *Hukum Islam: Antara Sakralitas dan Profanitas (Perspektif Sejarah Sosial)*, (Yogyakarta: Universitas Islam Negeri Yogyakarta, 2004).

Ali Yafie, “Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh,” dalam *Mimbar Hukum* No. 13 Thn. V 1994.

126

Amir Muallim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, Cet. 2, (Yogyakarta: UII Press, 2001).

Amir Mu’alim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Fiqh, Disampaikan di depan Sidang Senat Terbuka Universitas Islam Indonesia, 17 Juni 2006.*

Amir Mu’allim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial*, op. cit..

Asfari Jaya Bakti, *Konsep Maqashid al-Syari’ah menurut Al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa Ini*, (Jakarta: Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, 1994)

Asfari Jaya Bakti, *Konsep Maqasid al-Syari’ah menurut Al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa ini*, (Jakarta: Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, 1994).

Bagir Manan, “Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional,” di dalam Yuhaya S. Praja, *Hukum Islam Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991).

Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996).

Chatib Rasyid, *Anak Lahir di Luar Nikah (Secara Hukum) Berbeda dengan Anak Hasil Zina*, Semnar Pro dan Kontra Pascaputusan MK tentang Huubungan Perdata Anak dengan Ayah Biologisnya, Program Pascasarjana Magister (S-2) Ilmu Hukum Unissula Semarang, Tanggal 7 Juli 2012.

127

Efrinaldi, “Reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur Rahman”, *Mimbar Hukum* No. 50 Thn. XII 2001.

Fatwa Majelis Ulama Indonesia No. 11 Tahun 2012 Tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, Tertanggal 18 Rabi’ul Akhir 1433H-10 Maret 2012.

GBHN Tahun 1999 (Bab IV. A. 2).

Hasil Wawancara dengan Rozikhan, Ulama Muhammadiyah, Wakil Ketua PW Jawa Tengah, pada tanggal 2 Januari 2010.

Ismail Saleh, “Wawasan Pembangunan Hukum Nasional,”Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991.

Jimly Asshiddiqie, “Hukum Islam di Antara Agenda Hukum Nasional,” *Mimbar Hukum* No. 51 Thn. XII 2001.

Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Cet. 1 (London: The

Clarendon Press, 1977).

Kebijakan Pembangunan Hukum Nasional dalam Garis-garis Besar Haluan Negara (TAP No. II/MPR/1993) yang menyangkut materi hukum, aparatur hukum serta sarana dan prasarana hukum. Demikian juga dinyatakan dalam GBHN 1989 yang disusun dan ditetapkan oleh MPR dalam sidang umum bulan Maret 1998 dalam bidang hukum di bawah sub judul sasaran yang menyangkut materi hukum, aparatur dan penegak hukum, pembangunan sarana dan prasarana hukum, budaya hukum dan hak asasi manusia.

Ma'ruf Amin, "Efek Domino Putusan Mahkamah Konstitusi" dalam Furqon Edisi 89 TH. X/April 2012.

128

Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum* No. 17 Thn. V 1994.

Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya," di dalam Yuhaya S. Praja (ed), *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991).

Muhammad Alim, Akibat Hkum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi, Disampaikan dalam Diskusi Publik, "Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi", IKA-UII Yogyakarta, 7 Juli 2012.

Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat: No. 377/Pdt.G/1993/PA-Jk. Tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 Jumadil Awal 1414 H. Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta: No.14/Pdt.G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. Putusan Mahkamah Agung RI: No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

Putusan Pengadilan Agama Mataram: No. 85/Pdt.G/92/V/PA.MTR, tanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H., Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram: No. 19/Pdt.G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H., Jo. Putusan Mahkamah Agung RI: No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

Putusan Pengadilan Agama Rembang No. 433/Pdt.G/2007/PA. Rbg., tertanggal 12 Nopember 2007 M, bertepatan dengan tanggal 2 Dzul Qa'dah 1428 H.

129

Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta, No. 280/Pdt.G/2002/PA.Yk, tertanggal 16 September 2003M, bertepatan dengan tanggal 19 Rajab 1424 H. Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta, No. 36/Pdt.G/2003/PTA.YK, tanggal 21 Januari 2004 M, bertepatan dengan tanggal 30 Dzulqo'idah 1424 H. Jo. Putusan Mahkamah Agung RI No. 193 K/AG/2004, tanggal 21 Pebruari 2007.

Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum* No. 54 thn. XII 2001.

Roihan A. Rasyid, "Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama)," dalam *Mimbar Hukum* No. 19 Thn. VI 1995.

Roihan A. Rasyid, "Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama)", *Mimbar Hukum* No. 19 Thn. VI 1995.

Ronny Hanityo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982).

Ronny Hanityo, *Metode Penelitian Hukum*, Cet. 1, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982).

Ronny Haniyo Soemitro, *Metodologi Peneltian Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982).

Satria Efendi M. Zein, “Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama,” dalam *Mimbar Hukum* No. 10 Thn. 10 1993.

Satria Efendi M.Zein, “Ijtihad Hakim Peradilan Agama”, dalam *Mimbar Hukum* No. 10 Thn. 10 1993.

Satria Effendi M. Zein, “Analisis Fiqh,” dalam *Mimbar Hukum* No. 30 Thn. VIII 1997.

130

Satria Effendi M. Zein, “Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama”, *Mimbar Hukum* No. 10 Thn. IV 1993.

Satria Effendi M. Zein, “Ijtihad dan hakim Peradilan Agama,” op. cit..

Satria Effendi M. Zein, “Pendidikan Syari’ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam Hukum Islam,” dalam *Mimbar Hukum* No. II Thn. IV 1993.

Satria Effendi M. Zein, “Pendidikan Syari’ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam,” dalm *Mimbar Hukum* No. 11 Thn. IV 1993.

Syamsuhadi Irsyad, “Menegakkan Citra Hukum,” dalam *Mimbar Hukum* No. 39 Thn. IX 1998.

Syamsul Anwar, *Studi Hukum Islam Kontemporer*, Cet. 1 (Yogyakarta: Cakrawala Press, 2006).

Taufiq, “Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama,” dalam *Mimbar Hukum* No. 17 thn. V/1994.

Taufiq, Ijtihad Hakim Agama, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990.

Taufiq, Ijtihad Hakim Agama, Makalah Disampaikan pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990.

Wahyudi, Hakim Pengadilan Agama Kota Semarang, dalam Furqon, Ediri 89 TH. X/April 2012.

Yahya harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap (Bagian Pertama)," dalam Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994.

131

Zuhdi Muhdlor, Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Ditinjau dari Hukum Islam, Disampaikan dalam Diskusi Publik "Akibat Hukum terhadap Anak luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi", IKA-UII Yogyakarta, 7 Juli 2012.

H. A. Khisni, S.H., M.H.,

lahir di Jepara pada tanggal 8 Agustus 1957, dosen pada Fakultas Hukum Unissula dan Program Magister Ilmu Hukum Unissula.

Pendidikan ditempuh mulai dari Madrasah Ibtidaiyah Sultan Agung dan dilanjutkan di SMP Islam Sultan Agung di Jepara. Setelah jeda selama 3 tahun untuk menjadi santri di Ponpes Raudlatut Thalibin Leteh Rembang, melanjutkan pendidikan di SMA Islam Sultan Agung di Jepara. Setelah menamatkan Pendidikan Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang menjadi Dosen tetap di almamaternya tersebut.

Gelar Magister Hukum diperoleh dari Universitas Indonesia Jakarta, saat ini sedang menyelesaikan studi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta.

Pendidikan keagamaan diperoleh dari sang ayah, KH. Nor Ihsan semasa kecilnya sampai tamat MI, dengan mendalami ilmu nahwu dan fikih.

Selama sekolah di SMP oleh ayahnya dipondokkan di Pesantren Miftahul Ulum Kriyan-Jepara yang diasuh oleh KH. Muslim dengan mendalami ilmu-ilmu akidah (tauhid). Selepas SMP menjadi santri KH Bisi Mustafa di Pondok Pesantren Leteh Rembang. Pada waktu sekolah SMA mendalami ilmu-ilmu ushul fikih, qawaidh fiqiyah dan ilmu hadist pada Ponpes Al Hidayah Purwogondo Jepara yang diasuh KH. Turmuzdi.

Selain sebagai dosen juga berprofesi sebagai advokat. Dari profesi yang satunya inilah penulis buku ini memperoleh pengalaman yang berharga dalam studi dan implementasi hukum, terutama hukum Islam dan penegakkannya.

Dari perkawinannya dengan Dra. Diah Mardiyah, S.Psi, mendapatkan seorang putra, Khisda Azka Himawan, yang saat ini sedang belajar di Fakultas Ekonomi Universitas Airangga.

Buku yang telah diterbitkan : Essay-essay Aliran Pemikiran dalam Hukum Islam dan Issue Kontemporer Filsafat Hukum Islam, Epistemologi hukum Islam (Sumber dan Dalil Hukum Islam, metode Isimbath dan Ijtihad dalam Kajian Epistemologi Usul Fikih), Aliran-Aliran Pemikiran Dalam Hukum Islam (Studi Tentang Latar Belakang, Bentuk dan Tajdid, serta Relevansinya dengan Perkembangan Zaman), Hukum Islam : Antara Teks dengan Konteks (Studi tentang Hukum Islam Antara Normatif dengan Empiris untuk Menggali Maqashid al-syar'ah dalam Upaya Mewujudkan Fikih Indonesia)





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 : EC00201803555, 13 Februari 2018

Pencipta

Nama : **Dr. H. AKHMAD KHISNI, S.H., M.H**
Alamat : Jl. Wolter Mongensidi Perum. Wolter Mongensidi Baru
No. 33 Kel. Tlogosari Wetan Kec. Pedurungan,
Semarang, Jawa Tengah, 50196
Kewarganegaraan : Indonesia

Pemegang Hak Cipta

Nama : **Dr. H. AKHMAD KHISNI, S.H., M.H**
Alamat : Jl. Wolter Mongensidi Perum. Wolter Mongensidi Baru No.
33 Kel. Tlogosari Wetan Kec. Pedurungan , Semarang,
Jawa Tengah, 50196
Kewarganegaraan : Indonesia

Jenis Ciptaan

: **Buku**

Judul Ciptaan

: **HUKUM ISLAM ANTARA TEKS DENGAN KONTEKS**

Tanggal dan tempat diumumkan untuk pertama kali di wilayah Indonesia atau di luar wilayah Indonesia : 25 Desember 2012, di Semarang

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 : 000101581

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