

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Beberapa penelitian dan fakta menunjukkan trend peningkatan angka perceraian dengan jalur cerai gugat, yaitu pihak istri yang mengajukan cerai ke pengadilan. Kesadaran perempuan akan hak-haknya semakin membuka peluang perempuan untuk menuntut hak-haknya.¹ Namun apabila kesadaran tersebut dibangun atas relasi gender yang harmonis, maka kesadaran tersebut tidak menjadi pendorong untuk perempuan mengajukan gugat cerai.² Heaton menyatakan, meningkatnya angka perceraian tersebut disebabkan oleh banyak hal, di antaranya peningkatan ekonomi, perkawinan terlalu muda atau tua, ideologi gender, pendidikan, dan hubungan keluarga. Menariknya, di Indonesia penyebab perkawinan bergeser dari hubungan suami-istri, lingkungan keluarga besar, dan keadaan ekonomi menjadi disebabkan oleh faktor pendidikan yang paling penting.³ Rais menambahkan cerai gugat meningkat karena pemahaman istri akan hak-haknya sehingga ia dapat mengetahui kapan haknya dipenuhi atau tidak, banyaknya istri yang memiliki kemampuan ekonomi yang mandiri yang dapat menghidupi dirinya dan anaknya, pemahaman istri tentang status talak yang tidak saja dimiliki oleh suami tetapi juga istri dapat mengajukan cerai, dan pendidikan perempuan yang relatif tinggi sehingga tidak berkeinginan untuk bergantung kepada laki-laki dan berada di bawah subordinasinya.⁴ Di Jawa Barat, faktor

¹ Mazroatus Saadah, "Perempuan dan Perceraian: Kajian Tentang Cerai Gugat di Pengadilan Agama Bekasi", *Al-Ahwal*, Vol.11, No.2, (2018), 130.

² Isnatin Ulfah, "Menggugat Perkawinan: Transformasi Kesadaran Gender Perempuan Dan Implikasinya Terhadap Tingginya Gugat Cerai Di Ponorogo", *Kodifikasi: Jurnal Penelitian Islam*, Vol. 5, No. 1, (2010): 1-22.

³ Tim B. Heaton, Mark Cammack, Larry Young, "Why is the Divorce Rate Declining in Indonesia?", *Journal of Marriage and Family*, V. 63, (May 2001): 480; Isnawati Rais, "Tingginya Angka Cerai Gugat (Khulu') di Indonesia: Analisis Kritis terhadap Penyebab dan Alternatif Solusi Mengatasinya", *Jurnal Al-'Adalah*, Vol. 12, No. 1, (2014), 191–204.

⁴ Isnawati Rais, "Tingginya Angka Cerai Gugat (Khulu') di Indonesia: Analisis Kritis terhadap Penyebab dan Alternatif Solusi Mengatasinya", *Jurnal Al-'Adalah*, Vol. 12, No. 1, (2014), 191–204.

ekonomi sebagai sebab dominan cerai gugat, selain karena tidak harmonisnya hubungan suami istri dan tidak ada tanggung jawab (nusyuz) baik dari laki-laki ataupun perempuan.⁵

Dampaknya tidak sedikit perempuan-perempuan yang dulunya menganggap perceraian sebagai hal yang tabu kini dianggap sebagai sesuatu alternatif untuk keluar dari persoalan rumah tangga yang tak kunjung selesai. Meskipun sebagian peneliti masih melihat faktor ekonomi dan sosial sebagai sebab perceraian.⁶ Arshad mencatat 95% problem yang diajukan ke Dewan Syariah (*Sharia Council*) di Inggris berkaitan dengan hubungan keluarga dan terbesarnya berkaitan dengan persoalan perceraian.⁷ Trend yang muncul di negara barat meningkat angka perceraian sedangkan angka kelahiran menurun dan perkawinan tidak resmi (lebih tepat disebut hidup bersama/*couple cohabit*) juga bertambah.⁸

Munir menyatakan perceraian yang meningkat karena ada pemahaman masyarakat tentang kemudahan bercerai yang dalam pandangan Syafi'iyah dapat dilakukan oleh suami kapanpun. Di sisi lain, Ibn Asyur berpandangan bahwa perceraian sebagai pranata hukum harus dipahami dalam konteks hukum dan sosial dan tujuan dari perceraian. Sebagai perbuatan yang dicela, perceraian adalah solusi akhir sehingga ketentuan perceraian yang harus dilakukan di pengadilan, memiliki sebab tertentu, dan melalui proses persidangan dan pembuktian merupakan suatu ikhtiar untuk mengerem perceraian.⁹

Kementerian Agama dengan melansir data Mahkamah Agung mencatat angka perceraian tahun 2015 mencapai 394.246 perkara, tahun 2016 meningkat

⁵ Ramdani Wahyu Sururie, "Perceraian Dalam Keluarga Muslim Di Jawa Barat", *Al-Manahij: Jurnal Kajian Hukum Islam*, Vol.12, No. 2, (Desember 2011), 268-271.

⁶ Judith E. Tucker, Women, Family, and Gender in Islamic Law, reviewed by Ruth Roded, *International Journal of Middle East Studies*, V. 42 (2010): 525.

⁷ Raffia Arshad, "Islamic Family Law", (Book Review), *Ecclesiastical Law Journal*, Vol. 13, (2011): 357.

⁸ Andrea Büchler, "Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse-or: beyond cultural and religious identity in family law", *International Journal of Law in Context*, V.8/2, (2012):198.

⁹ Abdulloh Munir, "Konsep Perceraian di Depan Sidang Pengadilan Perspektif Maqasid Al-Syari'ah Ibnu Asyur", *Journal of Islamic Family Law*, Vol. 3, No. 2, (Juli 2019), 107.

menjadi 401.717 perkara, kemudian tahun 2017 meningkat lagi pada angka 415.510 perkara, lalu tahun 2018 terus meninggi sampai di angka 444.358 perkara. Di tahun 2020, data perkara masuk hingga Agustus sudah mencapai 306.688 perkara.¹⁰ Untuk perkara yang diputus di wilayah Banten untuk tahun 2017 mencapai 13478 perkara, tahun 2018 sebanyak 14021, dan tahun 2019 sebanyak 12592 perkara.¹¹ Data perkara tersebut menunjukkan bahwa perceraian di Banten terbilang tinggi.

Perkara di Banten tersebut didominasi oleh perkara cerai gugat dan cerai talak. Adapun jumlah perkara cerai gugat mendominasi di semua Pengadilan Agama di Banten. Tiga pengadilan yang menjadi lokasi penelitian selama kurun waktu 2015-2020, angka cerai gugat mencapai 68,6% (PA Serang), 51,3% perkara (PA Cilegon), dan 55,9% (PA Tangerang). Di Pengadilan Agama Serang dan Tangerang bahkan melebihi 50% angka cerai gugat untuk tiap tahunnya. Di Pengadilan Agama Cilegon yang rata-ratanya di angka 45% di tahun 2015-2017, namun di tahun 2018 dan 2019 naik menjadi 60,9% dan 65%. Pengadilan Agama lainnya yaitu PA Tigaraksa dan PA Rangkasbitung juga didominasi oleh perkara cerai guat. Kondisi perkara ini yang menjadi pertimbangan penulis memilih Banten sebagai lokasi penelitian, selain karena letak geografis yang berdekatan dengan ibu kota, dan struktur serta budaya yang dinamis antara budaya komunal dan modern akibat pengaruh pusat ibu kota dan teknologi. Masyarakat Banten terkenal dengan religiusitasnya dan masih memegang erat tradisi dan keagamaan utamanya di wilayah Banten Barat. Adapun wilayah Banten yang berbatasan dengan Jakarta, yaitu Tangerang dan Tangerang Selatan kehidupan masyarakatnya sudah sangat modern.

¹⁰ Kemenag Sebut Angka Perceraian Mencapai 306.688 Per Agustus 2020, <https://www.merdeka.com/peristiwa/kemenag-sebut-angka-perceraian-mencapai-306688-per-agustus-2020.html>

¹¹ Direktori Putusan Mahkamah Agung, <https://putusan3.mahkamahagung.go.id/pengadilan.html?>

Tabel 1

Data Cerai Gugat di Pengadilan Agama Wilayah Banten

No	TH	PA SRG	CERAI GUGAT	%	PA CLGN	CERAI GUGAT	%	PA TNG	CERAI GUGAT	%
1	2015	2294	1416	61,7	1269	566	44,6	2426	1690	69,7
2	2016	2717	1593	58,6	1245	592	47,5	2574	1838	71,4
3	2017	4031	2088	51,8	1274	567	44,5	2673	1896	70,9
4	2018	5117	2170	42,4	966	588	60,9	3064	2229	72,7
5	2019	5761	2955	51,3	911	595	65,3	3921	2013	51,3
6	2020	5905	2679	45,4	1010	588	58,2			
		20814	12901	61,9	6675	3496	52,4	14658	7180	55,8

Sumber: Diolah dari Direktori Putusan Mahkamah Agung dan Laporan Tahunan Tiga Pengadilan

Dalam hal perceraian ini, ada tiga metode dan istilah yang dipakai dalam fikih Islam, yaitu cerai talak (*thalāq*), gugat cerai, dan *fasakh*. Cerai talak adalah pemutusan hubungan perkawinan yang dilakukan oleh suami sedangkan gugat cerai adalah permintaan pemutusan hubungan perkawinan yang dilakukan oleh istri. Hukum Islam tentang cerai tersebut juga berkembang. Beberapa negara telah melakukan eklektisisme hukum, yaitu mengambil pendapat fikih secara akomodatif. Artinya, masyarakat tertentu yang menggunakan pandangan Syafi'iyah dalam konteks perkawinan menggunakan pendapat Malikiyah. Diterimanya cerai gugat (*khulu'*) membuktikan fleksibilitas hukum Islam dalam menerapkan pandangan ulama.¹²

Konsekuensi dari pemutusan hubungan perkawinan (perceraian) tersebut berupa kewajiban-kewajiban yang harus dilaksanakan oleh mantan suami kepada mantan istri berupa nafkah iddah dan mut'ah. Kewajiban nafkah iddah secara umum disebut dalam Al-Qur'an surat at-Thalāq [65]: 6-7 dan hadis Nabi SAW. yang diriwayatkan oleh Bukhari yang artinya: "Dari Aisyah bahwa Hindun binti Utbah berkata: Wahai Rasulullah, sesungguhnya Abu Sufyan seorang yang kikir dan ia tidak memberi nafkah yang cukup untukku dan anakku kecuali apa yang

¹² Mohammad Hashim Kamali, "Islamic Family Law Reform: Problems And Prospects", *Islam and Civilisational Renewal*, ICR.plutojournals.org, 46.

saya ambil darinya dan ia tidak mengetahuinya. Lantas Nabi SAW. bersabda: Ambillah sejumlah yang dapat mencukupi kebutuhanmu dan anakmu secara ma'ruf.¹³ Ayat tersebut menyebutkan beberapa hak istri, yaitu tempat tinggal, nafkah sampai melahirkan jika mantan istri sedang hamil, dan biaya menyusui. Shihab menyebutkan bahwa istri perlu ditempatkan dalam rumah (*sakan*) agar hidupnya tenang karena perintah *askinūhunn* (memberikan tempat tinggal) bermakna menempatkan istri pada tempat tinggal yang layak sebagaimana rumah yang ditempati suami.¹⁴ Thabari menyebutkan bahwa mantan suami tidak boleh menambah kesedihan hati mantan istrinya. Apabila mantan istri sedang hamil maka mantan suaminya wajib memberikan nafkah termasuk istri yang kondisi ditolak bain.¹⁵

Hak perempuan setelah perceraian meliputi mut'ah dan nafkah iddah. Di beberapa negara, seperti Turki, Maroko, Yaman, Singapura, Brunei, dan Indonesia menerapkan adanya hak tersebut bagi perempuan. Penentuan hak tersebut bergantung kepada perceraian yang diajukan apakah oleh suami atau istri, apakah perempuan mengajukan gugatan hak atau tidak, kemampuan finansial suami, dan keyakinan hakim. Hakim Pengadilan Agama Goyo (Aceh Tengah) menurut penelitian Bowen memberikan perlindungan kepada hak-hak perempuan.¹⁶

Namun demikian, putusan Pengadilan Agama Palopo yang menjadi objek penelitian Marwing menunjukkan hakim tidak memberikan hak nafkah pada mantan istri. Hakim tidak memberikan pembebanan nafkah karena penggugat tidak mengajukan tuntutan. Hakim tidak dapat mengkonfirmasi kesiapan suami

¹³ Muhammad ibn Isma'īl al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari* (Beirut: Dar Ibn Kasir, 2002/1423), 1367.

¹⁴ M. Quraish Shihab, *Tafsir al-Misbah: Pesan Kesan Keserasian al-Quran* (Jakarta: Lentera Hati, 2002), 187.

¹⁵ Abu Ja'far Muhammad ibn Jarir ibn Yazid Al-Thabari, *Jāmi' al-Bayān fī Ta'wīl al-Qur'ān*, j.3 (Beirut: Muassasah al-Risālah, 1993), 319-320.

¹⁶ Abidin Nurdin, *Mut'ah and Iddah Post-divorce Payment Practices in Aceh*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2019, 107-108.

karena dia tidak hadir dalam persidangan (persidangan verstek).¹⁷ Padahal cerai gugat tidak selamanya disebabkan oleh istri, sebaliknya istri sebagai korban sehingga dia mendapatkan kesulitan ganda; sebagai korban kekerasan atau dipoligami dan tidak mendapatkan nafkah setelah cerai. Selama ini, perempuan dalam cerai gugat tidak mendapatkan hak tersebut sehingga perempuan yang tidak memiliki kesiapan ekonomi dan kemandirian akan terbebani untuk kehidupan dirinya dan mungkin bersama anaknya jika telah memiliki anak. Yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 137/K/AG/2007, Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama, Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2017, Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2019 merupakan terobosan hukum baru yang lebih progresif dalam memberikan perlindungan terhadap perempuan, menghormati keadilan gender, menjamin kepastian hukum hak-hak istri.¹⁸

Para fukaha mazhab empat menetapkan beberapa syarat terhadap mantan istri untuk mendapatkan nafkah selama masa iddah dari mantan suaminya, pertama, istri ditalak raj'i¹⁹, kedua, mantan istri tidak nusyuz.²⁰ Adapun dalam hal pemberian mut'ah secara tekstual disebutkan dalam surat al Baqarah, 2: 236 dan 241. Dalam perundang-undangan di Indonesia, kewajiban pasca cerai talak secara tegas telah diatur dalam Pasal 149 dan 158 KHI.

Berbeda halnya dengan cerai gugat, tidak terdapat nash secara tegas yang menyebutkan ketentuan itu. Demikian pula peraturan perundang-undangan tidak menentukan dan mengatur kewajiban mantan suami atau hak-hak istri seperti yang diatur pasal 149 dan 158 KHI, sehingga tidak sedikit dalam putusan Pengadilan Agama tidak membebaskan kewajiban mantan suami kepada mantan istri dengan alasan karena hukum tidak ada. Padahal secara agama, istri yang telah

¹⁷ Anita Marwing, "Perlindungan Hak-Hak Perempuan Pasca Perceraian (Studi Terhadap Putusan Pengadilan Agama Palopo)", *Palita: Journal of Social-Religi Research*, Vol. 1, No.1, (April 2016), 58.

¹⁸ Najichah dan Alfian Qodri Azizi, "Implikasi Inisiatif Perceraian Terhadap Hak Nafkah Istri", *Journal of Islamic Studies and Humanities*, Vol. 5, No. 1 (2020), 42-60.

¹⁹ Edi Riadi, "Dinamika Putusan MA Dalam Perkara Hukum Perkawinan", Disertasi UIN Jakarta tahun 2010.

²⁰ Edi Riadi, "Dinamika Putusan MA".

bercerai, baik karena cerai talak maupun cerai gugat harus tetap menjalani masa iddah.

Pada kenyataannya hakim memiliki sikap yang berbeda dalam memberikan hak nafkah bagi istri dalam kasus cerai gugat. Beberapa penelitian membuktikan bahwa beberapa putusan hakim telah memberikan nafkah iddah dalam perkara cerai gugat.²¹ Zian Mufti (2016), Ulil Azmi (2015), dan Muhammad (2017), membuktikan bahwa hakim tidak seragam dalam memandang hak istri tersebut. Sebagian hakim menetapkan hak istri dalam putusan karena alasan normative kekuasaan hakim untuk memutus hak tersebut. Namun sangat sulit ditemukan hakim memberikan hak istri yang dalam tuntutananya tidak dimintakan hak tersebut. Namun banyak pula hakim yang tidak memberikan hak nafkah kepada istri dalam perkara gugat karena secara hukum materiil tidak diatur. Marwing menyebut tidak ada satu pun putusan yang memberikan nafkah iddah pada putusan cerai gugat di Pengadilan Agama Palopo.²² Putusan yang menjadi objek penelitian disertasi ini juga mayoritas putusan cerai gugat yang tidak menetapkan kewajiban nafkah iddah suami kepada istrinya.

Pasal 41 huruf (c) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyebutkan bahwa Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan atau menentukan sesuatu kewajiban bagi mantan istri, namun ketentuan itu tidak banyak diterapkan hakim dalam mengabulkan permohonan hak-hak istri dalam cerai gugat meskipun istri tidak terbukti melakukan perbuatan nusyuz dan suami mempunyai kemampuan untuk memberikannya. Meskipun demikian, dengan alasan kemaslahatan tersebut, ditemukan beberapa putusan Pengadilan Agama yang membuat terobosan baru. Hakim-hakim Pengadilan Agama melakukan penemuan hukum dengan menetapkan hukum-hukum baru yaitu dengan mengabulkan permohonan dan menetapkan hak-hak istri dalam cerai gugat kepada suami meskipun tidak banyak,

²¹ Qiyamul Wustha Muhammad, M. Roji Iskandar, Siska Lis Sulistiani, "Analisis Putusan Pengadilan Pemberian Nafkah Iddah Pada Cerai Gugat (Studi Putusan Pengadilan Agama Jakarta Selatan No. 1542/Pdt.G/2014/Pajs), *Prosiding Hukum Keluarga Islam*, Vol. 3, No. 2, (2017).

²² Anita Marwing, "Perlindungan Hak-Hak Perempuan", 45-62.

dengan mempertimbangkan rasa keadilan, kemaslahatan, kelayakan istri menerima hak, kemampuan suami untuk memberi dan kepentingan suami karena salah satu tujuan istri menjalani masa iddah adalah untuk meyakinkan mantan istri tersebut sedang mengandung atau tidak dari mantan suaminya (*istibrā'*) agar kemurnian keturunan dari suami terjaga.

Mahkamah Agung telah merumuskan beberapa aturan untuk merespon kepentingan dan kemaslahatan bagi mantan istri akibat cerai gugat, baik berupa Surat Edaran maupun Peraturan Mahkamah Agung seperti Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) RI Nomor 3 Tahun 2017 tentang Pedoman Mengadili Perkara Perempuan Berhadapan Dengan Hukum dan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 3 Tahun 2018 tentang Pemberlakuan Rumusan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2018 sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan. Sebelumnya, Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama telah menerbitkan Buku II tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama Tahun 2013, dalam hal cerai gugat telah memberikan peluang kepada hakim secara *ex officio* untuk dapat menetapkan nafkah iddah (*lil istibrā'*) kepada mantan suami. Meskipun belum berupa undang-undang, akan tetapi keberadaan aturan tersebut telah membawa angin segar sebagai pedoman bagi hakim dalam mengakomodir kepentingan dan hak-hak mantan istri.

Dengan demikian, terjadi adanya kesenjangan antara regulasi dan pemahaman hakim tentang penetapan hak istri pasca perceraian dalam perkara cerai gugat. Hak-hak perempuan yang didukung oleh regulasi tersebut tidak banyak mendapat perhatian dari hakim dari putusan-putusan yang ada. Keengganan hakim mempertimbangkan hak perempuan tersebut menandakan kewenangan untuk menggali dan menemukan hukum sebagai pelaksanaan hak *ex officio* tidak berjalan baik. Ada faktor dan kendala yang dipikirkan hakim yang akan menjadi konsen dalam penelitian ini yang perlu diungkap. Pengabaian terhadap hak perempuan tersebut dapat menimbulkan permasalahan bagi istri setelah bercerai. Banyak perempuan yang menggantungkan ekonominya pada suami dan tidak sedikit pula perceraian yang disebabkan oleh tindakan nusyuz

suami sehingga merugikan perempuan.

Perlindungan terhadap perempuan memiliki kepentingan yang sejalan dengan tujuan agama untuk melindungi jiwa. Ditinjau dari perspektif *maqāṣid al-syarī'ah*, hak nafkah selama menjalani masa iddah tersebut untuk kebaikannya karena tanpa adanya nafkah mantan istri akan berada dalam kondisi yang berbahaya/madharat, misalnya kesulitan untuk tinggal dalam rumah yang layak huni dan terbatasnya memenuhi kebutuhan hidup sehari-hari. Apabila hal ini dikaitkan dengan *ḍarūriyāt al-khamsah*, maka kemaslahatan dalam memberikan perlindungan kepada mantan istri termasuk dalam *ḥifẓ al-nafs* (memelihara jiwa).

Pertimbangan kemaslahatan tersebut merupakan dasar dari berkembangnya hukum Islam. Mudzhar membuktikan bahwa masalah merupakan pertimbangan penting dalam penetapan fatwa kegiatan muamalah. Dari 53 fatwa yang diteliti, sebanyak 50 fatwa menggunakan kaidah masalah sebagai dasar hukum penetapan fatwa. Setiap fatwa setidaknya menggunakan lebih dari 2 kaidah tentang masalah.²³ Penggunaan masalah tersebut sebagai dasar hukum diakui kebenarannya utamanya dalam bidang muamalah, termasuk perkawinan, karena kebutuhan terhadap muamalah dalam level tertentu adalah primer (*ḍarūri*) dan sekunder (*ḥājji*).²⁴ Konsep masalah tersebut sudah menjadi perbincangan sejak zaman fikih klasik, seperti digagas oleh Imam Juwaini (w. 476 H) dan muridnya al-Ghazali (w. 505 H).²⁵ al-Syatibi bahwa: "hukum-hukum disyariatkan untuk kemaslahatan hamba."²⁶ Dari pernyataan al-Syatibi tersebut dapat disimpulkan bahwa semua kewajiban (*taḳlīf*) diciptakan dalam rangka merealisasikan kemaslahatan tersebut. Kemaslahatan tersebut menjadi energi penggerak bagi

²³ M. Atho Mudzhar, "Revitalisasi Maqashid al-Shari'ah dalam Pengembangan Ekonomi Syariah di Indonesia: (Studi Kasus atas Fatwa-fatwa DSN-MUI Tahun 2000-2006)", *Jurnal Indo-Islamika*, Volume 4, Nomor 1, (2014), 17.

²⁴ Imron Rosyadi, "Pemikiran Al-Syatibi Tentang Masalah Mursalah", *ProfetikA, Jurnal Studi Islam*, Vol. 14, No. 1, (2013), 78.

²⁵ Yusuf al-Qaradhawi, *Maqāṣid al-syarī'ah al-Muta'alliqah bil-Māl*, (Mesir: Dār al-Syurūq, 2010), 9.

²⁶ Abu Ishaq bin Musa bin Muhammad al-Syatibi, *al-Muwāfaqāt fi Uṣūl al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Hadis, 2006), 265

pertumbuhan hukum Islam.²⁷ Tugas ulama selanjutnya adalah mengkomunikasikan kemaslahatan tersebut dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat melalui kegiatan ijtihad. Tujuannya agar manusia keluar dari kebuntuan suatu permasalahan yang dihadapi karena nash *qat`y* tidak memberikan petunjuk yang jelas.²⁸ Karena itu, pendekatan kemaslahatan harus diletakkan sebagai sebuah metode bukan sebagai sumber karena sumber hukum Islam tetap saja berupa Al-Qur`an, Hadis, Ijma`, dan Qiyas.²⁹

Institusi perkawinan dilembagakan dalam Islam sebagai salah satu sarana untuk mewujudkan tujuan agama memelihara keturunan. Perkawinan harus dijalankan berdasarkan ketentuan agama dan hukum yang ada.³⁰ Pernikahan dalam Islam tidak sekedar untuk tujuan memenuhi kebutuhan emosional dan seksual, melainkan juga untuk tujuan ibadah kepada Allah. Pernikahan menjadi salah satu jalan menuju ketakwaan kepada Allah.³¹ Karena itu, jika terjadi perceraian maka tujuan untuk memelihara keturunan tersebut tetap berlaku dan harus dijalankan oleh suami dan istri yang bercerai. Pengembangan teori masalah semestinya sangat dinamis dalam bidang-bidang yang menyangkut hubungan manusia dengan manusia (termasuk perkawinan).³² Islam telah memberikan pengaruh yang besar terhadap sistem dan pengaturan hukum perkawinan di Indonesia.³³ Meski demikian, dalam konteks penerapan hukum Islam di Aceh, pengaturan syariah terkadang merugikan perempuan karena label tidak Islam seringkali disematkan kepada perempuan yang tidak patuh dengan

²⁷ Asmawi, "Konseptualisasi Teori Masalah", *Salam; Jurnal Filsafat dan Budaya Hukum*, Vol.1 No. 2 (2014): 311.

²⁸ Mohammad Rusfi, "Validitas Masalah Mursalah Sebagai Sumber Hukum", *Jurnal Al-Adalah*, Vol. XII, No. 1 (2014), 63.

²⁹ Asriaty, "Penerapan Masalah Mursalah dalam Isu-isu Kontemporer", *Jurnal Madania*, Vol. 19, No. 1, (2015), 119.

³⁰ Oyo Sunaryo Mukhlas, *Pranata Sosial Hukum Islam* (Bandung: Refika Aditama, 2015), cet.ke-1, 108.

³¹ Lawal Mohammed Bani and Hamza A. Pate, "The Role of Spouses under Islamic Family Law", *International Affairs and Global Strategy*, Vol.37, 2015: 110.

³² M. Syakroni, "Metode Masalah Mursalah dan Istishlah (Studi Tentang Penetapan Hukum Ekonomi Islam)", *Jurnal Al-Intaj*, Vol. 3, No. 1, (2017), 187.

³³ Justus M. van der Kroef, "Woman and the Changing Marriage Pattern of Indonesia", *The American Catholic Sociological Review*, Vol. 18, No. 2 (Jun., 1957): 117-118.

syariat Islam. Otonomi Aceh harus melibatkan perempuan dalam menetapkan hukum perkawinan.³⁴

Secara konsep dan praktik, sebab suatu hukum tertentu dapat dikesampingkan karena alasan keadaan memaksa (darurat) atau karena kebutuhan (*al-ḥājah*). Prinsip hukum Islam menyatakan “keadaan darurat dapat menghalalkan sesuatu yang diharamkan (*al-ḍarūrāt tubīḥ al-maḥḍūrāt*)”. Dengan prinsip tersebut, suatu perbuatan yang dilarang dapat dilanggar karena keadaan darurat. Contoh yang paling populer dan diabadikan dalam Al-Qur’an adalah seseorang dapat memakan barang haram, seperti babi, jika dia tidak memiliki sesuatupun yang dapat dimakan dan jika dia tidak memakan babi tersebut dapat berakibat pada kematian karena kelaparan.³⁵ Banyaknya perempuan dan anak terlantar akibat perceraian dapat dijadikan sebagai argumen keadaan darurat sehingga memungkinkan untuk membuat terobosan hukum baru.

Selain karena alasan darurat, alasan kebutuhan (*al-ḥājah*) juga menjadi dasar kebolehan mengesampingkan suatu hukum. Kaidah fikih menyatakan “kebutuhan terkadang menempati posisi darurat (*al-ḥājah qad tanzīl manzilat al-maḥḍūrāt*)”. Artinya, kebutuhan (*al-ḥājah*) dalam kondisi tertentu dapat menjadi alasan mengesampingkan hukum karena status kebutuhan tersebut disamakan dengan darurat. Alasan lain adalah alasan kemaslahatan (*al-maṣlaḥah*). Alasan kemaslahatan merupakan alasan yang banyak ditemukan dalam berbagai produk hukum Islam seperti fatwa dan putusan hakim. Keharusan mencatatkan perkawinan berdasarkan argumen kemaslahatan.

Perubahan zaman yang terus berkembang semakin menuntut adanya terobosan hukum untuk menjawab kebutuhan masyarakat. Seiring dengan itu, paradigma pemenuhan kebutuhan hidup mengalami pergeseran. Berbagai metode pencapaian kesejahteraanpun beragam. Dalam kaitannya dengan kehidupan

³⁴ Ma. Theresa R. Milallos, “Muslim veil as politics: political autonomy, women and Syariah Islam in Aceh”, *Contemporary Islam*, vol. 1, (2007), 299.

³⁵ Sesungguhnya Allah hanya mengharamkan bagimu bangkai, darah, daging babi, dan binatang yang (ketika disembelih) disebut (nama) selain Allah. Tetapi barangsiapa dalam keadaan terpaksa (memakannya) sedang dia tidak menginginkannya dan tidak (pula) melampaui batas, maka tidak ada dosa baginya. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang. QS. Al-Baqarah [2]: 173.

keberagaman, berbagai masalah kontemporer yang timbul menyertainya harus disikapi secara hukum. Di sisi lain, secara tekstual nash-nash tidak menyikapi semua permasalahan yang timbul tersebut berikut detail-detailnya secara spesifik. Apabila masalah tidak dipertimbangkan sebagai salah satu metode ijtihad, betapa banyak kemaslahatan manusia yang terabaikan, penalaran hukum syara' akan mengalami stagnasi, jumud, bahkan akan memunculkan kesan bahwa syariat Islam tidak relevan lagi dengan perkembangan zaman. Reformasi hukum perkawinan dan perceraian terus dilakukan. Bahkan negara-negara yang minoritas muslim pun saat ini mendiskusikan tentang penyesuaian hukum Islam. Negara-negara eropa menghadapi tantangan kultural dan identitas hukum Islam dalam menghadapi pengungsi dari negara muslim.³⁶ Amerika juga menghadapi praktik perkawinan dengan tradisi dan hukum Islam sedangkan hukum yang berlaku adalah hukum sipil. Welhman mencatat pengadilan amerika pernah mereview kontrak dan cerai yang dilakukan dengan hukum Islam.³⁷ Indonesia pun telah melakukan perubahan hukum perkawinan meskipun secara ketat, misalnya tentang perubahan perkawinan yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi.³⁸ Oleh karena itu, perlu dirumuskan metode penalaran baru yang mengakomodasi kemaslahatan manusia. Argumen ini dapat diperkuat dengan kaidah:

الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم

“Segala sesuatu pada dasarnya adalah diperbolehkan, selama tidak ada dalil yang melarangnya”.

Dengan demikian, putusan hakim dalam perkara cerai gugat yang sangat sedikit memasukkan hak-hak istri dalam diktum putusan tersebut tidak sejalan dengan regulasi yang ada. Perlindungan dan kemaslahatan tidak banyak dijadikan pertimbangan dalam penetapan hak nafkah iddah dan mut'ah. Hakim masih didominasi oleh pemahaman regulasi hukum positif atau hukum Islam yang

³⁶ Andrea Büchler, “Islamic family law in Europe?”, 197.

³⁷ Lynn Welchman, (ed.), “Women’s Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform”, reviewed by Louise Halper, *Journal Of Middle East Women’s Studies*, Vol. 2, No. 3 (2006), 104.

³⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor30-74/PUU-XII/2014 telah merubah usia perkawinan menjadi 19 tahun untuk laki-laki dan perempuan.

mengkategorikan istri yang menggugat cerai suaminya sebagai nusysus sehingga tidak berhak atas nafkah atau hak kebendaan dari suaminya. Ada faktor-faktor yang dihadapi hakim dalam penetapan hak-hak perempuan tersebut. Hakim sejatinya bukan sekedar corong undang-undang yang ada, akan tetapi hakim adalah salah satu pembuat hukum, memiliki tanggung jawab untuk memberikan keadilan dan kepastian hukum. Penelitian disertasi ini diarahkan untuk memetakan argumen-argumen hukum dalam perkara cerai gugat di Pengadilan Agama wilayah Banten.

B. Identifikasi Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas dapat diidentifikasi masalah penelitian yaitu hak-hak perempuan pasca perceraian dalam perkara cerai gugat belum mendapat jaminan keadilan dan kepastian hukum. Permasalahan penelitian difokuskan pada pandangan dan argumen hakim dalam perkara cerai gugat dan hak-hak perempuan pasca perceraian. Penelitian ini dibatasi dari sisi waktu dan tempat. Sumber data yang dijadikan sebagai dasar penelitian diambil dari putusan Pengadilan Agama di wilayah Banten dan pendapat hakim melalui wawancara. Putusan tersebut dibatasi dengan waktu keluarnya putusan yaitu dari tahun 2016-2020.

C. Rumusan Masalah

Merujuk pada identifikasi masalah di atas, maka dirumuskan masalah penelitian hak-hak perempuan pasca perceraian mendapat jaminan dan kepastian berdasarkan peraturan perundang-undangan, namun berdasarkan putusan pengadilan ditemukan beberapa hal terkait belum adanya pertimbangan normatif dan sosiologis yang mendukung. Oleh karena itu, penelitian ini menganalisis tentang:

1. Bagaimana argumen normatif dan sosiologis yang dibangun hakim dalam perkara cerai gugat di wilayah PTA Banten.

2. Bagaimana disparitas hak perempuan pasca perceraian terjadi pada perkara cerai gugat.
3. Bagaimana upaya penemuan hukum dengan pertimbangan kemaslahatan dan perlindungan hak perempuan dalam perkara cerai gugat.
4. Bagaimana hubungan argumen hukum hakim agama di Wilayah PTA Banten dengan keadilan dan kepastian hukum hak istri pada perkara cerai gugat.

D. Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian tersebut adalah sebagai berikut:

1. Menganalisis argumen normatif dan sosiologis yang dibangun hakim dalam perkara cerai gugat di wilayah PTA Banten.
2. Menemukan dan menganalisis faktor dan sebab terjadinya disparitas putusan dan pandangan hakim tentang hak perempuan dalam perkara cerai gugat.
3. Memetakan upaya penemuan hukum hakim dengan pertimbangan kemaslahatan dan perlindungan hukum hak-hak perempuan.
4. Menganalisis hubungan argumen hukum hakim agama di Wilayah PTA Banten dengan keadilan dan kepastian hukum hak istri pada perkara cerai gugat.

E. Manfaat Hasil Penelitian

1. Manfaat Akademik

Penelitian ini mengungkap faktor-faktor yang dihadapi hakim dalam memberikan perlindungan hak-hak perempuan pasca perceraian dan argumen yang digunakan dalam perkara cerai gugat. Hasil penelitian ini akan mengungkap alasan dan argumen dalam penetapan hak-hak istri pasca cerai gugat yang secara regulasi hak tersebut diakui. Hakim berada dalam tarikan hukum Islam yang secara umum tidak mengakui hak istri pada perkara cerai gugat dan regulasi yang mendorong pemberian hak nafkah iddah dan mut'ah kepada hak istri. Hakim cenderung mengikuti ketentuan hukum Islam atau regulasi dan argumen yang

melatarbelakanginya. Hasil penelitian ini mendorong kajian lanjutan tentang sensitifitas gender hakim, pandangan hakim terhadap sumber hukum materiil baru dan klasik (fikih), dan progresifitas hakim dalam mempertimbangkan hukum.

2. Manfaat Praktis

Penelitian ini berguna untuk memberikan rekomendasi kepada negara khususnya Mahkamah Agung untuk menyempurnakan Peraturan Mahkamah Agung tentang perlindungan perempuan yang berhadapan dengan hukum khususnya pemberian hak-hak istri pasca perceraian. Selain itu, penelitian ini bisa menjadi sarana pertimbangan Mahkamah Agung dalam melakukan pendidikan dan pelatihan yang diperlukan hakim terkait dengan penanganan perkara cerai gugat. Bagi hakim, penelitian ini berguna untuk melihat perkembangan hukum yang terjadi sehingga hakim dapat mengembangkan cara pandang dan argumen yang digunakan dalam merumuskan putusan.

F. Kerangka Pemikiran

1. Teori utama: Penemuan Hukum

Istilah penemuan hukum oleh beberapa pakar sering dipermasalahkan, bahwa apakah tidak lebih tepat istilah pelaksanaan hukum, penerapan hukum, pembentukan hukum atau penciptaan hukum.³⁹ Istilah pelaksanaan hukum dapat berarti menjalankan hukum tanpa sengketa atau pelantaran. Pelaksanaan hukum dapat pula terjadi kalau ada sengketa, yaitu yang dilaksanakan oleh hakim dan hal ini sekaligus pula merupakan penegakan hukum.

Adapun istilah penerapan hukum tidak lain berarti menerapkan (peraturan) hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwanya. Menerapkan hukum (peraturan) hukum pada peristiwa konkrit secara langsung tidak mungkin. Peristiwa konkrit itu harus dijadikan peristiwa hukum terlebih dahulu agar peraturan hukumnya dapat diterapkan. Adapun istilah pembentukan hukum adalah merumuskan

³⁹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 1996), 36.

peraturan-peraturan yang berlaku umum, bagi setiap orang. Kalau lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang, maka hakim dimungkinkan pula membentuk hukum, yaitu kalau hasil penemuan hukumnya merupakan yurisprudensi yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit dan memperoleh kekuatan berlaku umum. Adapun istilah penciptaan hukum terasa kurang tepat karena memberikan kesan bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, kemudian diciptakan (dari tidak ada menjadi ada). Hukum bukanlah selalu berupa kaedah baik tertulis maupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa, dan di dalam perilaku itulah terdapat hukumnya yang harus digali serta ditemukan. Dengan demikian, maka kiranya istilah penemuan hukumlah yang rasanya lebih tepat untuk digunakan.⁴⁰

Penemuan hukum memiliki dasar hukum. Dalam pasal 1 UU No. 14 Tahun 1970 ditentukan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan, guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. Merdeka di sini berarti bebas. Jadi kekuasaan kehakiman adalah bebas untuk menyelenggarakan peradilan. Kebebasan kekuasaan kehakiman atau kebebasan peradilan atau kebebasan hakim merupakan asas universal yang terdapat dimana-mana, baik di negara-negara Eropa timur, maupun di Amerika, Jepang, Indonesia dan sebagainya. Asas kebebasan peradilan merupakan dambaan setiap bangsa. Yang dimaksudkan dengan kebebasan peradilan atau hakim ialah bebas untuk mengadili dan bebas dari campur tangan dari pihak ekstra yudisiil.

Penemuan hukum di samping didasarkan pada ketentuan di atas, menemukan dasar hukumnya dengan jelas dan tegas pada pasal 27 UU No. 14 Tahun 1970 jo UU 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang berbunyi: Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Kata menggali mengasumsikan bahwa hukumnya itu ada tetapi tersembunyi, agar sampai pada

⁴⁰ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 37.

permukaan masih harus digali, dicari dan diketemukan, bukannya tidak ada, kemudian lalu diciptakan.

Penemuan hukum yang dimaksud oleh Paul Scholten adalah sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya. Kadang-kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan analogi ataupun *rechtsverwijning*.⁴¹ Yang dimaksud dengan penemuan hukum oleh Sudikno Mertokusumo, lazimnya adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang diberi tugas untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum kongkrit. Lebih lanjut dikatakan bahwa penemuan hukum adalah suatu proses kongkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa kongkrit (*das sein*) tertentu.⁴² Menemukan hukum merupakan karya manusia dan ini berarti antara lain bahwa setiap penerapan hukum selalu didahului oleh seleksi subjektif mengenai peristiwa-peristiwa dan peraturan-peraturan yang relevan. Selanjutnya penerapan sendiri selalu berarti merumus ulang suatu peraturan abstrak untuk peristiwa kongkrit.

Problematik yang berhubungan dengan penemuan hukum pada umumnya dipusatkan sekitar hakim dan pembentuk Undang-undang saja. Berbagai pihak melakukan penemuan hukum. Penemuan hukum boleh dikatakan merupakan problematik setiap pencari keadilan. Boleh dikatakan setiap orang yang berkepentingan dalam suatu perkara melakukan kegiatan menemukan hukum untuk peristiwa kongkrit. Pada dasarnya setiap orang melakukan penemuan hukum.

Penemuan hukum terutama dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara, penemuan hukum oleh hakim ini dianggap yang mempunyai wibawa. Ilmuan hukumpun dapat mengadakan penemuan hukum, namun hasil dari penemuan hukum oleh ilmuan tersebut bukanlah hukum

⁴¹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Historis)*, (Jakarta: Chandra Pratama, 1996), 146.

⁴² Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), 4.

melainkan ilmu atau doktrin. Walau demikian, sekalipun yang dihasilkan tersebut bukan hukum, akan tetapi dalam hal ini tetap digunakan istilah penemuan hukum juga, oleh karena doktrin tersebut apabila diikuti atau diambilalih oleh hakim dalam putusannya, maka secara otomatis ilmu dan doktrin menjadi hukum. Dalam perkembangan ada dua sistem penemuan hukum, yaitu:⁴³

- a. Sistem Penemuan Hukum Heteronom. Sebagai prototipe penemuan hukum heteronom terdapat dalam sistem peradilan negara_negara Kontinental termasuk di dalamnya Indonesia. Di sini hakim bebas, tidak terikat pada putusan hakim lain yang pernah dijatuhkan mengenai perkara sejenis. Hakim berpikir deduktif dari bunyi undang-undang (umum) menuju ke peristiwa khusus dan akhirnya sampai pada putusan. Dalam penemuan yang *typis logistic* atau heteronom hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara berdasarkan pada faktor-faktor di luar dirinya.
- b. Sistem Penemuan Hukum Otonom. Sebagai prototipe penemuan hukum otonom terdapat dalam sistem peradilan Anglo Saksion yang menganut asas *the binding force precedent* atau *stare decisis et olio non movere*. Di sini hakim terikat pada putusan hakim yang telah dijatuhkan mengenai perkara sejenis dengan yang akan diputus hakim yang bersangkutan. Memang di sini putusan hakim terdahulu yang mengikatnya, sehingga merupakan faktor di luar diri hakim yang akan memutuskan, tetapi hakim yang akan memutuskan itu menyatu dengan hakim terdahulu yang telah menjatuhkan putusan mengenai perkara yang sejenis dan dengan demikian putusan hakim terdahulu merupakan faktor di luar dirinya. Namun di dalam perkembangannya dua sistem penemuan hukum itu saling mempengaruhi, sehingga penemuan hukum tidak lagi murni otonom dan murni heteronom. Bahkan ada kecenderungan bergeser ke arah penemuan hukum otonom.

Antara penemuan hukum yang heteronom dan otonom tidak ada batas yang tajam. Di dalam praktek penemuan hukum dijumpai kedua unsur tersebut (heteronom dan otonom). Putusan pengadilan di negara-negara Anglo saksion

⁴³ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, 40-42.

merupakan hasil penemuan hukum otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapan peraturan itu dilakukan oleh hakim berdasarkan hati nuraninya, tetapi sekaligus juga bersifat heteronom karena hakim terikat pada putusan-putusan sebelumnya (faktor di luar diri hakim). Hukum di Indonesia mengenal penemuan hukum heteronom sepanjang hakim terikat pada undang-undang, tetapi penemuan hukum ini juga mempunyai unsur-unsur otonom yang kuat, karena hakim seringkali harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri. Asas peradilan yang berlaku di Indonesia bahwa hakim tidak terikat pada putusan hakim terdahulu mengenai perkara yang sejenis, maka ini tidak sedikit hakim yang, dalam menjatuhkan putusannya, berkiblat pada putusan pengadilan yang lebih tinggi mengenai perkara serupa dengan yang dihadapinya.

Islam mengakui penemuan hukum tersebut sebagai upaya menjawab kebutuhan manusia. Al-Qur'an dan hadis sebagai sumber utama hukum Islam membuka ruang penemuan hukum tersebut. Mengkonkritkan dua sumber tersebut dalam kehidupan sehari-hari bersesuaian dengan upaya hakim mengkonkritkan undang-undang dalam perkara yang konkrit. Tujuan penemuan hukum adalah untuk mewujudkan keadilan. Firman Allah menegaskan:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ الْآلَاءِ تَعْدِلُوا عَدْلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

“Wahai orang-orang yang beriman! Jadilah kamu sebagai penegak keadilan karena Allah, (ketika) menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah kebencianmu terhadap suatu kaum mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah. Karena (adil) itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sungguh, Allah Mahateliti terhadap apa yang kamu kerjakan”. (QS. Al-Māidah [5]: 8)

At-Thabari menafsirkan ayat tersebut terkait dengan kewajiban seorang mukmin untuk berbuat adil. Kewajiban berbuat adil berlaku baik terhadap pemimpin atau lawan (oposisi). Tidak berlebihan ketika mengadili penguasa dan tidak pula melewati batas ketika mengadili pihak lawan. Sikap adil dengan

mengikuti ketentuan dan batasan yang telah ditetapkan.⁴⁴ Al-Qurthubi menjelaskan bahwa Allah telah menyempurnakan nikmat kepada hambanya karenanya mereka harus berbuat adil karena Allah dengan menegakkan kebenaran, tidak condong kepada kerabat dan mengesampingkan lawan.⁴⁵ Ibn Kasir memperkuat tujuan dari berbuat adil dan menegakkan kebenaran hanyalah karena Allah bukan karena manusia. Tindakan tersebut harus terhindar dari sifat riya dan ingin diketahui orang lain (*sum`ah*).⁴⁶

Penemuan hukum dilakukan dengan berbagai metode. Metode interpretasi adalah metode yang paling banyak diterapkan hakim. Caranya dengan interpretasi gramatikal, sosiologis, sistematis, atau historis. Metode lainnya metode argumen dengan pendekatan perlawanan (*contrario*) atau penyempitan (*rechtsvervinjing*) atau dengan metode penemuan hukum bebas.⁴⁷ Hukum Islam juga mengenal metode tersebut, yaitu metode penafsiran ayat/literal atau linguistik. Metode lainnya melalui kausasi (*ta`lily*), dan sinkronisasi.⁴⁸ Apabila tersedia teks, menurut Riyanta, metode interpretasi dapat dipilih dan jika teks tidak ada maka menggunakan metode qiyas dan penemuan hukum bebas.⁴⁹ Ilmu ushul fikih telah memperkenalkan berbagai macam metode penemuan hukum seperti *istihsān*, *istiṣhāb*, *qiyās*, *istiṣlāḥ*, dan lain sebagainya.

Penemuan hukum ini sangat erat dengan peran hakim untuk menggali, memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya. Penemuan hukum dalam penelitian, sebagaimana disebutkan Mertokusumo, untuk mengkonkritkan

⁴⁴ Abu Ja'far Muhammad ibn Jarir ibn Yazid al-Thabari, *Jāmi'u al-Bayān fī Ta'wīl al-Qur'ān*, j.3 (Beirut: Muassasah al-Risālah, 1993), 44.

⁴⁵ Ahmad Muhammad bin al-Qurtubi, *Al-Jāmi' li Ahkām al-Qur'ān*, (Bairut: Muassasah al-Risālah, 2006), 671.

⁴⁶ Abu al-Fida' Isma'il ibn Umar ibn Katsir al-Quraisy al-Dimasyqy, *Tafsīr al-Qur'ān al-'Aḍīm*, (Riyad: Dar Taibah, 1999), 774.

⁴⁷ Bakhtiar, "Perbedaan dan Persamaan Metode Penemuan Hukum Islam dan Metode Penemuan Hukum Positif", *Pagaruyung Law Journal*, Vol. 1, No. 2, (Januari, 2018), 230-234.

⁴⁸ Syamsul Anwar, "Argumentum a Fortiori dalam Metode Penemuan Hukum" *Sosio Religia*, Vol.1, No. 3 (Mei 2002), 1.

⁴⁹ Riyanta, "Metode Penemuan Hukum (Studi Komparatif antara Hukum Islam dan Hukum Positif)", *Jurnal Penelitian Agama*, Vol.17, No. 2, (2008), 425.

hukum dalam kasus-kasus riil sebagai upaya mewujudkan kemaslahatan dan perlindungan terhadap hak-hak perempuan pada perkara cerai gugat.

2. Teori Menengah: Ijtihad Hakim

Ijtihad dimaknai sebagai upaya yang sungguh-sungguh dengan mencurahkan kemampuan untuk mendapatkan sesuatu.⁵⁰ Dalam konteks fikih, mencurahkan segala kemampuan dan ilmu untuk menetapkan suatu hukum secara ilmiah dari dalil-dalilnya yang terperinci.⁵¹ Lebih lanjut Imam Ghazali menegaskan bahwa ijtihad hanya terjadi pada upaya yang sungguh-sungguh dengan kompetensi yang memadai.⁵² Upaya menemukan hukum tersebut dilakukan karena nash bersifat dzanni atau karena suatu perkara tidak dijelaskan oleh nash sehingga membutuhkan jawaban. Apabila nash sudah ada namun bersifat dzanni, maka dilakukan penelitian terhadap nash tersebut sehingga mendapatkan hukum yang sesuai. Namun jika suatu perkara tidak ada nashnya, maka upaya yang dilakukan melalui analogi (*qiyās*) antara perkara tersebut dengan perkara lainnya dan sumber nash yang dijadikan dasar penetapan hukum.⁵³

Lebih tegas Abu zahrah berpendapat bahwa lapangan ijtihad terbagi dalam dua hal, yaitu bidang penemuan hukum dan penjelasannya (*استنباط الحكم وبيانها*) dan penerapan dan penggunaannya dalam kehidupan (*تطبيقها*).⁵⁴ Tidak semua perkara dapat dijadikan bidang ijtihad. Ulama sepakat, bidang agama yang dapat dijadikan ladang ijtihad adalah suatu dalil yang kekuatannya dzanni sehingga permasalahan yang timbul berkaitan dengan dalil tersebut dapat dilakukan ijtihad. Selain itu, apabila ada suatu perkara dan nash-nash agama baik di Al-Qur'an, Hadis, maupun *ijmā`* tidak menjelaskan sama sekali, maka dalam perkara tersebut dapat

⁵⁰ Louis Ma'luf, *al-Munjid fil-Lughah wal A'lām*, (Mesir: Dār al-Masyriq, 1986), cet.ke-18, 105-106.

⁵¹ Muhammad Abu Zahra, *Uṣūl al-Fiqh*, (Lebanon: Dār al-Fikr al-'Arabi, tt.), 379.

⁵² Abu Hamid Muhammad bin Muhammad al-Gazali, *al-Mustasfa fi 'Ilm al-Uṣūl*, (Lebanon: Dār al-Kitāb al-'Ilmiyyah, 1996), 342.

⁵³ Ahmad Hanafi, *Pengantar dan Sejarah Hukum Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1995), Cet. Ke-7, 162

⁵⁴ Muhammad Abu Zahra, *Uṣūl al-Fiqh*, 379.

dilakukan ijtihad.⁵⁵ Firman Allah mendorong agar ijtihad dilakukan untuk mengamalkan Al-Qur'an.

إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا^{٥٦}

“Sungguh, Kami telah menurunkan Kitab (Al-Qur'an) kepadamu (Muhammad) membawa kebenaran, agar engkau mengadili antara manusia dengan apa yang telah diajarkan Allah kepadamu, dan janganlah engkau menjadi penentang (orang yang tidak bersalah), karena (membela) orang yang berkhianat”. (QS. Al-Nisā' [4]: 105)

Ibnu Katsir menyebutkan bahwa ulama ushul menjadikan ayat tersebut sebagai dasar Nabi melakukan ijtihad dalam memutuskan perkara yang dihadapinya. Ia melansir hadis dari Bukhori Muslim yang diriwayatkan dari Hisyam bin Urwah dari Ummu Salamah yang menjelaskan adanya persengketaan terjadi di depan rumah Nabi kemudian Nabi menjelaskan bahwa dirinya memutuskan perkara sebagaimana yang ia dengar. Putusan tersebut merupakan sepotong dari api neraka karena bisa jadi seseorang yang memiliki kelihaihan dalam berargumen sehingga dapat memenangkan perkara. Kemudian Ibnu Katsir melansir hadis riwayat Abu Dawud dari Usaman bin Zaid yang menyebutkan bahwa Nabi memutuskan perkara di antara umatnya dengan ijtihad (pendapat Nabi) atas perkara yang tidak ada nashnya.⁵⁶

Seseorang yang akan melakukan ijtihad harus memiliki kompetensi yang memadai dan memenuhi persyaratan yang ditentukan.⁵⁷ Dia harus mengetahui tata bahasa arab dengan sempurna karena teks agama menggunakan bahasa Arab. Harus mengetahui Al-Qur'an dan ilmu-ilmu berkaitan dengan Al-Qur'an (ulum Al-Qur'an).⁵⁸ Memahami hadis-hadis Nabi dan ilmu yang berkaitan dengan pemahaman hadis (*ulūmul ḥadīṣ*). Memahami bidang-bidang dalam hukum Islam

⁵⁵ Ibrahim Hosen dalam Jalaluddin Rahmat (ed.), *Ijtihad dalam Sorotan*, (Bandung: Mizan, 1996), Cet. Ke-4, 27. Hanafi, *Pengantar dan Sejarah*, 174.

⁵⁶ Ibn Katsir, *Tafsīr al-Qur'ān al-'Aḍīm*, 404-405.

⁵⁷ al-Gazali, *al-Mustaṣfa fi 'Ilm al-Uṣūl*, 340-342.

⁵⁸ M. Amin Suma, *Tafsir Ahkam I*, (Jakarta: Logos, 1997), cet.ke-1, 2.

yang disepakati ulama dan yang menjadi khilaf. Mengetahui *qiyās* dan metode menggunakannya. Memahami tujuan hukum atau *maqāṣid al-syarī'ah*. Selain itu seseorang yang akan berijtihad harus memiliki pemahaman yang baik dan wawasan yang memadai terkait perkara yang akan dikaji, memiliki niat dan itikad baik.⁵⁹

Hakim sebagai pelaksana penerapan hukum dan undang-undang dituntut untuk melakukan ijtihad. Prinsip dasar dari peradilan adalah tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepadanya sehingga apapun perkara yang diajukan jika menyangkut kewenangan absolut peradilan harus ditangani oleh hakim. Tidak sedikit perkara yang masuk di pengadilan merupakan perkara-perkara yang relatif baru, ketentuan hukumnya bersifat umum, atau kompleksitas perkaranya sangat pelik.

Pada keadaan semacam itu, hakim dihadapkan pada pilihan keadilan dan kepastian hukum. Untuk memberikan kepastian hukum, para hakim dalam mengadili perkara umumnya menggunakan tiga pendekatan, yaitu: pertama, pendekatan legalistik (formal). Pendekatan legalistik dimaksud merupakan model yang digunakan oleh hakim dalam menyelesaikan kasus hukum konkret yang hukumnya (baca: undang-undang) telah mengatur secara jelas sehingga hakim mencari, memilah, dan memilih unsur-unsur hukum dalam kasus hukum konkret dimaksud dan kemudian dipertemukan dengan pasal-pasal relevan dalam undang-undang dimaksud. Kedua, pendekatan interpretatif. Hukum dalam kenyataannya dimungkinkan aturan normatif itu tidak lengkap atau samar-samar. Dalam upaya menegakan hukum dengan keadilan dan kebenaran, hakim harus dapat melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Ketiga, pendekatan antropologis. Terhadap kasus hukum konkret yang belum diatur undang-undang maka hakim harus menemukan hukum dengan cara menggali, mengikuti, dan menghayati nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.⁶⁰ Tiga pendekatan ini sangat relevan dengan sistem hukum eropa kontinental, sistem hukum anglo saxon dan hukum

⁵⁹ Muhammad Abu Zahra, *Uṣūl al-Fiqh*, 380-388.

⁶⁰ Ade Saptomo, *Hukum dan Kearifan Lokal* (Jakarta: Grasindo, 2009), 54-55.

kebiasaan atau hukum adat. Pendekatan legalistik merupakan unsur yang melekat pada sistem hukum eropa continental, sedangkan pendekatan interpretatif merupakan diri dari sistem hukum anglo saxon dan pendekatan antropologis merupakan identifikasi dari hukum kebiasaan atau hukum adat.

Dalam konteks hukum Islam, Umar bin Khattab dianggap sebagai peletak ijtihad. Ia membuat kebijakan-kebijakan yang seolah berbeda dengan apa yang dilakukan oleh Nabi dan terkadang tidak selaras dengan teks agama. Di antara kebijakan Umar yang didasarkan atas ijtihad adalah tidak membagi harta rampasan perang kepada umat Islam utamanya kepada pejuang. Umar beralasan para pejuang tersebut sudah mendapatkan gaji dari negara dan kesejahteraannya sudah memadai. Harta rampasan perang tersebut dimasukkan ke Baitul Mal yang digunakan untuk kepentingan publik. Umar juga pernah tidak membagi zakat kepada orang yang baru masuk Islam (muallaf). Bagi Umar, Islam sudah kuat sehingga tidak memerlukan dukungan dari pihak lain.⁶¹

Melihat pentingnya posisi hakim dalam memutuskan perkara dan menemukan hukum, Umar secara khusus menulis perintah yang berisi ketentuan dan prinsip dasar peradilan yang ditujukan kepada hakim dan lembaga peradilan. Perintah tertulis tersebut dikenal dengan istilah *risālah al-qaḍā'*. Perintah Umar tersebut awalnya ditujukan kepada Abdullah bin Qais seorang hakim di masanya. Surat tertulis tersebut setidaknya berisi tentang hal berikut:

Pertama, setiap perkara harus diselesaikan dan status menyelesaikan perkara tersebut hukumnya wajib. Karena itu, keberadaan hakim atau peradilan diakui dalam ajaran Islam. Bahkan Umar mengatakan keberadaan hakim tersebut bersifat wajib (fardhu). Kedua, seorang hakim yang akan memutus perkara harus memahami substansi perkara dengan benar sehingga ketika memutuskan perkara betul-betul memperhatikan keadilan. Ketiga, semua orang berkedudukan sama di depan hukum. Latar belakang dan kedudukan seseorang tidak dibeda-bedakan di hadapan hukum. Karena itu, hakim harus bersikap adil terhadap para pihak yang

⁶¹ Amior Nuruddin, *Ijtihad 'Umar ibn al Khattab: Studi tentang Perubahan Hukum dalam Islam*, (Jakarta: Rajawali Press, 1991), cet.ke-1, 127-132.

berperkara, menjaga keseimbangan terhadap keduanya, dan memberikan keadilan untuk para pihak. Keempat, dalam hal pembuktian, pihak yang menggugat harus menyerahkan bukti atas gugatannya dan bagi yang menolak atas gugatan maka baginya harus mengucapkan sumpah atas penolakannya. Karena itu, jika seseorang mendakwakan suatu hak maka dia harus menunjukkan bukti. Jika terbukti maka haknya harus dikembalikan namun jika tidak bisa membuktikan maka dia tidak berhak atau dakwaannya. Apabila seorang hakim telah memutuskan perkara, baginya dapat meninjau kembali atas putusannya manakala ditemukan suatu kebenaran yang baru. Meninjau kembali karena ada kesalahan adalah lebih baik dari pada tetap berada dalam kesalahan.

Kelima, perdamaian bagi umat Islam dibenarkan selama perdamaian itu tidak menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal. Keenam, terhadap perkara yang diajukan namun tidak ditemukan ketentuan hukum yang jelas dalam Al-Qur'an dan hadis, maka hakim diharuskan melalui *qiyās* dengan menganalogikan dengan perkara yang serupa yang sudah diputuskan sebelumnya. Setelah itu, hakim mengambil putusan yang paling dianggap mendekati kebenaran dan diridhai Allah. Karena itu, hakim ketika melakukan penyidangan perkara harus dalam kondisi yang tenang, tidak marah, pikiran tidak kacau, tidak merasa jemu, tidak menyakiti orang yang berperkara dan bersikap keras terhadap para pihak. Hakim harus memiliki niat yang benar dan menjalankan tugasnya dengan ikhlas.⁶² Praja menegaskan ijihad seorang hakim harus memenuhi kriteria; mengerahkan kemampuan dengan sungguh-sungguh, bertujuan memperoleh hukum syar'i yang bersifat amali dari dalil-dalil *ẓanny*, tidak bertentangan dengan ruh hukmi syar'i, bersifat aplikatif, dan berorientasi kemaslahatan.⁶³

⁶² Mahmud Abbas Aqqad, *Keagungan Umar bin Khattab*, (Jakarta: Pustaka Mantiq, 1993), 46.

⁶³ Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya* (Bandung: Penerbit Pustaka Setia, 2014), cet.ke-2, 71.

Al Husni menyimpulkan bahwa posisi hakim sebagai penemu hukum dan bukan pembuat hukum.⁶⁴ Pembuat hukum dalam hukum Islam hanyalah Allah sedangkan hakim menemukan hukum yang terkandung dalam nash-nash agama. Hakim peradilan agama memiliki tanggung jawab ganda. Selain kewajiban menggali dan menemukan hukum, juga harus memastikan bahwa hukum atau putusan yang dibuatkan bersesuaian dengan hukum negara dan ketentuan agama. Karena itu, ia harus memperhatikan nilai dan norma-norma moral dan agama dalam memutuskan perkara.⁶⁵ Ia harus memastikan bahwa kebenaran yang akan ia putuskan adalah kebenaran yang hakiki bukan asumsi atau sekedar pesanan. Kebenaran tersebut akan sia-sia jika tidak diperhatikan oleh hakim.⁶⁶ Hakim ketika akan memutuskan harus sudah memastikan memahami permasalahannya dengan detil dan putusannya tepat sesuai dengan keadilan.⁶⁷ Karena itu, berijtihad bagi hakim merupakan suatu keharusan apalagi jika melihat ketentuan Pasal 28 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, dimana hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.⁶⁸ Alhasil, hakim memikul tanggung jawab yang tidak ringan. Wajar ketika Nabi mengatakan 2 dari hakim masuk neraka dan 1 yang masuk surga. Namun di hadis lain Nabi memberikan apresiasi atas ijtihad hakim. Apabila ia benar dalam berijtihad maka mendapatkan dua pahala namun jika salah dalam berijtihad maka mendapatkan satu pahala.

Ijtihad sebagai upaya hakim menguras pikiran dan tenaganya untuk menemukan hukum memberikan peluang bagi perempuan untuk mendapatkan

⁶⁴ Al Husni, "Eksistensi Risalah Al-Qadha Umar Bin Khattab Dan Relevansinya Dengan Peradilan Agama Di Indonesia Pada Era Reformasi", *Jurnal Al-Risalah*, Vol. 13, No. 1, Juni 2013, 77.

⁶⁵ Al Husni, "Eksistensi Risalah Al-Qadha", 76.

⁶⁶ Dedi Supriadi, *Sejarah Peradaban Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2008). 83.

⁶⁷ Muhammad Ibnu Qayyim, "A'alam al-Muwaqi'in im al-Alamin", sebagaimana dikutip oleh Abdul Manan, *Etika Hakim dalam Penyelenggaraan Peradilan Suatu Kajian dalam Sistem Peradilan Islam*, (Jakarta: Kenanga, 2007), 97.

⁶⁸ Abdul Ghafur Anshori, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 (Sejarah, Kedudukan, dan Kewenangan)*, (Yogyakarta: UII Press, 2007), 151.

perlindungan hak pasca perceraian. Nash yang bersifat umum, pendapat ulama yang beragam, dan peraturan perundangan yang kontradiktif menjadi titik tolak hakim menggali hukum untuk mendapatkan keadilan substantif. Ijtihad dalam penelitian, seperti dinyatakan Al-Ghazali, sebagai upaya sungguh-sungguh hakim dalam menggali hukum perkara cerai gugat untuk menemukan hukum-hukum baru yang melindungi hak perempuan.

3. Teori Aplikatif: *al-Maṣlahah al-Mursalah* Sebagai Dinamisasi Hukum

Seiring dengan berkembangnya zaman, turut berkembang pula berbagai peristiwa dan kasus dalam masalah ibadah di dalam kehidupan sehari-hari. Perubahan tersebut mendorong dan berpengaruh terhadap perubahan hukum. Hal demikian disepakati oleh ulama yang diwujudkan dalam kaidah:

تغير الاحكام بتغير الازمان والامكان

“Perubahan hukum dipengaruhi oleh perubahan waktu dan tempat”.⁶⁹

Perlu diketahui juga bahwa tidak setiap kejadian atau permasalahan terdapat keterangannya di dalam nash Al-Qur’an maupun Hadis. Bahkan ada kejadian-kejadian yang sebelumnya tak pernah diduga kemunculannya. Jika nash-nash yang ada terbatas jumlahnya, sementara peristiwa-peristiwa yang terjadi tidak terbatas dan sesuatu yang terbatas, tidak dapat dihukumi oleh sesuatu yang terbatas. Maka dapat diambil kesimpulan bahwa ijtihad merupakan sesuatu yang harus ditempuh, sehingga setiap permasalahan selalu dapat ditemukan solusi hukumnya. Sementara itu, terbentuknya hukum syar’i tidak lain hanyalah dengan mempertimbangkan terwujudnya kemaslahatan umat manusia. Musthafa Dib al-Bugho mengatakan dalam karyanya: “Pada dasarnya hukum Islam dibentuk berdasarkan kemaslahatan manusia. Setiap segala sesuatu yang mengandung masalah, maka terdapat dalil yang mendukungnya, dan setiap ada kemadharatan yang membahayakan, maka terdapat pula dalil mencegahnya”.⁷⁰ Para ulama

⁶⁹ Ahmad ibn Muhammad al-Zarqa, *Syarḥ al-Qawā'id al-Fiqhiyyah* (Damaskus: Dār al-Qalām, 1357 H./1938 M.), 227.

⁷⁰ Mushtafa Dib al-Bugho, *Uṣūl al-Tasyrī' al-Islāmy: Aṣar al-Adillah al-Mukhtalif Fiha (Maṣādir al-Tasyrī' wat Tabaiyyah fil Fiqh al-Islāmy*, (Damaskus: Dār al-Imām al-Bukhāri, t.th.), 102.

sepakat bahwa semua hukum-hukum Allah dipenuhi kemaslahatan hamba-Nya di dunia dan di akhirat. Dan sesungguhnya *maqāṣid al-syarāh* (tujuan agama) itu hanya ditujukan untuk merealisasikan kebahagiaan yang hakiki bagi mereka. Tujuan agama tersebut bertumpu pada mewujudkan kemaslahatan dan menghindari keburukan.

Maṣlaḥah diartikan sebagai manfaat. *Maṣlaḥah* sering juga disebut *istidlāl* dan *istiṣlāḥ*. Terhadap istilah ini ulama ushul berbeda-beda dalam memberikan defnisi, yaitu: Abdul Wahab Khalaf mendefinisikan *maṣlaḥah* yaitu maslahat yang ketentuan hukumnya tidak digariskan oleh Tuhan dan tidak ada dalil syara' yang menunjukkan tentang kebolehan dan tidaknya masalah tersebut.⁷¹ Abu Zahrah dalam kitabnya *Uṣūl al-Fiqh* menyebutkan *maṣlaḥah* atau *istiṣlāḥ* yaitu segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan syari' (dalam menentukan hukum) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakui atau tidaknya.⁷²

Secara konsep, *maṣlaḥah* terbagi dalam tiga tingkatan: *maṣlaḥah ḍarūriyāh*, yaitu kemaslahatan yang berhubungan dengan kebutuhan pokok umat manusia di dunia dan di akhirat. Yang termasuk dalam kemaslahatan ini adalah memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan dan memelihara harta. *Maṣlaḥah ḥājīyah*, yaitu kemaslahatan yang dibutuhkan dalam menyempurnakan kemaslahatan pokok atau mendasar sebelumnya berbentuk keringanan untuk mempertahankan dan memelihara kebutuhan dasar manusia. Misalnya dalam bidang ibadah diberi keringanan meringkas shalat (menjama') dan berbuka puasa bagi orang yang musafir dalam bidang muamalah antara lain dibolehkan berburu binatang, melakukan jual beli pesanan. *Maṣlaḥah taḥsīniyah*, yaitu kemaslahatan yang bersifat pelengkap berupa keleluasan yang dapat melengkapi kemaslahatan sebelumnya. Misalnya, dianjurkan untuk memakan makanan bergizi, berpakaian yang bagus dan berbagai jenis cara menghilangkan najis dari badan manusia.⁷³

⁷¹ Abdul Wahab Khallaf, *ʿIlm Uṣūl al-Fiqh*, 93.

⁷² Muhammad Abu Zahra, *Uṣūl al-Fiqh*, (Kairo: Dār al-Fikr al-ʿArabi, 1957), 67.

⁷³ Wahbah al-Zuhailiy, *Ushul al-Fiqh al-Islamiy*, J.2, (Damaskus: Dar al Fikr, 2006), 35-36.

Berdasarkan segi perubahan masalah terbagi menjadi masalah yang tetap dan berubah. *Maṣlahah sābitah* yaitu kemaslahatan yang sifatnya tetap, tidak berubah sampai akhir zaman. Misalnya berbagai kewajiban ibadah seperti shalat dan lainnya. *Maṣlahah mutagāyirah* yaitu kemaslahatan yang berubah-ubah sesuai dengan perubahan tempat, waktu, dan subyek hukum. Kemaslahatan seperti ini berkaitan dengan permasalahan muamalah dan adat kebiasaan, seperti makan makanan yang berbeda-beda antara daerah yang satu dengan yang lainnya.

Adapun berdasarkan keberadaan masalah menurut syara', pembagiannya adalah; kemaslahatan yang didukung oleh syara', artinya adanya dalil khusus yang menjadi dasar bentuk dan jenis kemaslahatan tersebut. Misalnya tentang hukuman atas orang yang meminum minuman keras. Hukum yang terdapat dalam hadis dipahami berlainan oleh para ulama' fikih. Hal ini disebabkan perbedaan alat memukul yang digunakan nabi Muhammad SAW. ketika melaksanakan hukuman bagi orang yang meminum minuman keras. Ada hadis yang menerangkan alat yang digunakan adalah pelepah kurma sebanyak 10 kali. Dan ada yang mengqiyaskan dengan hukuman penuduh zina yaitu 80 kali. Pendapat yang terakhir ini menurut ahli ushul fikih sangat cocok untuk digunakan sebab didukung oleh syara' sebab baik jenis maupun bentuknya disebut *maṣlahah mu'tabarah*. Kemaslahatan yang ditolak oleh syara' karena bertentangan dengan ketentuan syara', syara' yang menentukan bahwa orang yang melakukan hubungan seksual di siang hari dalam bulan ramadhan dikenakan hukuman memerdekakan budak, atau puasa selama dua bulan berturut-turut, atau memberi makan 60 orang fakir miskin, dan ulama' ushul fikih memberikan pandangan bahwa yang diutamakan adalah puasa dua bulan berturut-turut karena hal yang demikian itu sangat relevan dengan tujuan syara'. Kemaslahatan yang keberadaan tidak didukung syara' dan tidak pula dibatalkan syara' melalui dalil yang rinci. Kemaslahatan dalam bentuk ini di bagi dua, yaitu: (1). Kemaslahatan yang tidak didukung oleh syara' baik secara rinci maupun umum, tetapi didukung oleh nash, yang disebut *maṣlahah garībah*. Namun mereka tidak dapat memberikan contohnya. (2). Kemaslahatan yang kedua disebut masalah mursalah.

Kemaslahatan ini didukung oleh sekumpulan nash walau bukan nash yang rinci. Sebagai suatu kemaslahatan, masalah mursalah menurut Abdul Wahhab Khallaf dapat digunakan dengan ketentuan.⁷⁴ Sesuatu yang dianggap maslahat itu haruslah berupa maslahat hakiki, yaitu yang benar-benar mendatangkan kemanfaatan dan menolak kemadharatan, bukan berupa dugaan belaka dengan hanya mempertimbangkan adanya kemanfaatan tanpa melihat kepada akibat negatif yang ditimbulkannya. Sesuatu yang dianggap maslahat itu hendaklah berupa kepentingan umum, bukan kepentingan pribadi. Sesuatu yang dianggap masalah itu tidak bertentangan dengan ketentuan yang ada ketegasan dalam Al-Qur'an atau sunnah Rasulullah, atau bertentangan dengan ijma'. Selain ketentuan tersebut, menurut Jazuli dan Aen, kemaslahatan tersebut dapat diukur, diteliti dan diputuskan oleh orang-orang yang cerdas cendekiawan/profesional dalam bidangnya.⁷⁵ Pendekatan *al-maṣlaḥah al-mursalah* akan banyak diterapkan dalam menentukan hukum syariah di bidang muamalah.⁷⁶ Penetapan usia perkawinan dapat digolongkan dalam upaya mewujudkan *al-maṣlaḥah al-mursalah*. Pendirian Lembaga Keuangan Syariah, kolateral pada pembiayaan mudharabah, intervensi harga, dan kartu kredit syariah adalah contoh penerapan *al-maṣlaḥah al-mursalah* lainnya.⁷⁷

Praja berpendapat *al-maṣlaḥah al-mursalah* sebagai metode istinbat hukum yang menggunakan pendekatan *maqāṣid al-syarī'ah* mestinya dapat diterima sebagai dasar penetapan hukum Islam. Kenyataannya, sebagian penganut Syafi'iah menolaknya dengan beberapa alasan. Alasan tersebut disanggah kelompok yang menerima dengan alasan banyak masalah baru yang belum disinggung hukumnya Al-Qur'an dan hadis akan tetapi ketentuan hukumnya dapat

⁷⁴ Abdul Wahab Khallaf, *Usul al-Fiqh*, 96.

⁷⁵ Ahmad Djazuli dan Nuroh Aen, *Ushul Fiqh: Metodologi Hukum Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000), 86.

⁷⁶ M. Syakroni, "Metode Masalah Mursalah dan Istishlah (Studi Tentang Penetapan Hukum Ekonomi Islam)", 187.

⁷⁷ Ahmad Qorib dan Isnaini Harahap, "Penerapan Masalah Mursalah Dalam Ekonomi Islam", *Jurnal Analytica Islamica*, Vol. 5, No. 1, (2016), 55.

diketahui melalui ijtihad. Alasan penolakan penggunaan *al-maṣlaḥah al-mursalah* sebagai metode istinbat hukum tidak logis dan tidak realistis.⁷⁸

Zaman berkembang kian pesat. Seiring dengan itu, paradigma pemenuhan kebutuhan hidup mengalami pergeseran. Berbagai metode pencapaian kesejahteraanpun beragam. Dalam kaitannya dengan kehidupan keberagaman, berbagai masalah kontemporer yang timbul menyertainya harus disikapi secara hukum. Disisi lain, secara tekstual nash-nash tidak menyikapi semua permasalahan yang timbul tersebut berikut detail-detailnya secara spesifik. Apabila maslahat tidak dipertimbangkan sebagai salah satu metode ijtihad, betapa banyak kemaslahatan manusia yang terabaikan, penalaran hukum syara' akan mengalami stagnasi, jumud, bahkan akan memunculkan kesan bahwa syariat Islam tidak relevan lagi dengan perkembangan zaman. Oleh karena itu, perlu dirumuskan metode penalaran baru yang mengakomodasi kemaslahatan manusia. karena Islam sebagai rahmat bagi alam semesta. Argumen ini dapat diperkuat dengan kaidah:

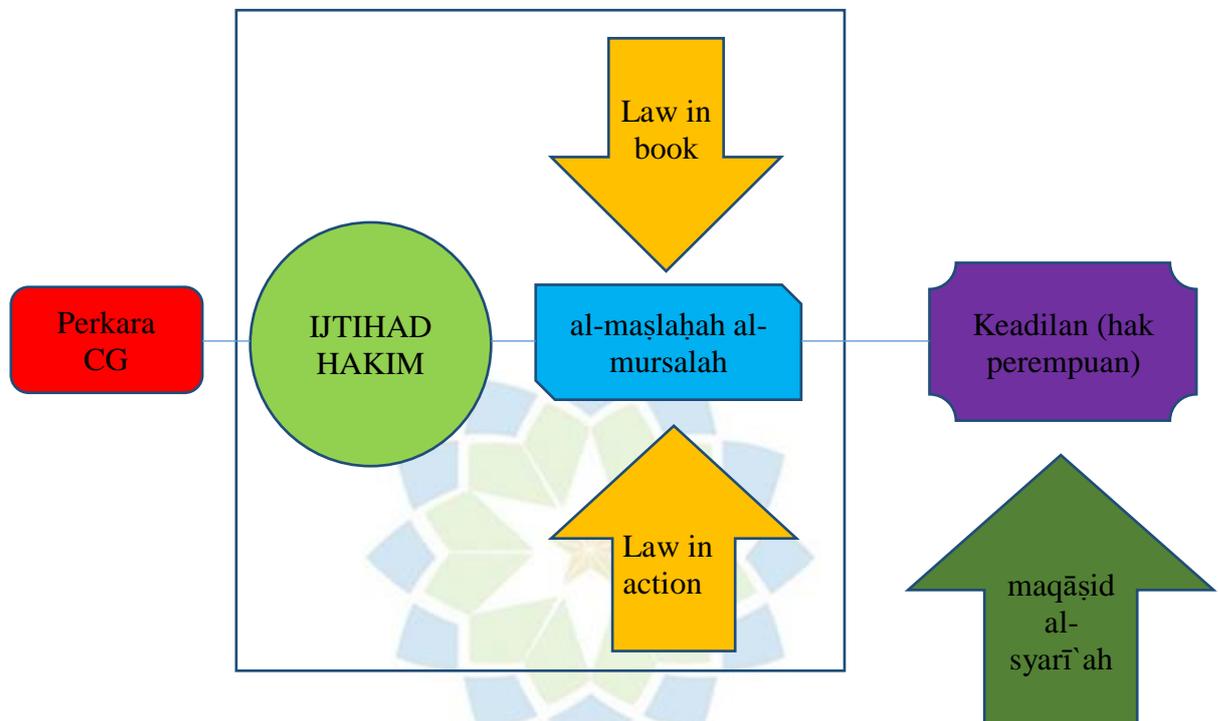
الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم

“Segala macam sesuatu pada dasarnya adalah diperbolehkan, selama tidak ada dalil yang melarangnya”.

Perkawinan dan perceraian merupakan bagian dari kegiatan muamalah yang prinsip dasarnya adalah boleh. Hakim dalam rangka memberikan rasa keadilan dapat mempertimbangkan konsep maslahat ini sebagai argumen putusan. Dasar argumen maslahat tersebut bertumpu pada *maqāshid al-syarī'ah* yang mencakup lima prinsip yaitu: *ḥifẓ al-dīn*, *ḥifẓ al-nafs*, *ḥifẓ al-`aql*, *ḥifẓ al-nasl*, *ḥifẓ al-māl*. Konsep *al-maṣlaḥah al-mursalah* dalam penelitian ini, sebagaimana disebutkan Bugho dan Zuhaili, sebagai kemaslahatan yang menjadi tujuan agama meskipun tidak dinyatakan secara eksplisit dalam nash yang menjadi pertimbangan argumen hukum dan dasar untuk penemuan hukum yang merupakan bagian dari masalah penelitian disertasi.

⁷⁸ Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya* (Bandung: Penerbit Pustaka Setia, 2014), cet.ke-2, 156.

Diagram
Kerangka Pemikiran



G. Hasil Penelitian Terdahulu

1. Edi Riadi (seorang hakim agung RI) dalam penelitian disertasinya yang berjudul: Dinamika Putusan Mahkamah Agung Dalam Perkara Hukum Perkawinan, selain membahas berbagai pendapat hakim dalam beberapa jenis perkara dan permasalahannya juga membahas tentang pembebanan hak-hak mantan istri dalam cerai gugat dengan mengupayakan adanya pembaharuan hukum keluarga (melalui metode *qiyās/analogi*) guna mewujudkan kepastian dan keadilan hukum bagi istri maupun suami pasca perceraian. Sementara terkait dengan hak-hak istri pada cerai gugat, Zian Mufti telah melakukan penelitian (2016) dengan ruang lingkup pembahasan mengenai perbedaan pendapat atau alasan hakim dalam menetapkan hak-hak istri dalam kasus cerai gugat. Penelitiannya menunjukkan adanya perbedaan putusan dan penerapan hukum meskipun menggunakan landasan hukum yang sama

karena bersifat kasuistik. Penelitian ini tidak mengkaji apakah putusan tersebut menggunakan kaidah *al-maṣlaḥah al-mursalah* atau kaidah lain.⁷⁹

2. Penelitian yang sama dilakukan oleh M. Ulil Azmi (2015) mengenai pemberian nafkah iddah dalam cerai gugat juga sebatas pada alasan hakim menetapkan hak iddah kepada mantan istri yang didasarkan kepada hak *ex officio* hakim (pasal 41 huruf c Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan) juga yurisprudensi Mahkamah Agung (Putusan Kasasi Nomor 137/K/AG/2007 tanggal 19 September 2007). Penelitian ini tidak mengungkap alasan hakim tidak menetapkan hak nafkah iddah dan mut'ah bagi istri.⁸⁰ Temuan yang hampir sama dalam penelitian Muhammad (dkk.) yang meneliti pemberian nafkh iddah kepada istri dalam kasus cerai gugat. Hasilnya, pemberian nafkah tersebut didasarkan oleh pertimbangan legal positifistik yaitu putusan Mahkamah Agung RI nomor 137/K/AG/2007 tanggal 19 September 2007 dan penafsiran hakim. Sedangkan menurut Hukum Positif, pemberian nafkah iddah dan mut'ah didasarkan pada Pasal 41 huruf (c) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan suatu kewajiban bagi bekas istri. Penelitian ini tidak menjelaskan kenapa hakim tidak menggunakan pasal tersebut dalam mempertimbangkan nafkah iddah dan mut'ah sehingga pasal tersebut hanya dijadikan dasar tercabulnya perceraian.⁸¹
3. Azizah menyimpulkan pemberian nafkah iddah didasarkan pada kemampuan suami dan tidak adanya perbuatan nusyuz dari istri. Perempuan yang bekerja di luar selama mendapat izin dari suami tidak menjadi penghalang untuk

⁷⁹ Edi Riadi, "Dinamika Putusan MA Dalam Perkara Hukum Perkawinan", Disertasi UIN Jakarta tahun 2010.

⁸⁰ M. Ulil Azmi, "Pemberian Nafkah Iddah Dalam Cerai Gugat: Analisis Putusan Perkara No. 1445/Pdt.G/2010/PA.JS", diakses dari <https://repository.uinjkt.ac.id/dspace/bitstream/123456789/30047/1/M.%20ULIL%20AZMI-FSH.pdf>, tanggal 2 Mei 2021.

⁸¹ Qiyamul Wustha Muhammad, M. Roji Iskandar, dan Siska Lis Sulistiani, "Analisis Putusan Pengadilan Pemberian Nafkah Iddah Pada Cerai Gugat (Studi Putusan Pengadilan Agama Jakarta No. 1542/Pdt.G/2014/PA.JS)", *Prosiding Hukum Keluarg*, Vol.3, No.2, (Agustus, 2017).

menerima nafkah tersebut.⁸² Namun permasalahannya, banyak perempuan yang mengajukan gugat tidak mengajukan hak nafkah sehingga hakim menghadapi kendala terkait dengan prinsip ultra petita. Hakim tidak membebani nafkah pada gugatan yang tidak menuntut nafkah.⁸³ Najichah menegaskan hakim punya kewenangan untuk menetapkan nafkah. Peraturan Mahkamah Agung tahun 2017 dan Surat Edaran Mahkamah Agung tahun 2018 dan 2019 mendukung pemberian nafkah iddah tersebut. Namun tidak banyak hakim yang menggunakan ketentuan tersebut sebagai dasar penetapan hak nafkah.⁸⁴ Najichah tidak mengungkap sebab PERMA tersebut tidak dijadikan pertimbangan dalam pembebanan nafkah iddah dan mut'ah. Muncul pertanyaan kenapa hakim begitu kuat menggunakan ketentuan dalam fikih terkait dengan cerai gugat yang tidak mendapatkan nafkah iddah dan ketentuan dalam KHI padahal sudah ada peraturan dari Mahkamah Agung tersebut.

4. Marwing meneliti putusan Pengadilan Agama Palopo. Mayoritas putusan cerai gugat adalah verstek yang tidak dihadiri suami sebagai tergugat. Perempuan yang mengajukan cerai ke pengadilan umumnya tidak menuntut nafkah karena pemahaman yang ada di masyarakat perempuan tidak mendapatkan nafkah pada cerai gugat. Putusan yang diteliti tidak ditemukan adanya putusan hakim yang menggunakan hak *ex officio* untuk menetapkan kewajiban nafkah iddah kepada suami. Hak *ex officio* tersebut digunakan pada penetaan hak mut'ah bagi istri pada perceraian yang kedua pasangan terjadi sengketa dan tidak mau diceraikan. Hanya saja penelitiannya tidak mengungkap faktor-faktor hakim tidak menggunakan hak tersebut untuk menetapkan hak nafkah iddah dan mut'ah.⁸⁵

⁸² Azizah Mohd and Badruddin Hj Ibrahim, "Muslim Wife's Rights to Maintenance: Husband's Duty to Maintain a Working Wife in Islamic Law and The Law in Malaysia", *IJUM Law Journal*, Vol. 18 No. 1, 2010, 103-121.

⁸³ Anita Marwing, "Perlindungan Hak-Hak Perempuan", 45-62.

⁸⁴ Najichah dan Alfian Qodri Azizi, "Implikasi Inisiatif Perceraian", 42-60.

⁸⁵ Anita Marwing, "Perlindungan Hak-Hak Perempuan", 45-62.

5. Ada kecenderungan hakim untuk mempertimbangkan pembebanan mut'ah pada perkara cerai gugat (khulu') namun dilakukan secara terbatas. Pengadilan Syariah Malaysia mulai mempertimbangkan hal tersebut.⁸⁶ Namun demikian, pelaksanaan pemenuhan hak nafkah tersebut tidak sepenuhnya berjalan baik. Masih banyak pengabaian terhadap pemenuhan hak nafkah istri pasca perceraian pasca perceraian. Karena itu, dibutuhkan kesadaran hukum dalam melaksanakan putusan tersebut.⁸⁷ Pemenuhan kewajiban membayar hak nafkah dan mut'ah pasca perceraian bergantung pada komitmen dan kesadaran mantan suami. Pengadilan berupaya memaksa pelaksanaan kewajiban tersebut dengan ketentuan pembayaran kewajiban tersebut sebelum suami membaca ikrar talak. Apabila tidak ada pelaksanaan eksekusi pra ikrar tersebut, maka upaya hukum yang dapat dilakukan mantan istri adalah dengan permohonan eksekusi berdasarkan ketentuan pasal 197 HIR dan 207-208 RBg tentang permohonan pengajuan eksekusi terhadap putusan yang tidak dijalankan secara sukarela.⁸⁸
6. Penggunaan pertimbangan kemaslahatan dalam putusan juga tidak digunakan hakim untuk dasar penetapan hak nafkah iddah dan mut'ah. Asriaty dan Pasaribu berpendapat isu-isu kontemporer dapat dideskripsikan secara hukum Islam meskipun tidak dinyatakan oleh nash. Penerapan masalah mursalah menjadikan hukum Islam elastis kapan saja dan di mana saja.⁸⁹ Keluwesan hukum Islam termanifestasikan pada kompatibilitas hukum-hukum Islam dengan perkembangan masyarakat disebabkan penerapan masalah tersebut.⁹⁰

Penelitian disertasi ini melanjutkan penelitian sebelumnya yang belum diteliti, yaitu mengungkap argumen hukum dalam perkara cerai gugat dan sebab

⁸⁶ Azizah Mohd and Normi Abd Malek, "Muslim Women's Right to Mut'ah After Dissolution of Marriage Under Islamic Law: An Absolute or Limited Right", *IJUM Law Journal*, Vol.17, No. 1 (2009).

⁸⁷ Hasanatul Jannah, "Kompetensi Hukum Pemenuhan Nafkah Istri Pasca Perceraian", *De Jure, Jurnal Syariah dan Hukum*, Vol.2, No.1, (Juni 2010), 79.

⁸⁸ Nandang Ihwanudin, "Pemenuhan Kewajiban Pasca Perceraian di Pengadilan Agama", *Jurnal Ahliya*, Vol.10, No.1, (Juni 2016), 67.

⁸⁹ Asriaty, "Penerapan Masalah Mursalah dalam Isu-isu Kontemporer", 119.

⁹⁰ Asmawi, "Konseptualisasi Teori Masalah", 311.

tidak digunakannya hak *ex officio* hakim dan regulasi yang mendukung perlindungan perempuan untuk mendapatkan hak-hak pasca perceraian seperti nafkah iddah dan mut'ah. Regulasi dan hukum Islam menyatakan bahwa istri yang melakukan cerai gugat tidak berhak mendapatkan hak-hak kebendaan dari mantan suaminya. Regulasi baru dan yurisprudensi membuka peluang hak tersebut. Namun demikian, pembebanan hak tersebut membutuhkan keberanian hakim dan menemukan hukum baru dan menggunakan hak *ex officio* dengan mempertimbangkan kemaslahatan dan perlindungan terhadap perempuan. Hakim didorong untuk menggali aspek tujuan hukum (*maqāṣid al-syarī'ah*) atau norma-norma hukum substansial.

H. Definisi Operasional

Definisi operasional merupakan definisi yang digunakan dalam penelitian ini. Definisi tersebut digunakan untuk beberapa istilah yang ada dalam penelitian sehingga diketahui makna istilah tersebut dalam penelitian ini. Tujuannya agar tidak terjadi perbedaan pemahaman terhadap istilah yang digunakan dalam penelitian ini. Beberapa istilah tersebut adalah:

1. Argumen hukum adalah alasan dan pertimbangan hakim hakim yang dijadikan dasar hakim dalam perkara cerai gugat dan penetapan hak-hak istri pasca perceraian.
2. Pandangan hukum adalah pendapat hukum yang dikemukakan hakim terhadap hak istri dan penggunaan aspek normatif dan sosiologis serta pertimbangan kemaslahatan dalam penetapan putusan.
3. Aspek normatif merupakan ketentuan hukum yang tertuang dalam peraturan perundangan ataupun hukum Islam yang ada dalam kitab-kitab fikih hasil karya ulama terdahulu dan modern sebagai bagian dari pertimbangan hukum putusan hakim.
4. Aspek sosiologis adalah keadaan dan kondisi sosial yang dijadikan sebagai pertimbangan hukum hakim dalam putusan perkara cerai gugat.

5. Cerai gugat adalah perkara perceraian yang diajukan oleh istri dan suami sebagai tergugat.
6. Hak istri adalah hak yang diterima istri berupa nafkah, iddah, dan hak lainnya yang menjadi kewajiban suami baik selama perkawinan atau setelah terjadinya perceraian. Hak istri dalam penelitian dimaksudkan sebagai hak istri pada cerai gugat setelah putusan pengadilan, kecuali disebutkan hak istri selama atau dalam perkawinan.
7. Pengadilan Agama adalah Pengadilan Agama sebagaimana disebutkan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku yang berkedudukan di wilayah propinsi Banten.

