

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perkawinan menurut jumbuh ulama' merupakan anjuran (sunnah)¹ bagi kaum muslimin. Dalam undang-undang No. 1 Tahun 1974 dinyatakan bahwa: "Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang wanita dan seorang pria sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa."² Sedang dalam Kompilasi Hukum Islam "Perkawinan mitsaqan ghalidzan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang kuat atau mitsaqan ghalidzan untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah."³

Perkawinan merupakan salah satu sunnatullah yang umum berlaku pada semua makhluk Allah, hewan maupun tumbuhan. Semua yang diciptakan oleh Allah adalah berpasang-pasang dan berjodoh- jodoh, sebagaimana yang berlaku pada makhluk yang paling sempurna, yakni manusia.

Perkawinan sebagai perbuatan hukum antara suami dan istri, bukan saja bermakna untuk merealisasikan ibadah kepada-Nya, tetapi juga sekaligus menimbulkan akibat hukum keperdataan di antara keduanya. Namun demikian, karena tujuan perkawinan membina keluarga yang bahagia, kekal, abadi berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa, maka perlu diatur hak dan kewajiban suami istri masing-masing.⁴

Manusia tidak seperti binatang yang melakukan perkawinan dengan bebas dan sekehendak hawa nafsunya. Bagi binatang, perkawinan hanya semata-mata merupakan kebutuhan birahi dan nafsu syahwatnya, sedangkan bagi manusia,

¹ Golongan Zhahiri berpendapat bahwa nikah itu wajib. Sedangkan para Ulama Maliki Mutaakhirin berpendapat bahwa nikah itu wajib untuk sebagian golongan, sunnat untuk sebagian lainnya, dan mubah untuk golongan yang lain lagi. Demikian itu –menurut mereka- ditinjau berdasarkan kekhawatiran terdapat kesusahan darinya. Ibnu Rusyd, *Bidayatul Muftahid: Analisis Fiqih Para Muftahid*, (terj. Imam Ghazali Said dan Akhmad Zaidun), Jakarta: Pustaka Amani, 2007, hlm. 394.

² Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan pasal 1.

³ Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam, Pasal 2

⁴ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2008), 181.

perkawinan diatur oleh berbagai etika dan peraturan lainnya yang menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan yang beradab dan berakhlak. Oleh karena itu, perkawinan manusia harus mengikuti peraturan yang beralaku. Dengan demikian hubungan antara laki-laki dan perempuan diatur secara terhormat dan berdasarkan saling meridhai dengan upacara ijab qabul dan dihadiri kedua mempelai.

Manusia adalah makhluk ciptaan Allah SWT yang mempunyai kedudukan yang sama dimuka bumi. Setiap manusia mempunyai harkat dan martabat (dignity) yang melekat pada kemanusiaannya. Sebagaimana dalam Al-Quran menjelaskan bahwa manusia diciptakan dalam bentuk yang terbaik, hal ini menandakan bahwa manusia berdasarkan kodratnya merupakan makhluk Allah SWT yang paling baik dan sempurna dibandingkan dengan makhluk Allah SWT yang lainnya. Dalam Al-Quran surat Al Isrâ ayat 70 disebutkan:

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ
وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا

“Dan Sesungguhnya telah Kami muliakan anak-anak Adam, Kami angkat mereka di daratan dan di lautan, Kami beri mereka rezki dari yang baik-baik dan Kami lebihkan mereka dengan kelebihan yang sempurna atas kebanyakan makhluk yang telah Kami ciptakan.”

Berdasarkan ayat tersebut dapat diketahui bahwa manusia memiliki derajat atau kedudukan yang sama dan diberikan kelebihan oleh Allah Swt daripada makhluk-makhluk yang lainnya, oleh karena itu tidak ada hal yang membedakan dalam hal apapun. Dengan keyakinan akan kuasa Allah Swt sebagai Pencipta, kondisi disabilitas yang dialami sebagian anak manusia adalah fakta ilahi. Kondisi ini tidak boleh menjadi penyebab hilangnya harkat dan martabat penyandang disabilitas, atau menjadi alasan untuk tidak mensejajarkan mereka dengan warga lain dalam segala bidang kehidupan, baik politik, ekonomi, sosial dan budaya.

Tidak semua individu dilahirkan dalam keadaan normal. Beberapa di antaranya memiliki keterbatasan baik secara fisik maupun psikis, yang sebagian telah dialami sejak awal masa perkembangan. Gangguan perkembangan

intelektual atau yang biasa disebut cacat mental merupakan salah satu di antaranya.

Cacat mental adalah suatu kondisi yang ditandai oleh intelegensi yang rendah yang menyebabkan ketidakmampuan individu untuk belajar dan beradaptasi terhadap tuntutan masyarakat atas kemampuan yang dianggap normal. Anak-anak dan dewasa penderita cacat ini memiliki fungsi intelektual di bawah normal, yaitu dengan nilai IQ di bawah 70.⁵ Orang-orang ini tidak dapat mengikuti pendidikan sekolah biasa karena cara berpikirnya yang terlalu sederhana, daya tangkap dan daya ingatnya lemah, pengertian bahasa dan berhitungnya juga sangat lemah. Selain itu mereka juga mengalami gangguan perilaku adaptif, di antaranya yang paling menonjol adalah kesulitan menyesuaikan diri dengan masyarakat sekitarnya. Biasanya tingkah lakunya kekanak-kanakan tidak sesuai dengan umurnya.

Terlepas dari bagaimana kondisi yang dialami, pada dasarnya setiap manusia memiliki hak yang sama untuk memperoleh kebahagiaan dalam hidupnya. Setiap orang berhak untuk tumbuh dan berkembang dalam lingkungan yang kondusif dan suportif, termasuk bagi mereka yang mengalami keterbelakangan mental. Dalam Deklarasi Hak Penyandang Cacat yang dicetuskan oleh Majelis Umum PBB disebutkan bahwa berperan aktif dalam sebuah keluarga merupakan salah satu hak penyandang cacat.⁶ Di Indonesia hak-hak mereka dilindungi dalam UU No. 4 Tahun 1997 tentang penyandang cacat.⁷

Dalam beberapa perundang-undangan yang ada, kecacatan disebutkan diantaranya dalam: Dalam Deklarasi Hak Penyandang Cacat yang dicetuskan oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) dengan resolusi 3447 (XXX) tertanggal 9 Desember 1975 di New York, ayat 1 tentang definisi penyandang cacat adalah:

⁵ Lihat Tingkatan IQ dalam J.P. Chaplin, *Kamus Lengkap Psikologi*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006). 1

⁶ Deklarasi Hak Penyandang Cacat, dicetuskan oleh Majelis Umum PBB dengan resolusi 3447 (XXX) tertanggal 9 Desember 1975 di New York

⁷ Disebutkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1997 nomor 4 pada pasal 1 ayat 3, bahwa Kesamaan kesempatan adalah keadaan yang memberikan peluang kepada penyandang cacat untuk mendapatkan kesempatan yang sama dalam segala aspek kehidupan dan penghidupan.

“Istilah penyandang cacat: berarti setiap orang yang tidak mampu menjamin oleh dirinya sendiri, seluruh atau sebagian, kebutuhan individual normal dan/atau kehidupan sosial, sebagai hasil dari kecatatan mereka, baik yang bersifat bawaan maupun tidak, dalam hal kemampuan fisik atau mentalnya.”⁸

Dalam Undang Undang Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat disebutkan dalam pasal 1 ayat 1:

“Penyandang cacat adalah setiap orang yang mempunyai kelainan fisik dan/atau mental, yang dapat mengganggu atau merupakan rintangan dan hambatan baginya untuk melakukan secara selayaknya, yang terdiri dari: Penyandang cacat fisik; Penyandang cacat mental; Penyandang cacat fisik dan mental.”⁹

Imam as-Syafi’i menyebutkan bahwa orang yang menderita keterbelakangan mental tidak mendapat hak untuk menentukan sesuatu hal yang berkaitan dengan dirinya. Hal ini dikarenakan mereka tidak dapat mengurus dirinya sendiri, sehingga akad yang dilakukan pun dipandang batal kecuali dengan seizin wali.¹⁰

Hal ini sejalan dengan Jumhur Ulama Usul Fiqh yang mengatakan bahwa dasar adanya taklîf (pembebanan hukum) terhadap seorang mukallaf adalah akal (العقل) dan pemahaman (الفهم). Seorang mukallaf dapat dibebani hukum apabila ia telah berakal dan dapat memahami taklîf secara baik yang ditujukan kepadanya.¹¹ Oleh karena itu, orang yang tidak atau belum berakal tidak dikenai taklîf karena mereka dianggap tidak dapat memahami taklîf dari al-Syâri’.

Dalam kaidah hukum taklifi disebutkan bahwa mahkum ‘alaih (orang yang dibebani hukum) mempunyai dua syarat pembebanan hukum, yaitu: 1) sanggup memahami khitab-khitab pembebanan, yaitu al-Qur’an dan as- Sunnah, baik dengan dirinya sendiri maupun perantara; dan 2) mempunyai kemampuan untuk menerima beban (ahliyah). Dalam konsep ahliyah ini dikenal dua istilah yaitu pertama, ahliyah wujub, yaitu kemampuan menerima hak dan kewajiban, dimana

⁸ Majelis Umum PBB, Deklarasi Hak Penyandang Cacat [Resolusi 3447 (XXX) tanggal 9 Desember 1975], ayat 1.

⁹ Undang Undang Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat, Pasal 1 Ayat 1.

¹⁰ Lihat: Al-Imam Asy-Syafi’i, *Al-Umm* (Kitab Induk), (Ismail Yakub, terj.), juz VII, Jakarta: CV. Faizan, 2003, 171-173.

¹¹ Rachmat Syafe’i, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Bandung: Pustaka Setia, 2007), 334.

terdapat kepantasan bagi semua manusia dengan dasar kemanusiaan; dan kedua, ahliyatul ada' (kemampuan berbuat), yaitu kepantasan seseorang untuk dipandang sah segala perkataan dan perbuatannya.¹²

Dengan melihat faktor ahliyah di atas, khususnya ahliyah al-ada', maka penderita keterbelakangan mental tentunya tidak dapat menerima pembebanan hukum taklifi. Hal ini dikarenakan dirinya tidak mempunyai kepantasan untuk disebut sebagai mahkum 'alaih (orang yang terkena pembebanan hukum). Penderita cacat mental digolongkan kepada keadaan ahliyah al-ada' yang tidak sempurna. Karena pada dasarnya akalunya tidak hilang, tetapi akalunya lemah dan kurang, maka ia dihukumi seperti anak mumayyiz.¹³ Seorang safih (idiot; termasuk dalam salah satu jenis kecacatan mental) dibedakan dari anak kecil dalam hal kebalighannya, dan dari orang gila dalam hal berakalnya.¹⁴

Nabi Muhammad SAW bersabda:

Artinya: "Diangkat pembebanan hukum dari tiga (orang); orang tidur sampai bangun, anak kecil sampai baligh, dan orang gila sampai sembuh"¹⁵

Mengenai hak untuk memperoleh pengakuan yang sama terhadap segala proses kehidupan, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1997 menyebutkan dalam pasal 5 bahwa: Setiap penyandang cacat mempunyai hak dan kesempatan yang sama dalam segala aspek kehidupan dan penghidupan.¹⁶

Kaitannya dengan pernikahan yang dilakukan oleh penderita cacat mental, dalam Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam sendiri tidak dijumpai pembahasan spesifik tentang pernikahan penderita cacat mental. Sehingga dapat dikatakan tidak ada masalah yang berkaitan dengan pernikahan tersebut, dan dapat disamakan dengan pernikahan orang-orang biasa.

¹² Mughtar Yahya dan Fatchur Rahman, *Dasar-Dasar Pembinaan Hukum Fiqh-Islam*, (Bandung: PT. Al-Ma'arif, 2006), 164-167.

¹³ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, (terj. Faiz el-Muttaqin), (Jakarta: Pustaka Amani, 2003), 194.

¹⁴ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Madzhab*, (terj. Masykur Ab, dkk), (Jakarta: Lentera, 2004), 688.

¹⁵ Abu Dawud, *Sunnan Abu Dawud*, Juz. 4, (Bairut: Dar al-Fikr, tt). 140.

¹⁶ Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1997 tentang Penyandang Cacat, Pasal 5.

Padahal jika dilihat dari pendapat Syafi'i, karena pernikahan juga berkaitan dengan akad, maka akad yang dilakukan oleh penderita cacat mental adalah batal jika tidak ada izin dari wali. Disamping itu, jika dikaitkan dengan kewajiban yang melekat pada perkawinan, bagaimana penderita keterbelakangan mental dapat memenuhi tanggung jawab seperti kewajiban memberikan nafkah oleh suami kepada istri, dan bagaimana mereka mengasuh dan membesarkan keturunan.

Manusia dalam menempuh pergaulan hidup dalam masyarakat tidak dapat terlepas dari ketergantungan antara manusia dengan yang lainnya. Hal itu dikarenakan sesuai dengan kedudukan manusia sebagai makhluk sosial yang suka berkelompok atau berteman dengan manusia lainnya. Hidup bersama merupakan salah satu sarana untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia, baik kebutuhan yang bersifat jasmani maupun yang bersifat rohani. Demikian pula bagi seorang laki-laki ataupun seorang perempuan yang telah mencapai usia tertentu, mereka tidak akan lepas dari kebutuhan tersebut; mereka ingin memenuhi kebutuhan hidupnya dan melaluinya bersama dengan orang lain yang bisa dijadikan curahan hati penyejuk jiwa, tempat berbagi suka dan duka. Hidup bersama antara seorang laki-laki dan perempuan sebagai pasangan suami istri setelah memenuhi ketentuan hukumnya inilah yang lazim disebut sebagai sebuah perkawinan.

Perkawinan merupakan naluri manusia untuk membina rumah tangga dalam mencapai kedamaian, ketentraman hidup serta rasa kasih sayang, sebagaimana firman Allah SWT, QS.Ar-Ruum(30): 21.

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً
وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

“Dan diantara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah dia ciptakan untukmu isteri-isteri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan dijadikan-Nya diantaramu rasa kasih dan sayang.”

Ayat tersebut menjelaskan bahwa tujuan perkawinan sangat mulia yaitu menciptakan keluarga yang damai, aman dan tentram. Untuk mewujudkan tujuan yang mulia ini harus didukung oleh adanya kedewasaan dan kematangan, hingga menimbulkan rasa tanggungjawab pada mereka.

Senada dengan ayat di atas Nabi Muhammad SAW memberikan tuntunan agar dalam melaksanakan perkawinan seorang muslim harus mempunyai persiapan-persiapan baik secara fisik, psikis, dan ekonomi, sebagaimana hadis Nabi, Artinya:

Hai pemuda! Apabila diantara kalian mempunyai kemampuan untuk kawin maka kawinlah. Sesungguhnya yang demikian itu menundukkan pandangan dan menjaga farji. Dan barangsiapa yang belum mampu (untuk menikah) hendaknya ia berpuasa, sesungguhnya yang demikian itu menjadi penjaga baginya.¹⁷

Kemampuan yang dikehendaki dari hadis di atas adalah kemampuan fisik dan non fisik sehingga dapat memberikan nafkah lahir maupun batin bagi istrinya. Dalam menjalani kehidupan rumah tangga, kerja keras dan saling pengertian mutlak diperlukan sehingga kehidupan harmonis antara suami istri akan terwujud. Untuk merealisasikan tujuan perkawinan tersebut maka diperlukan persiapan yang matang baik persiapan moril maupun materil.

Di dalam Pasal 1 Undang-undang No.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (selanjutnya disebut UUP) tercantum rumusan pengertian tentang perkawinan yang berbunyi: perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.¹⁸

Untuk dapat mewujudkan fungsi dan tujuan perkawinan tersebut maka kematangan fisik dan mental calon mempelai menjadi faktor yang penting. Tanpa adanya kematangan fisik dan mental hak dan kewajiban suami istri dalam perkawinan akan sulit dipenuhi.

Sejalan dengan hal itu, UUP menganut prinsip bahwa calon suami dituntut memiliki kedewasaan/kematangan jiwa dan raganya untuk dapat melangsungkan perkawinan. Tujuannya adalah agar dapat mewujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir dengan perceraian.

Dalam kenyataannya, antara tuntutan idealitas dan realitas seringkali tidak berjalan beriringan. Para penyandang cacat mental sebagai manusia normal yang

¹⁷ Al-Imam Abi Abdillah Muhammad Ibn Isma'il al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari, an-Nikah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1994), VI: 143.

¹⁸ Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor I.

juga dikaruniai hasrat seksual tentunya memiliki keinginan untuk mengikatkan diri dalam ikatan perkawinan. Hal ini menjadi sesuatu yang alamiah. Namun, dengan tingkat kecerdasan mereka yang kurang atau di bawah normal para penyandang cacat dikhawatirkan tidak dapat mengendalikan emosi atau tidak dapat bersikap dewasa dalam menghadapi suatu masalah. Di samping itu juga dikhawatirkan mereka tidak dapat memenuhi kebutuhan nafkah keluarga. Hal ini pada akhirnya dapat menimbulkan masalah dalam keluarga dan beban bagi orangtuanya.

Agama Islam tidak menyatakan kematangan mental sebagai salah satu syarat ataupun rukun nikah. Islam hanya mengemukakan bahwa lembaga perkawinan merupakan suatu institusi suci yang memiliki hikmah menyelamatkan kehidupan manusia di dunia dan akhirat. Meskipun demikian lembaga perkawinan dalam membina generasi yang akan datang dari setiap keluarga, terkandung suatu anjuran supaya siapa saja yang memasuki kehidupan rumah tangga hendaknya telah memiliki kematangan, baik fisik maupun mental.¹⁹ Dalam UUP serta KHI juga tidak disebutkan akil (berakal) sebagai syarat sahnya perkawinan. Namun secara implisit adanya batas usia minimal bagi kedua calon mempelai merupakan jawaban tentang pentingnya akil sebagai syarat calon mempelai.²⁰

Para penyandang cacat mental, baik yang ada di kelembagaan maupun di luar, memiliki hak-hak mendasar yang harus diawasi dan dilindungi. Hak-hak dasar itu meliputi hak kriminal dan sipil. Pada hak sipil meliputi kemampuan untuk membuat kontrak kerja dan menikah. Kemungkinan para penyandang cacat mental untuk menikah tetap ada. Pernikahan sebagai hubungan yang stabil antara dua individu jelas menguntungkan bagi orang-orang dewasa yang cacat. Pada kebanyakan kasus, pernikahan berlangsung antar penyandang cacat intelektual. Pasangan seperti ini seringkali berbagi pandangan yang sama mengenai kehidupan. Pernikahan antara individu penyandang cacat intelektual dengan orang normal juga dapat terjadi. Seandainya saja hal ini merupakan hubungan yang

¹⁹ Lihat Kamal Mukhtar, *Asas-asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, (Jakarta: Bulan Bintang, 2004). 87.

²⁰ Kamal Mukhtar, *Asas-asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, (Jakarta: Bulan Bintang, 2004). 87

penuh kasih dan bukan didasarkan pada rasa kasihan atau eksploitasi, ada peluang yang baik bahwa perkawinan tersebut dapat berhasil.

Dalam perkawinan penyandang cacat mental, perkawinan bukan semata-mata guna pemenuhan kebutuhan biologis, melainkan yang utama adalah pemenuhan manusia akan kebutuhan afeksional, yaitu kebutuhan mencintai dan dicintai, rasa kasih sayang, rasa aman dan terlindungi, dihargai, diperhatikan dan sebagainya. Demikian pula halnya dengan kebutuhan materi, tidak menjadi landasan utama untuk mencapai kebahagiaan.

Ditinjau dari segi kesehatan jiwa, suami/istri yang terikat dalam suatu perkawinan tidak akan mendapat kebahagiaan, manakala perkawinan itu hanya berdasarkan pemenuhan kebutuhan biologis dan materi semata tanpa terpenuhinya kebutuhan afeksional (kasih sayang). Faktor afeksional yang merupakan pilar utama bagi stabilitas suatu perkawinan/rumah tangga.²¹

Perkawinan sebagai suatu akad yang menghalalkan hubungan intim antara seorang laki-laki dengan perempuan, menunjukkan fungsi perkawinan yang paling mendasar yaitu sebagai lembaga preventif bagi terjadinya hal-hal yang dilarang agama, yaitu perbuatan zina dan kefasikan. Melalui perkawinan inilah diharapkan fitrah manusia bisa terpelihara dengan baik, sebab perkawinan mengatur hubungan seks antara perempuan dan laki-laki dengan ikatan yang sah.

Disabilitas merupakan salah satu isu kemanusiaan di Indonesia. Stigma negatif terhadap penyandang disabilitas yang masih melekat di masyarakat Indonesia menjadi suatu permasalahan tersendiri. Diantara jenis disabilitas yang beragam, orang dengan hambatan mental dianggap sebagai kelompok yang kurang diterima di masyarakat. Hal itu disebabkan asumsi yang terlanjur melekat bahwa mereka tidak mampu mengendalikan hasrat, emosi, dan minimnya kemampuan untuk bersosialisasi dengan orang lain.²² Shelway dan Ashman mencatat bahwa mayoritas di dalam komunitas, orang dengan HIV/AIDS,

²¹ Dadang Hawari, *Al-Qur'an Ilmu Kedokteran dan Kesehatan Jiwa* (Yogyakarta: Dana Bhakti Prima Yasa, 2004), 770.

²² Deborah Selway dan Adrian F. Ashman, "Disability, Religion and Health: A Literature Review in Search of the Spiritual Dimensions of Disability." *Disability and Society*, 13, 431.

disabilitas mental, sakit jiwa, dan *cerebral palsy* adalah kelompok yang jarang diterima di masyarakat.

Data menunjukkan jumlah disabilitas di Indonesia saat ini menacapai angka 12 persen sebagaimana survey yang dilakukan oleh Badan Pusat Statistik (BPS).²³ Jumlah penyandang disabilitas yang cukup besar itu tentunya memerlukan perlakuan dan kebijakan khusus dari pemerintah untuk memenuhi hak mereka sebagai warga negara dan melindungi mereka dari segala bentuk diskriminasi.

Sekalipun jumlah penyandang disabilitas demikian besar, perhatian publik Indonesia terhadap mereka masih tergolong rendah. Tak sedikit para penyandang disabilitas yang mengalami perlakuan diskriminatif, mulai dari lingkungan keluarga hingga masyarakat. Keterbatasan fisik dan mental mereka kerap dianggap sebagai “*kutukan*”. Jika pun mulai muncul kesadaran dari sebagian orang tentang pentingnya memperhatikan penyandang disabilitas, maka itu tak lebih dari sekadar wacana. Dimana-mana penyandang disabilitas masih dianggap sebagai subyek yang merepotkan.

Terlepas dari bagaimana kondisi yang dialami, pada dasarnya setiap manusia memiliki hak yang sama untuk memperoleh kebahagiaan dalam hidupnya. Setiap orang berhak untuk tumbuh dan berkembang dalam lingkungan yang kondusif dan suportif, termasuk bagi mereka yang mengalami keterbelakangan mental. Dalam Deklarasi Hak Penyandang Cacat yang dicetuskan oleh Majelis Umum PBB disebutkan bahwa berperan aktif dalam

²³ Sampai dengan tahun 2016, jumlah penyandang disabilitas di Indonesia mencapai 12,7 persen dimana yang termasuk di dalam kategori sedang sebanyak 10,29 persen dan kategori berat sebanyak 1,87 persen. Sementara untuk prevalensi disabilitas provinsi di Indonesia antara 6,41 persen sampai 18,75 persen. Tiga provinsi dengan tingkat prevalensi tertinggi adalah Sumatra Barat, Nusa Tenggara Timur dan Sulawesi Selatan. Dari angka 12,15 persen penyandang disabilitas 45,74 persen tingkat pendidikan penyandang disabilitas tidak pernah atau tidak lulus SD, jauh dibandingkan non-penyandang disabilitas yang sebanyak 87,31 persen berpendidikan SD keatas. Dengan jumlah penyandang disabilitas perempuan yaitu 53,37 persen. Sedangkan sisanya 46,63 persen adalah laki-laki. Berdasarkan survey Badan Pusat Statistik (BPS) tahun 2016 sebagaimana dikutip dalam:

<http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/16/12/16/oi9ruf384-indonesia-miliki-12-persen-penyandang-disabilitas>. Diakses tanggal 9 November 2019

sebuah keluarga merupakan salah satu dari hak mereka.²⁴ Di Indonesia hak-hak mereka dilindungi dalam UU No. 8 Tahun 2016 tentang penyandang disabilitas.

Manusia dalam menempuh pergaulan hidup dalam masyarakat tidak dapat terlepas dari adanya saling ketergantungan antara manusia dengan yang lainnya. Hal itu dikarenakan sesuai dengan kedudukan manusia sebagai makhluk sosial yang suka berkelompok atau berteman dengan manusia lainnya. Hidup bersama merupakan salah satu sarana untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia baik kebutuhan yang bersifat jasmani maupun yang bersifat rohani. Demikian pula bagi seorang laki-laki ataupun seorang perempuan yang telah mencapai usia tertentu maka ia tidak akan lepas dari permasalahan tersebut. Ia ingin memenuhi kebutuhan hidupnya dan melaluinya bersama dengan orang lain yang bisa dijadikan curahan hati penyejuk jiwa, tempat berbagi suka dan duka. Hidup bersama antara seorang laki-laki dan perempuan sebagai pasangan suami istri dan telah memenuhi ketentuan hukumnya inilah yang lazim disebut sebagai sebuah perkawinan.

Perkawinan merupakan jalan yang paling bermanfaat dan paling utama dalam upaya merealisasikan dan menjaga kehormatan, karena dengan nikah inilah seseorang bisa terjaga dari apa yang diharamkan Allah. Itulah sebabnya Rasulullah Saw mendorong untuk mempercepat nikah, mempermudah jalan untuknya dan memberantas kendala-kendalanya.

Di dalam Pasal 1 Undang-undang No.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (selanjutnya disebut UUP) tercantum rumusan pengertian tentang perkawinan yang berbunyi: perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.²⁵ Begitupun halnya pada Undang-undang no.8 Tahun 2016 tentang penyandang disabilitas pada pasal 8 bagian keempat disebutkan bahwa: hak privasi untuk

²⁴ Deklarasi Hak Penyandang Cacat, dicetuskan oleh Majelis Umum PBB dengan resolusi 3447 (XXX) tertanggal 9 Desember 1975 di New York.

²⁵ Al-Imam Abi Abdillah Muhammad Ibn Isma'il al-Bukhari, Sahih al-Bukhari, an-Nikah, (Beirut: Dar al-Fikr, 1994), VI: 143.

penyandang disabilitas diantaranya memiliki hak untuk membentuk sebuah keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.

Untuk dapat mewujudkan fungsi dan tujuan perkawinan tersebut maka kematangan fisik dan mental calon mempelai menjadi satu faktor yang penting. Tanpa adanya kematangan fisik dan mental hak dan kewajiban suami istri dalam perkawinan akan sulit dipenuhi.

Sejalan dengan hal itu, UUP menganut prinsip bahwa calon suami itu harus telah masak jiwa dan raganya untuk dapat melangsungkan perkawinan. Tujuannya adalah agar dapat mewujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir dengan perceraian.

Dalam kenyataannya, antara tuntutan idealitas dan realitas seringkali tidak berjalan beriringan. Para penyandang disabilitas sebagai manusia normal yang juga dikaruniai hasrat seksual tentunya memiliki keinginan untuk mengikatkan diri dalam ikatan perkawinan. Hal ini menjadi sesuatu yang sangat wajar. Namun, dengan kekurangan mereka dikhawatirkan mereka akan sulit menjalankan kehidupan bahtera kehidupan rumah tangganya. Di samping itu juga mereka dikhawatirkan tidak dapat memenuhi kebutuhan nafkah keluarga nanti. Hal ini pada akhirnya dapat menimbulkan masalah dalam keluarga dan dapat menimbulkan beban bagi orangtuanya.

Melihat adanya keinginan dalam diri penyandang cacat mental untuk menikah yang didorong oleh perkembangan seksual yang telah matang, juga permasalahan-permasalahan yang mungkin timbul dalam perkawinan penyandang cacat mental, maka penyusun tertarik untuk membahasnya lebih lanjut dengan melihat pada masalah dan madaratnya bagi mempelai maupun masyarakat sekitarnya, juga dengan melihat dari segi hukum Islam dan hukum positif. Dengan melihat bahwa penderita cacat mental sendiri tidak dapat mengurus kepentingan dan kebutuhan mereka, dan dengan alasan-alasan di atas, tentunya perlu dikaji kembali bagaimana fenomena pernikahan orang yang menderita keterbelakangan mental.

Oleh karena itu perlu pengkajian yang lebih mendalam mengenai undang-undang perkawinan dan undang-undang mengenai penyandang cacat disabilitas

dalam mengatur tentang haknya untuk melaksanakan perkawinan syarat dan setelah perkawinan berlangsung, maka penulis sangat tertarik untuk menganalisis permasalahan ini dan diangkat dalam disertasi yang berjudul “**Kritik Hukum Islam terhadap Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 dan Undang-Undang No. 8 Tahun 2016 tentang Disabilitas Mental**”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan Permasalahan diatas, maka dapat dirumuskan dalam beberapa rumusan masalah yaitu sebagai berikut :

1. Bagaimana hukum perkawinan bagi penyandang Disabilitas mental menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 dan Undang-Undang No. 8 Tahun 2016?
2. Bagaimana pemenuhan kewajiban isteri atau suami penyandang disabilitas mental dalam perkawinan?
3. Bagaimana pelaksanaan perkawinan penyandang disabilitas mental sudah sesuai dengan UU Perkawinan di Indonesia?
4. Bagaimana Tinjauan Hukum Islam tentang perkawinan penyandang Disabilitas mental?

C. Tujuan Dan Manfaat Penelitian

1. Tujuan penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah :

- 1) Untuk Mengetahui Hukum Perkawinan Bagi penyandang Disabilitas mental menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 dan Undang-Undang No. 8 Tahun 2016,
- 2) Untuk Mengetahui pemenuhan kewajiban isteri atau suami penyandang disabilitas mental dalam perkawinan,
- 3) Untuk Mengetahui pelaksanaan perkawinan penyandang disabilitas mental sudah sesuai dengan UU Perkawinan di Indonesia,
- 4) Untuk Mengetahui Tinjauan Hukum Islam tentang perkawinan penyandang Disabilitas mental.

2. Manfaat Penelitian

Selain terdapat tujuan penelitian seperti yang telah dipaparkan diatas, penelitian ini juga memiliki beberapa manfaat penelitian, baik manfaat secara teoritis maupun praktis. Adapun manfaat yang diharapkan oleh peneliti adalah:

- a. Secara teoritis, penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan wawasan ilmu pengetahuan mengenai perkawinan, khususnya yang berkenaan dengan pernikahan penyandang cacat mental.
- b. Secara praktis, penelitian ini diharapkan dapat menjadi informasi dan ilmu pengetahuan bagi semua pihak, khususnya bagi:

1. Peneliti

Penelitian ini berguna sebagai tambahan wawasan ilmu pengetahuan yang pada akhirnya dapat berguna ketika peneliti sudah berperan aktif dalam kehidupan masyarakat.

2. Masyarakat

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan penilaian sosial yang sifatnya informatif kepada masyarakat yang memiliki anggota keluarga cacat mental khususnya dan masyarakat Indonesia umumnya.

3. Lembaga-lembaga yang menaungi penyandang cacat mental maupun lembaga-lembaga dakwah Islam lainnya.

D. Definisi Operasional

Supaya tidak melebar kemana-mana, maka dalam fokus penelitian ini penulis membatasi ruang lingkup dalam beberapa bahasan antara lain :

1. Perkawinan

Perkawinan diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Dalam undang-undang ini, pengertian perkawinan ditegaskan pada Pasal 1 Undang-Undang tersebut bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.²⁶

²⁶ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 1

Dalam Kompilasi Hukum Islam “Perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang kuat atau *mīthāqan ghalīzan* untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah”.²⁷

2. Disabilitas

Menurut Undang-undang No. 4 Tahun 1997 disabilitas adalah seseorang yang termasuk ke dalam penyandang cacat fisik, cacat mental atau gabungan penyandang fisik dan mental.

Difabel atau disabilitas adalah istilah yang meliputi gangguan, keterbatasan aktivitas, dan pembatasan partisipasi. Gangguan adalah sebuah masalah pada fungsi tubuh atau strukturnya; suatu pembatasan kegiatan adalah kesulitan yang dihadapi oleh individu dalam melaksanakan tugas atau tindakan, sedangkan pembatasan partisipasi merupakan masalah yang dialami oleh individu dalam keterlibatan dalam situasi kehidupan. Jadi disabilitas adalah sebuah fenomena kompleks, yang mencerminkan interaksi antara ciri dari tubuh seseorang dan ciri dari masyarakat tempat dia tinggal. Penyandang cacat adalah setiap orang yang mempunyai kelainan fisik dan/atau mental, yang dapat mengganggu atau merupakan rintangan dan hambatan baginya untuk melakukan secara seleyaknya, yang terdiri dari: penyandang cacat fisik; penyandang cacat mental; serta penyandang cacat fisik dan mental.²⁸

3. Hukum Islam

Hukum Islam adalah suatu bentuk peraturan berdasarkan ketentuan Allah SWT dan sunah Nabi Muhammad SAW yang bersifat mengikat semua orang yang beragama Islam tanpa terkecuali, baik remaja, dewasa, ataupun orang tua.

Sedangkan menurut para ahli, pengertian hukum Islam adalah sebagai berikut :

Menurut Marzuki, pengertian hukum Islam adalah seperangkat atau serangkaian norma yang bersumber dari Allah SWT dan Rosulloh S.A.W yang berfungsi untuk mengatur segala bentuk tingkah laku (tata kelakuan) manusia terutama yang Bergama Islam.

²⁷Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam, Pasal 2

²⁸ Undang-Undang RI. No. 4 Tahun 1997

Adapun menurut Abu Zahroh dalam definisinya, Hukum Islam adalah suatu bentuk aturan yang mampu menjadikan manusia (insan) yang bijaksana di dalam menjalankan kehidupan sehari-harinya, dalam menegakkan atau menjalankan hukum Islam ini tidak pernah ditemukan pembedaan antara satu dengan yang lainnya. Sehingga hukum dalam islam bersifat universal.

Sedangkan menurut Ahmad Hasan Hukum Islam (Islamic law) adalah suatu bentuk hukum yang bersumber dari seluruh ajaran Islam yang berada diantara syariah dan fikih.

E. Pnelitian Terdahulu Yang Relevan

Terdapat beberapa karya ilmiah terdahulu yang terkait dengan permasalahan yang peneliti lakukan. Penelitian terkait ini disebutkan sebagaimana dibawah ini :

1. Muthok Fatina, 2010, dengan judul “*Bimbingan Islam dalam Mengembangkan Potensi diri Anak Cacat Mental di SLB ABC Kecamatan Kaliwungu Kabupaten Kendal*”. Disertasi mahasiswa pascasarjana UIN Walisongo Semarang. Penelitian ini dilakukan untuk mengetahui pelaksanaan bimbingan Islam dalam potensi diri siswa yang dilakukan di SLB ABC Kecamatan Kaliwungu Kabupaten Kendal. Dari hasil penelitian tersebut terdapat tiga kategori dalam bimbingan Islam yaitu: dengan memberikan pemahaman tentang rukun iman, pemahaman rukun Islam, dan memberikan pemahaman tentang ajaran Islam tersebut sehingga dapat membentuk mereka dalam mengembangkan potensi spiritual dan dapat digunakan sebagai acuan dalam menjalani hidup mereka sehari-hari di lingkungan masyarakat.

2. Rohmah Ageng Mursita, 2017. Dengan Judul “*Strategi Unit Layanan Disabilitas dalam memenuhi Kebutuhan Mahasiswa Penyandang Disabilitas di Perguruan Tinggi*”. Mahasiswa Pascasarjana Universitas Pendidikan Indonesia (UPI). Hasil Penelitiannya bahwa : Program unit layanan disabilitas dalam memenuhi kebutuhan mahasiswa penyandang disabilitas di perguruan tinggi. Program Unit Layanan Disabilitas dalam memenuhi kebutuhan mahasiswa penyandang disabilitas diperguruan tinggi, yang dianalisis di Unit Layanan Disabilitas di UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta dan Universitas Brawijaya Malang. Program unit layanan yang dilakukan dengan : (a) membentuk relawan

pendamping bagi mahasiswa disabilitas, (b) melakukan sosialisasi – sosialisasi yang dilakukan untuk menginformasikan mengenai keberadaan mahasiswa disabilitas dan hasilnya dapat membentuk pemahaman dan sikap – sikap toleransi, (c) melakukan advokasi – advokasi dengan fakultas – fakultas dan untuk memberikan penjelasan mengenai kebutuhan mahasiswa disabilitas dan pembelajaran yang sesuai, (d) membuat seleksi penerimaan khusus bagi calon mahasiswa disabilitas, (e) bekerjasama dengan lembaga – lembaga, sekolah, dan pihak – pihak yang mendukung implementasi dari layanan untuk mahasiswa disabilitas di perguruan tinggi, (f) membentuk unit layanan disabilitas yang menjadi bagian non struktural universitas, serta mendapatkan ruangan khusus untuk unit layanan disabilitas dalam melakukan kegiatan sehariannya

Perbedaan Penyelenggaraan Unit Layanan Disabilitas di UIN Sunan Kalijaga dan Universitas Brawijaya, yaitu :

(a) perbedaan dalam pemberian nama unit layanan disabilitas, UIN Sunan Kalijaga bernama PLD (Pusat Layanan Difabel) sedangkan Universitas Brawijaya bernama PSLD (Pusat Studi dan Layanan Disabilitas), (b) pendampingan relawan yang ada PLD UIN Sunan Kalijaga dengan kerelawanan tanpa dibayar, sedangkan yang ada di PSLD Universitas Brawijaya setiap sekali pendampingan mendapatkan Rp.12.500, jika sudah 10 kali melakukan pendampingan, (c) dalam perjalanan menjadi unit layanan disabilitas PLD UIN Sunan Kalijaga membutuhkan waktu sekitar 2 tahun kurang lebih untuk menjadi bagian dari struktural universitas (sebelum menjadi PLD adalah pusat studi dan layanan difabel) yang diresmikan pada tahun 2007 sedangkan PSLD Universitas Brawijaya memerlukan waktu kurang lebih 1 tahun untuk menjadi unit layanan disabilitas dibawah struktural kampus, yang diresmikan pada tahun 2012, (d) UIN Sunan Kalijaga memiliki layanan difabel corner dalam memberikan pelayanan mahasiswa disabilitas mengakses informasi dan buku buku, ada sudag ada beberapa alat – alat yang adaptif bagi mahasiswa disabilitas seperti komputer berpiranti jaws inggris dan arab, buku-buku braille, audio book berbagai judul buku populer, ebook khusus yang ramah difabel, koleksi skripsi digital, koleksi buku-buku kuliah sedangkan PSLD Universitas Brawijaya belum memiliki difabel corner, (e) PLD UIN Sunan Kalijaga memiliki kajian rutin hampir tiap hari seperti

adanya kelas bahasa isyarat seminggu 2 kali, pembelajaran bahasa arab bagi mahasiswa tunarungu, diskusi dan sharing mengenai isu – isu yang sedang berkembang agar lebih peka dan sensitif, dan kajian bulanan yang mendatangkan dari dalam atau dari luar untuk memberikan pengetahuan mengenai isu – isu disabilitas. Sedangkan PSLD Universitas Brawijaya kegiatan pelatihan dan workshop isu – isu disabilitas dilakukan 6 bulan sekali, dan kelas bahasa isyarat belajar masing masing dengan mahasiswa tunarungu, (f) PSLD Universitas Brawijaya memiliki tutorial bahasa Indonesia, bimbingan belajar, dan pelatihan bahasa inggris yang dikhususkan untuk mahasiswa tunarungu, (g) Mahasiswa disabilitas di UIN Sunan Kalijaga paling banyak adalah mahasiswa tunanetra sedangkan mahasiswa disabilitas di Universitas Brawijaya paling banyak adalah mahasiswa tunarungu.

Dampak penyelenggaraan unit layanan disabilitas terhadap terpenuhinya kebutuhan mahasiswa penyandang disabilitas di perguruan tinggi adalah (a) mendapatkan inclusive award (karena masih belum banyak perguruan tinggi yang memiliki unit layanan disabilitas sebagai bentuk pemerintah memberikan dukungan maka diberikannya inclusive award), (b) tumbuhnya perspektif isu – isu mengenai disabilitas di civitas akademika (perspektif disabilitas bukan lagi kajian dalam pendidikan khusus namun masyarakat umum lainnya juga bisa belajar dan mempelajari isu – isu disabilitas), (c) beberapa sarana dan prasarana yang aksesibel berkat upaya dari sosialisasi dan advokasi, (d) adanya seleksi khusus bagi calon mahasiswa disabilitas, (e) adanya volunteer penerjemah yang mampu menjadi penerjemah bahasa isyarat yang memiliki tugas sampai di luar kota, (f) adanya mahasiswa disabilitas yang mampu menyelesaikan kuliah, (g) adanya masyarakat umum khususnya disabilitas yang sudah mulai sadar pentingnya pendidikan tinggi bagi mahasiswa disabilitas serta adanya peluang untuk memasuki perguruan tinggi.

3. Ahmad Khoirul Hidayat, 2017. Dengan judul “*Tinjaun Fiqih Terhadap Pandangan Tokoh Agama Tentang Perkawinan Cacat Mental di Kecamatan Siman Kabupaten Ponorogo*”. Mahasiswa pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Jogjakarta. Hasil penelitiannya bahwa pendapat tokoh agama Kecamatan Siman

Kabupaten Ponorogo tentang perkawinan cacat mental mempunyai dua pendapat. Pertama, perkawinan tersebut sah secara agama bila ditinjau dari segi akad dan tujuan pernikahan tersebut hal ini sejalan dengan pendapat Ḥanafī dan Ḥambālī. Kedua, perkawinan tersebut tidak sah hal ini menurut pendapat Syāfi‘ī, Imāmīyah dan jumhur ulama fiqih. Sedangkan syarat dewasa dalam perkawinan cacat mental ada dua pendapat tokoh agama. Pertama, bahwa syarat dewasa dalam perkawinan ini tidak berlaku karena tujuan pernikahan untuk menghindari perbuatan zina hal ini sejalan menurut pendapat Ḥanafī dan Ḥambālī. Kedua, tidak berlaku karena penyandang cacat mental tidak bisa dibebani hukum taklīf pendapat ini sejalan menurut pendapat Syāfi‘ī, Imāmīyah dan jumhur ulama fiqih. 2) Dalam pemenuhan hak dan kewajiban suami istri ada dua pendapat tokoh agama. Pertama, berdasarkan kemampuan hal ini sejalan menurut pendapat Ḥanafī dan Ḥambālī. Kedua, penyandang cacat mental yang melangsungkan perkawinan tidak memiliki hak dan kewajiban karena akad yang dilakukan mereka tidak sah hal ini sejalan pendapat Syāfi‘ī, Imāmīyah dan jumhur ulama fiqih.

3. Muftiri Matohari, 2009. Dengan judul “*Tinjauan Hukum Islam Terhadap Perkawinan Penyandang Cacat Mental*”. Mahasiswa pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Jogjakarta. Hasil yang dicapai dalam penelitian ini adalah bahwa secara hukum tidak ada larangan terhadap perkawinan penyandang cacat mental. Namun, demi tercapainya tujuan perkawinan menciptakan keluarga sakinah, mawaddah dan rahmah maka penyandang cacat mental yang diperbolehkan menikah haruslah mereka yang secara mental dianggap mampu untuk menikah (mereka pada tipe ringan dan sedang).

Dampak positif dari perkawinan penyandang cacat mental adalah (1) terhindar dari perbuatan fasik dan zina, (2) melatih sikap bertanggung jawab. Sedangkan dampak negatif dari perkawinan ini adalah (1) adanya problema yang muncul karena hambatan intelegensi, (2) bertambahnya beban orang tua karena kesulitan dalam membiayai keluarga.

Berdasarkan perspektif masalah mursalah dengan menimbang manfaat dari perkawinan ini, maka kebijakan yang harus diambil adalah membolehkan

perkawinan penyandang cacat mental apabila hasrat seksual mereka telah sedemikian menuntutnya.

4. Nilna Balqiyah, 2018. Dengan judul “*Pemenuhan Kewajiban Istri Penyandang Cacat Mental Pespektif Hukum Islam (Studi Kasus di Kecamatan Wonocolo Kota Surabaya)*”. Mahasiswa pascasarjana UIN Sunan Ampel Surabaya. Hasil penelitian menyimpulkan bahwa, pemenuhan kewajiban istri penyandang cacat mental sebenarnya tidak sempurna jika harus di sesuaikan dengan pemenuhan kewajiban istri secara normal. Karena dapat disebut orang yang terkena beban hukum dan di bawah pengampuan. Tetapi karena ia adalah penyandang cacat mental ringan yang termasuk dalam cacat mental yang dapat di didik. Tidak terjadi banyaknya ke sulitan yang berarti, meskipun tugas rumah tangga yang seharusnya menjadi kewajiban istri tidak dapat terpenuhi dengan baik dan harus persetujuan walinya.

Sejalan dengan kesimpulan di atas, maka ada beberapa saran yang perlu dicantumkan, adalah kepada wali dan saudara sebagaimana penanggung jawab mutlak atas perkawinan yang dilakukan oleh peyandang cacat mental. Hendaknya lebih di tingkatkan dalam mendidik dan membina penyandang cacat mental sehingga nantinya keluarga yang dibangun bisa menjadi keluarga yang sejahtera.

5. Lapli Fukar, 2017. Dengan Judul “*Tinjauan Maqasyid Asy-syari’ah Terhadap Perlindungan Jiwa dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 2016 Tentang Penyandang Disabilitas*”. Mahasiswa pascasarjana UIN Syarif Hidayatulloh Jakarta. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa perlindungan dalam Undang- undang Nomor 8 Tahun 2016 Tentang Penyandang Disabilitas sangat menghargai hidup seseorang. Dan tidak menganjurkan untuk menghilangkan jiwa seseorang. Segala bentuk kekerasan yang mengakibatkan berakhirnya hidup seseorang akan dikenai sanksi yang sangat berat. Sedangkan dalam Islam sangat memperhatikan kelangsungan hidup seseorang dan Islam tidak menganjurkan untuk menghilangkan nyawa seseorang tanpa alasan yang tidak benar. Perlindungan yang diberikan Islam tidak memandang golongan, semuanya mendapatkan perlindungan yang sama.

Setelah penulis amati penelitian-penelitian tersebut diatas berbeda dengan penelitian yang penulis lakukan, penelitian terdahulu lebih menekankan pada para pendapat orang atau tokoh tentang perkawinan disabilitas mental. Sedangkan dalam penelitian ini penulis menganalisis dari berbagai sumber hukum baik dari dalil nash, Undang-undang dan pendapat para tokoh ahli hukum, kemudian dihubungkan dengan penerapannya pada masa sekarang.

F. Kerangka Berfikir

Hukum Islam senantiasa hidup dan berkembang sejalan dengan peristiwa-peristiwa yang berkembang di tengah masyarakat. Disyariatkannya hukum Islam karena ada sebab-sebab yang menuntutnya dan tujuan-tujuannya yaitu untuk mewujudkan kemaslahatan masyarakat (umat) dengan menolak bahaya dan kesempitan bagi mereka, untuk menarik manfaat, untuk mengatur hubungan hambaNya dengan yang Maha Kuasa, dan mengatur hubungan antara sesama mereka.

Allah SWT telah menjadikan naluri seksual terhadap lawan jenis sebagai fitrah yang asasi bagi manusia. Merupakan sunnatullah bahwa segala sesuatu di dunia ini dijadikan-Nya berpasang-pasangan. Sebagaimana disebutkan dalam Firmannya surah Adz-Dzariat ayat 49 ;

كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ

Dan segala sesuatu Kami ciptakan berpasang-pasangan supaya kamu mengingat kebesaran Allah. (QS. Adz-Dzariat ayat 6).

Pada dasarnya hukum melakukan perkawinan adalah mubah atau boleh bagi orang yang telah memenuhi syarat-syarat perkawinan. Karena melakukan perkawinan merupakan perbuatan yang menurut naluri manusia memang dikehendaki. Akan tetapi hukum asal melakukan perkawinan yang mubah itu dapat beralih menjadi sunah, wajib, makruh atau haram tergantung kondisi orang yang melakukan perkawinan.²⁹

²⁹ Bakri A Rahman, *Hukum Perkawinan Menurut Islam, UU Perkawinan dan Hukum Perdata BW*, (Jakarta: PT Hida Karya Agung, 2001), 21.

Sebagian besar ulama fiqh mengaitkan hukum menikah dengan kondisi kesiapan mempelai; bisa sunnah, wajib, makruh atau bahkan bisa haram. Nikah menjadi wajib ketika seseorang merasa sangat tergantung untuk menikah. Jika tidak dilakukan, ia bisa terjerumus pada perzinaan. Nikah juga bisa haram, ketika pernikahan menjadi ajang penistaan terhadap istri (atau suami.) baik dalam hal nafkah lahir maupun batin. Menjadi sunnah, jika ia tidak tergantung terhadap menikah, tetapi bisa mendatangkan manfaat baginya. Jika menikah tidak mendatangkan manfaat, maka hukumnya justru menjadi makruh.

Untuk mengondisikan agar pernikahan tidak jatuh menjadi makruh atau haram, sebaiknya diupayakan pra-kondisi dengan melihat pernikahan sebagai suatu praktik sosial dan kesepakatan dua insan. Keterlibatan dan intervensi manusia, dalam hal ini kedua mempelai, menjadi sangat penting agar mereka benar-benar tidak jatuh dalam kenistaan pernikahan. Keterlibatan untuk merumuskan hak dan kewajiban kedua mempelai, mengkondisikan, menjaga dan melestarikannya. Hal ini hanya bisa terjadi, jika pernikahan menjadi sebuah kontrak kesepakatan antara kedua mempelai.

Firman Allah dalam surah An-Nisa (4) : 6

وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ
 أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ۗ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ
 وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ۗ
 وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا

Dan ujilah anak yatim itu sampai mereka cukup umur untuk kawin. Kemudian jika menurut pendapatmu mereka telah cerdas (pandai memelihara harta), maka serahkanlah kepada mereka harta-hartanya. Dan janganlah kamu makan harta anak yatim lebih dari batas kepatutan dan (janganlah kamu) tergesa-gesa (membelanjakannya) sebelum mereka dewasa. Barang siapa (di antara pemelihara itu) mampu, maka hendaklah ia menahan diri (dari memakan harta anak yatim itu) dan barangsiapa yang miskin, maka bolehlah ia makan harta itu menurut yang patut. Kemudian apabila kamu menyerahkan harta kepada mereka, maka hendaklah kamu adakan saksi-saksi (tentang penyerahan itu) bagi mereka. Dan cukuplah Allah sebagai Pengawas (atas persaksian itu) (QS. An-Nisa ayat 6).

Dalam ayat ini dipahami bahwa baligh menjadi syarat seseorang untuk dapat menikah. Sebagian besar ulama telah sepakat mengenai ukuran kebaligan seseorang, yaitu dengan mendasarkan pada tanda-tanda yang menunjukkan kebaligan seseorang tersebut. Tanda-tanda itu antara lain:

1. Ihtilam. Seseorang dianggap telah dewasa bila telah keluar air mani dari kemaluan laki-laki atau perempuan dalam keadaan terjaga atau tidur. Pendapat ini adalah tanda kebaligan menurut ijma'.
2. Haid. Merupakan kesepakatan ulama bahwa haidnya seorang wanita adalah tanda kebaligannya.
3. Rambut pubis. Tumbuhnya rambut kasar di sekitar kemaluan seseorang adalah tanda kebaligannya.
4. Umur. Seseorang yang telah berusia lebih dari 19 tahun, baik laki-laki maupun wanita, sedangkan ia waras dan belum pernah haid atau ihtilam dianggap telah baligh.³⁰

Selain itu, dalam hadis dari Abdullah bin Mas'ud disebutkan adanya "kemampuan" sebagai syarat diperbolehkannya menikah.³¹

Menurut para ulama, masalah kemampuan dalam segala hal sangat erat kaitannya dengan kecakapan bertindak, begitu pula dalam hal perkawinan. Hal ini tentu dapat dimengerti karena perkawinan merupakan perbuatan hukum yang berisi tanggung jawab akan kewajiban-kewajiban tertentu. Maka, setiap orang yang akan melakukan perkawinan diminta kemampuannya secara utuh.

Agama Islam secara eksplisit tidak pernah menyatakan kematangan mental sebagai salah satu syarat ataupun rukun nikah. Islam hanya mengemukakan bahwa lembaga perkawinan merupakan suatu institusi suci yang memiliki hikmah menyelamatkan kehidupan manusia di dunia dan akhirat. Karena pentingnya lembaga perkawinan itu, termasuk untuk membina generasi yang akan datang dari setiap keluarga, maka secara implisit terkandung suatu anjuran supaya siapa saja

³⁰ Sa'di Habib, *Persepakatan Ulama Dalam Hukum Islam: Ensiklopedi Ijma'*, alih bahasa: Sahal Mahfudz dan Mustafa Bisri, (Jakarta: pustaka Firdaus, 2007), 44.

³¹ Al-Imam Abi Abdillah Muhammad Ibn Isma'il al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari, an-Nikah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 2004), VI: 143.

yang memasuki kehidupan rumah tangga hendaknya telah memiliki kematangan, baik fisik maupun mental.³²

Dalam UUP serta KHI juga tidak disebutkan akil sebagai syarat sahnya perkawinan. Namun secara implisit adanya batas usia minimal bagi kedua calon mempelai merupakan jawaban tentang pentingnya akil sebagai syarat calon mempelai.

Cacat mental sebagai suatu bentuk gangguan yang terjadi selama periode perkembangan, menyebabkan penderitanya mengalami gangguan perkembangan dalam intelegensia mereka. Para penyandangnya memiliki dua jenis usia yaitu usia yang sesungguhnya (*Kronologis*) dan usia mentalnya yang mencerminkan tingkat fungsi mentalnya. Kecuali adanya hambatan dalam perkembangan mentalnya, secara fisik para penyandang cacat mental berkembang sama seperti orang normal lainnya, walau pada kasus tertentu terdapat ciri fisik yang khusus, demikian pula dalam perkembangan seksualitas mereka.

Cacat mental atau retardasi mental memiliki tipe-tipe yang berbeda karakteristiknya. Cacat mental tipe berat dan sangat berat (IQ 0-20) memerlukan pengawasan dan bimbingan seumur hidupnya. Pada tipe sedang (IQ 20-50) para penyandangnya mampu dilatih melakukan pekerjaan-pekerjaan ringan. Sedangkan tipe ringan (IQ 50-70) masih mampu dididik, para penyandang pada tipe ini mampu dilatih dan dididik menjalani tugas-tugas rumah tangga.

Bila melihat kenyataan di atas maka perkawinan penyandang cacat mental menjadi sebuah dilema. Di satu sisi mereka termasuk ke dalam golongan yang kurang akalunya, namun di sisi lain seperti layaknya orang pada normalnya, mereka memiliki dorongan seksualitas yang harus disalurkan. Melihat pada keterbatasan yang mereka miliki maka perkawinan tersebut dapat menimbulkan masalah-masalah baru terutama dalam pemenuhan hak dan kewajiban. Namun bila perkawinan tersebut dilarang, justru dapat menimbulkan terjadinya pemenuhan hasrat seksual serta kasih sayang di luar kewajaran yang bahkan dilarang agama.

³² Lihat Kamal Mukhtar, *Asas-asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, (Jakarta: Bulan Bintang, 2004).

Perkawinan yang mempunyai tujuan baik tidak akan tercapai bila kurangnya syarat-syarat yang harus dipenuhi masing-masing pihak. Tetapi bila melihat akibat buruk yang mungkin terjadi bila tidak dinikahkan, maka perkawinan tersebut justru tepat bila dijadikan solusi. Menyikapi permasalahan perkawinan semacam ini, teori masalah sangat tepat untuk digunakan yaitu suatu perbuatan yang mengandung manfaat dan menolak kemadharatan dalam rangka memelihara tujuan syara'. Tujuan disyariatkannya hukum Islam adalah untuk memenuhi keperluan hidup manusia yang bersifat primer (*daruriyah*), sekunder (*hajiyyah*) dan tertier (*tahsiniyah*).³³

Untuk menjawab pertanyaan penelitian sebagaimana telah dikemukakan di atas, peneliti menggunakan teori-teori sebagai berikut: pertama, *grand theory*, digunakan teori : Teori Negara Hukum, Kedua, untuk *middle theory*, Teori Efektivitas Hukum, Teori Keadilan Sosial dan Teori Perlindungan Hukum. Ketiga untuk *applicative theory*, digunakan Teori Maqhasyid al-Syari'ah.

1. Grand Theory (Teori Negara Hukum)

Dunia Islam, jauh sebelum lahirnya teori-teori negara hukum yang dikemukakan para ahli hukum negara-negara Barat, sudah mengenal teori negara hukum yang dibangun oleh Rasulullah saw, Muhammad saw. Teori yang dibangun oleh Rasulullah saw tersebut biasa disebut teori Negara Hukum Madinah. Teori Negara Hukum Madinah, tersurat dalam Piagam Madinah yang dibuat oleh Nabi Muhammad saw yang isinya mengatur norma-norma yang berlaku bagi masyarakat Madinah yang multi etnis dan multi agama dalam pembangunan Negara Madinah yang dibangun Rasulullah saw. Piagam Madinah berisi 47 pasal. Menurut Deddy Ismatullah, Konstitusi Madinah paling tidak memiliki 15 (lima belas) prinsip ketatanegaraan dan pemerintahan, yaitu: kebangsaan, persatuan dan persaudaraan, persamaan, kebebasan, hubungan antar pemeluk agama, pertahanan dan keamanan, kerukunan sesama warga tolong-menolong, pembelaan masyarakat lemah, perdamaian, musyawarah, keadilan supremasi hukum,

³³ Abdul Wahhab Khallaf, *Ilmu Ushulul Fiqh*, alih bahasa: Masdar Helmi, cet. ke-7, (Bandung: Gema Risalah Press, 2006), 355.

kepemimpinan, serta penegakan kebenaran dan pemberantasan kezaliman.³⁴ Sementara menurut Munawir Sjadzali, Konstitusi (Piagam) Madinah telah menjadi landasan kehidupan bernegara untuk masyarakat majemuk di Madinah, yaitu: (1) semua pemeluk Islam, meskipun berasal dari banyak suku, merupakan satu komunitas; (2) hubungan antara sesama komunitas Islam dan antara komunitas Islam dengan komunitas-komunitas lain didasarkan atas prinsip-prinsip: bertetangga baik saling membantu dalam menghadapi musuh bersama, membela mereka yang terdzalimi, saling menasihati, dan menghormati kebebasan beragama.³⁵ Prinsip-prinsip negara hukum Madinah tersebut, menurut hemat Peneliti bersifat universal karena prinsip-prinsip tersebut sangat dibutuhkan dalam pembangunan negara hukum di mana pun dan kapan pun. Prinsip-prinsip yang tertuang dalam Piagam Madinah menjamin kepastian hukum karena berisi norma-norma tertulis "mengenai apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan" oleh seluruh masyarakat Madinah yang majemuk serta sanksi bagi siapa yang melanggar norma-norma tersebut.

Pemikiran negara hukum di dunia Barat berkembang dua teori Negara hukum, yaitu *rechtstaat* yang dikembangkan di negara-negara Eropa Kontinental yang bersistem hukum *civil law*, dan teori negara hukum *rule of law* yang dikembangkan di negara-negara Anglo saxon yang menerapkan sistem hukum *common law*. Teori negara hukum *rechtstaat* antara lain dikembangkan oleh Scheltema, salah seorang pakar hukum Belanda. Ia dalam kertas kerjanya pada kongres yang diselenggarakan Fakultas Hukum *Rijksuniversiteit di Groningen* Belanda pada Februari 1899 menegaskan bahwa ciri khas negara hukum ialah bahwa negara memberikan naungan kepada warganya dengan cara yang berbeda bagi masing-masing bangsa.³⁶

³⁴ Deddy Ismatullah, *Gagasan Pemerintahan Modern dalam Konstitusi Madinah*, (Bandung : Sahifa, 2006), 169; Ija Suntana, *Pemikiran Ketatanegaraan Islam*, (Bandung: Pustaka Setia 2010), 104.

³⁵ Munawir Sjadzali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah dan Pemikiran*, Edisi Kelima (Jakarta: UI-Press, 2008), 15-16.

³⁶ Deddy Ismatullah, *Gagasan Pemerintahan Modern Dalam Pustaka Konstitusi Madinah*, (Bandung: Attadbir dan Shahifa, 2006), cetakan pertama, 57.

Menurutnya ada 4 (empat) unsur utama negara hukum dan setiap unsur diikuti unsur turunannya. Keempat unsur tersebut adalah: (1) Adanya kepastian hukum yang unsur turunannya adalah: (a) asas legalitas, (b) undang-undang yang mengatur tindakan yang berwenang sedemikian rupa sehingga warga dapat mengetahui apa yang diharapkan, (c) undang-undang tidak boleh berraku surut, (d) hak asasi dijamin dengan undang-undang, dan (e) pengendalian yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain; (2) Asas persamaan, dengan unsur turunannya adalah: (a) tindakan yang berwenang diatur dalam undang-undang dalam arti material, dan (b) adanya pemisahan kekuasaan; (3) Asas demokrasi, dengan unsur turunannya adalah: (a) hak untuk memilih dan dipilih bagi warga negara, (b) peraturan untuk badan yang berwenang ditetapkan oleh parlemen, (c) parlemen mengawasi tindakan pemerintah; dan (4) Asas pemerintahan untuk rakyat, dengan unsur turunannya adalah: (a) Hak asasi dijamin dengan undang-undang Dasar, dan (b) Pemerintah dijalankan secara efektif dan efisien. pemikiran tentang negara hukum *rechstaat* lainnya dikemukakan oleh Friedrich Julius Stahl (1802-1861) seorang sarjana berkebangsaan Jerman. Ia dalam karyanya *staat and Rechtslehre*, berpendapat bahwa tugas Negara tidak hanya sekadar penjaga malam -seperti pendapat Immanuel Kant, tetapi berkembang lebih hukum *rechstaat* lainnya dikemukakan oleh Friedrich Julius Stahl (1802-1861) seorang sarjana berkebangsaan Jerman. Ia dalam karyanya *staat and Rechtslehre*, berpendapat bahwa tugas Negara tidak hanya sekadar penjaga malam seperti pendapat Immanuel Kant, tetapi berkembang lebih luas dan aktif campur tangan dalam bidang ekonomi, sosial, dan budaya.

Konsep semacam ini dikenal dengan istilah *Welvoarstaat* atau Negara kesejahteraan.³⁷ Menurut konsep negara hukum *rechstoat* haruslah memenuhi persyaratan atau ciri sebagai berikut:

- 1) Adanya pengakuan terhadap hak asasi manusia (HAM);
- 2) Adanya pemisahan kekuasaan (di Negara-negara Eropa Kontinental biasanya disebut *trias politica*);

³⁷ Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, (Bandung: Pustaka Setia, Nopember, 2011), Cetakan I., 134.

- 3) Pemerintah dijalankan berdasarkan kepada undang-undang (hukum tertulis); dan
- 4) Adanya pengadilan administrasi.³⁸

Ciri negara hukum sebagaimana dikemukakan oleh Stahl ini, biasa disebut negara hukum formal, karena negara hanya tunduk pada hukum tertulis yang berlaku.

Melihat teori Negara Hukum Madinah dan teori Negara Hukum *Rechtsstaat*, ada titik singgung, yaitu untuk memenuhi kepastian hukum bagi seluruh warga negara agar tahu mana yang harus dilakukan dan mana yang tidak boleh dilakukan serta mengetahui pula sanksi apa yang diterima apabila melanggar, maka hukum itu harus dibuat secara tertulis. Hukum pada Negara Hukum Madinah tertulis dalam bentuk Piagam Madinah yang berisi 44 pasal, dan hukum pada Negara Hukum *Rechtsstaat* termaktub dalam peraturan perundang-undangan.

Konsep negara hukum yang dianut dan dijalankan di negara-negara Anglo-Saxon yang menganut *Common Law System* adalah *the Rule of Law*.

Konsep ini awalnya dikembangkan oleh A.V. Dicey, yang berasal dari Inggris. Ia mengatakan bahwa negara hukum adalah negara yang mempunyai the rule of law. Menurut dia, ada tiga arti dari the rule of law, yaitu sebagai berikut: (1) Supremasi absolut ada pada hukum (*supremacy of law*), bukan pada tindakan kebijaksanaan atau prerogatif penguasa; (2) Prinsip persamaan dalam hukum (*equality before the law*) di mana semua orang harus tunduk pada hukum, dan tidak seorang pun yang berada di atas hukum (*above the law*); dan (3) Konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perseorangan (*the constitution based on individual rights*). Konstitusi merupakan dasar dari segala hukum bagi negara yang bersangkutan. Dalam hal ini, hukum yang berdasarkan konstitusi harus melarang setiap pelanggaran terhadap hak dan kemerdekaan rakyat.³⁹ Akan tetapi, di negara-negara yang menganut konsep Negara Hukum *the Rule of Law*, hukum itu tidak dalam bentuk tertulis dalam sebuah peraturan perundang-undangan,

³⁸ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern* (Rechtsstat, Bandung: Refika Aditama, 2009), Cet. Pertama, 27.

³⁹ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum*, (Jakarta: Bulan Bintang, 2002), .67.

melainkan terwujud melalui pufusanputusan pengadilan (asas *stare decisis* atau *the bindingforce of presedent*).

Sementara konsep negara hukum yang dikembangkan di Indonesia, adalah konsep Negara Hukum Pancasila. Sekalipun [ndonesia termasuk negara penganut civil low, akan tetapi tidak secara utuh mengadopsi prinsip-prinsip negara Rechstaat. Moh. Mahfud MD berpendapat tidak disebut lagi istilah rechsstaat dalam UUD hasil amandemen ketiga, karena sebenarnya negara Indonesia tidak hanya menganut rechsstaat, tetapi juga menganut *the rule of law* dan sistem hukum lainnya dengan inti filosofinya masing-masing yang kemudian digabungkan sebagai paradigma Negara Hukum pancasila.⁴⁰Paradigma yang dimaksud Mahfud adalah prismotik, artinya Negara Hukum Pancasila merajut nilai-nilai baik semua sistem hukum secara eklestis sehingga menjadi hukum nasional Indonesia.

Sri soemantri, salah seorang pakar Hukum Tata Negara universitas Padjadjaran, berpendapat bahwa unsur-unsur Negara Indonesia yang berdasarkan Pancasila adalah: (1) Adanya pengakuan terhadap jaminan hak asasi manusia dan warga negara; (2) Adanya pembagian kekuasaan; (3) Dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya, pemerintah harus selalu berdasarkan atas hukum yang berlaku, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis; dan (4) adanya kekuasaan kehakiman yang merdeka.⁴¹ Hasil analisis Muhammad rahir Azhary dari konsep negara hukum menurut oemar Seno Adji dan Padmo wahyono, ia menyimpulkan bahwa : (l) ciri-ciri Negara Hukum Pancasila adalah: hubungan yang erat antara agama dan negara, bertumpu pada Ketuhanan Yang Mahaes4 kebebasan beragama dalam arti positif, atheisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang, serta asas kekeluargaan dan kerukunan; e) unsur-unsur utamanya adalah: pancasila, MPR, sistem konstitusi, persamaan dan peradilan yang bebas.⁴²

⁴⁰ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, (Jakarta: Raja grafindo Persada 2009), Ed. 1., 94.

⁴¹ Sri Soemantri M, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, (Bandung: Alumni, 2002), Cet. 1, 49.

⁴² Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Pinsip-prinsipnya Dilihat dari segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini* (Jakarta ; Bulan Bintang 2002),74.

Setelah mencermati prinsip-prinsip yang terdapat pada Negara Hukum Madinah, Negara Hukum *Rechtsstaat*, Negara Hukum *the Rule of Law* ataupun Negara Hukum Pancasila menurut hemat peneliti kesemuanya hampir sama bahwa negara hukum, adalah negara yang menjunjung tinggi hukum yang mengandung nilai-nilai: keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Akan tetapi untuk konteks Indonesia, hukum yang mengandung nilai-nilai keadilan, kepastian dan kemanfaatan tersebut harus sejalan dengan Pancasila khususnya sila pertamanya, yaitu Ketuhanan yang Mahaesa. Dengan demikian, Negara Hukum Pancasila yang dianut di Indonesia hampir sejalan dengan konsep Negara Hukum Madinah. Apabila meminjam istilah Muhammad Tahir Azhai, maka konsep Negara Hukum Pancasila banyak persamaannya dengan konsep demokrasi Islam, dan persamaan tersebut tercermin pada sila-sila dari Pancasila yang sudah menjadi Asas Bangsa dan Negara Indonesia Membuat dan melaksanakan hukum yang sesuai dengan nilai-nilai Ketuhanan Yang Mahaesa, bagi orang Islam adalah merupakan pengejawantahan dari komitmen yang selalu diucapkannya melalui syahadat - dalam sehari-semalam seorang Muslim yang telah baligh dan mukallaf wajib mengucapkan syahadat minimal sembilan kali melalui ibadah shalat.

2. *Middle Theory*

a. Teori Efektivitas Hukum

Peraturan perundang-undangan, baik yang tingkatannya lebih rendah maupun yang lebih tinggi bertujuan agar masyarakat maupun aparatur Negara dapat melaksanakan secara konsisten dan tanpa membedakan antara masyarakat yang satu dengan masyarakat lainnya. Semua orang dipandang sama di hadapan hukum (*equality before the law*). Namun dalam realisasinya undang-Undang tersebut sering diabaikan akan penerapannya, sehingga aturan tersebut tidak berlaku efektif. Tidak efektifnya suatu peraturan disebabkan karena Undang-Undangnya kabur atau tidak jelas, aparatnya yang tidak konsisten atau masyarakatnya tidak mendukung dari pelaksanaan peraturan tersebut. Apabila Undang-Undang itu dilaksanakan dengan baik maka Undang-Undang tersebut dikatakan efektif. Dikatakan efektif karena bunyi Undang-Undangnya jelas dan

dalam penerapannya tidak perlu melakukan penafsiran, aparatnya menegakkan hukum secara konsisten dan masyarakat yang terkena aturan tersebut mendukungnya. Teori yang mengkaji dan menganalisis hal itu yaitu teori efektifitas Hukum.

Istilah teori efektifitas hukum berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *effectiveness of the legal theory*, bahasa Belanda disebut dengan *effectiviteit van de juridische theorie*, bahasa Jermannya yaitu *wirksamkeit der rechtlichen theorie*. Hans Kelsen menyajikan definisi tentang efektifitas hukum, efektifitas hukum adalah apakah orang pada kenyataannya berbuat menurut suatu cara untuk menghindari sanksi yang diancamkan oleh norma hukum atau bukan, dan apakah sanksi tersebut benar dilaksanakan bila syaratnya terpenuhi atau tidak terpenuhi⁴³.

Konsep efektifitas dalam definisi Hans Kelsen difokuskan pada subjek dan sanksi. Subjek yang melaksanakannya yaitu orang atau badan hukum. Orang-orang tersebut harus melaksanakan hukum sesuai dengan bunyi dari norma hukum. Bagi yang dikenai sanksi maka sanksi hukum tersebut benar dilaksanakan atau tidak.

Hukum diartikan norma hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Norma hukum tertulis merupakan norma hukum yang ditetapkan oleh lembaga yang berwenang untuk itu. Lembaga yang berwenang yaitu DPR RI dan dengan persetujuan presiden. Sedangkan norma hukum tidak tertulis merupakan norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat adat.

Anthony Allot mengemukakan tentang efektifitas hukum. Bahwa Hukum akan menjadi efektif jika tujuan dan penerapannya dapat mencegah perbuatan yang tidak diinginkan dapat menghilangkan kekacauan. Hukum yang efektif secara umum dapat membuat apa yang dirancang dapat diwujudkan. Jika suatu kegagalan maka kemungkinan terjadi pembetulan secara gampang jika terjadi keharusan untuk melaksanakan atau menerapkan hukum dalam suasana baru yang berbeda, hukum akan sanggup menyelesaikannya. Konsep Anthony Allot tentang efektifitas hukum difokuskan pada perwujudannya. Hukum yang efektif secara

⁴³ Hans Kelsen.2006.Teori Umum Tentang Hukum dan Negara.Bandung. Penerbit Nusa Media.Hal 39

umum dapat membuat apa yang dirancang dapat diwujudkan dalam kehidupan sosial bermasyarakat.

Teori efektifitas hukum adalah teori yang mengkaji dan menganalisis tentang keberhasilan dan kegagalan dan faktor yang mempengaruhi dalam pelaksanaan dan penerapan hukum. Ada tiga kajian teori efektifitas hukum yang meliputi :

1. Keberhasilan dalam pelaksanaan hukum.
2. Kegagalan dalam pelaksanaannya.
3. Faktor yang mempengaruhinya.

Keberhasilan dalam pelaksanaan hukum adalah bahwa hukum yang dibuat itu telah tercapai maksudnya. Maksud dari norma hukum adalah mengatur kepentingan manusia. Apabila norma hukum itu ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun penegak hukum maka pelaksanaan hukum itu dikatakan efektif dalam implementasinya. Hal ini, dapat dilihat dalam masyarakat dalam melaksanakan aturan hukum tersebut Kegagalan dalam pelaksanaan hukum adalah bahwa ketentuan hukum yang telah ditetapkan tidak mencapai maksudnya atau tidak berhasil dalam implementasinya. Faktor yang mempengaruhi adalah hal yang menyebabkan atau berpengaruh dalam pelaksanaan dan penerapan hukum tersebut. Faktor yang mempengaruhi dapat dikaji dari :

1. Aspek keberhasilannya.
2. Aspek kegagalannya.

Faktor yang mempengaruhi keberhasilan itu meliputi substansi hukum, struktur hukum, kultur hukum, dan fasilitasnya. Norma hukum dikatakan berhasil apabila norma tersebut ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun aparat penegak hukum itu sendiri. Faktor yang mempengaruhi kegagalan dalam pelaksanaan adalah karena norma hukum yang kabur atau tidak jelas aparatur hukum yang korup atau masyarakat yang tidak sadar atau taat kepada norma hukum tersebut. Fasilitas yang mendukung norma hukum tersebut sangat minim sehingga sulit untuk terciptanya keefektifan hukum tersebut.

Menurut Soerjono Soekanto adalah bahwa efektif atau tidaknya suatu hukum ditentukan oleh 5 (lima) faktor yaitu :

Faktor hukumnya sendiri, Faktor penegak hukum, pihak yang membuat dan yang menerapkan hukum, Faktor sasaran atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum, Faktor masyarakat yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan, Faktor kebudayaan ,sebagai hasil karya,cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia dalam pergaulan⁴⁴. Ahmad ali berpendapat bahwa pada umumnya ketika kita ingin mengetahui sejauh mana efektifitas hukum tersebut untuk ditaati atau tidak ditaati yaitu faktor yang mempengaruhi efektifitas suatu perundang undangan adalah professional dan optimal pelaksanaan peran dari para penegak hukum baik dalam menjalankan tugas dan menjalankan isi dari UndangUndang tersebut⁴⁵.

Hukum dalam arti materil merupakan peraturan tertulis yang berlaku umum dan dibuat oleh penguasa pusat maupun daerah yang sah. Peraturan dibagi dua macam yaitu peraturan pusat dan peraturan daerah setempat. Peraturan pusat berlaku untuk seluruh warga Negara yang ada pada wilayah tersebut. Peraturan daerah setempat hanya berlaku untuk orang yang ada pada daerah tersbut saja.

Bronislaw Malinowski menyajikan teori efektifitas pengendali sosial atau hukum. Ia menyajikan teori efektifitas hukum dengan menganalisis tiga masalah berikut ini yang meliputi :

1. Dalam masyarakat modern tata tertib kemasyarakatan dijaga antara lain oleh suatu system pengendalian sosial yang bersifat memaksa yaitu hukum, untuk melaksanakannya hukum didukung oleh suatu system alat kekuasaan yang diorganisasikan untuk Negara.
2. Dalam masyarakat primitive alat kekuasaan serupa kadang tidak ada
3. Dengan demikian apakah dalam masyarakat primitif tidak ada hukum?⁴⁶

Lawrence M Friedman mengemukakan tiga unsur yang harus diperhatikan dalam penegakan hukum. Ketiga unsur tersebut meliputi struktur, substansi dan budaya hukum⁴⁷ :

⁴⁴ Soerjono Soekamto.2008.Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum. Jakarta. Penerbit PT Raja Grafindo Persada.Hal.8

⁴⁵ Achmad Ali .2010.Menguak Teori Hukum Dan Teori Keadilan.Jakarta.Kencana.Hal 375

⁴⁶ Koentjaraningrat.1987.Sejarah Teori Antropologi.Jakarta.Penerbit UI Press. Hal 167

Pengertian struktur hukum terdiri dari :

1. Unsur jumlah dan ukuran pengadilan yurisdiksinya.
2. Cara naik banding dari satu pengadilan ke pengadilan lainnya.
3. Bagaimana badan legislatif ditata.

Pengertian substansi meliputi :

1. Aturan norma dan perilaku masyarakat dalam system hukum tersebut.
2. Produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum itu keputusan yang mereka keluarkan dan aturan baru yang mereka terapkan.

Budaya hukum sebagai sikap dan nilai yang ada hubungannya dengan system hukum dan hukum. Budaya hukum dibedakan menjadi dua yaitu :

1. Kultur hukum eksternal.
2. Kultur hukum internal⁴⁸.

Kultur hukum eksternal adalah kultur hukum yang ada pada populasi masyarakat umum. Kultur hukum internal adalah kultur hukum para anggota masyarakat yang menjalankan tugas hukum. Semua masyarakat memiliki kultur hukum tetapi hanya masyarakat dengan para spesialis hukum yang memiliki suatu kultur hukum yang memiliki suatu kultur hukum internal.

Pandangan tentang efektifitas hukum dikemukakan oleh Clearence J. Dias. Syarat bagi efektif atau tidaknya suatu aturan hukum adalah :

1. Mudah tidaknya makna atau isi aturan hukum itu untuk ditangkap.
2. Luas tidaknya kalangan didalam masyarakat yang mengetahui isi aturan yang bersangkutan.
3. Efisien dan efektif tidaknya mobilisasi aturan hukum yang dicapai dengan bantuan aparat administrasi dan masyarakat.
4. Adanya mekanisme penyelesaian sengketa yang tidak hanya harus mudah dihubungi dan dimasuki oleh setiap warga Negara akan tetapi juga harus cukup efektif menyelesaikan sengketa.

⁴⁷ Lawrence M Friedman.Op.cit.Hal 7

⁴⁸ Lawrence M Friedman.Op.cit.Hal 293

5. Adanya anggapan dan pengakuan yang merata dikalangan warga masyarakat, bahwa aturan dan pranata hukum itu memang berdaya mampu efektif⁴⁹

Syarat agar hukum dapat berjalan dengan efektif adalah dengan melihat Undang-Undanganya yang berlaku dimasyarakat, adanya pelaksanaan hukum, kondisi sosio ekonomi masyarakat, Undang-Undang yang dibuat harus dirancang dengan baik dan substansinya yang meliputi isi dari peraturan tersebut harus bersifat melarang, mengandung sanksinya, mengandung moralitas. Pelaksanaan hukum adalah aparat yang melaksanakan hukum itu sendiri, seperti kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Pelaksanaan hukum ini harus dilakukan dengan baik. Efektifitas hukum harus dilihat dari kondisi sosio ekonomi masyarakat. Semakin baik ekonomi masyarakat maka semakin efektif Undang-Undang yang berlaku. Hal ini disebabkan karena tidak adanya masyarakat yang melakukan pelanggaran hukum. Semakin rendah ekonomi masyarakat semakin banyak terjadi pelanggaran hukum hal ini dapat dilihat semakin banyaknya pencurian yang berlatar belakang alasan ekonomi.

b. Teori Keadilan Sosial

Keadilan sosial adalah salah satu jenis keadilan. Pada umumnya keadilan dibatasi dengan memberi masing-masing haknya. Sasarannya ialah hak asasi manusia sebagai masyarakat. Keadilan sosial mengatur hubungan timbal balik antara masyarakat termasuk Negara dan para warganya. Keadilan sosial mewajibkan para warga Negara untuk memberikan sumbangan kepada Negara demi terwujudnya kesejahteraan umum yang menjadi urusannya dan mewajibkan Negara untuk membagi kesejahteraan umum kepada warganya sesuai dengan jasa dan kebutuhan. Kata sosial dalam keadilan sosial menunjuk pada societias atau masyarakat termasuk Negara, dalam hal tertentu sebagai subjeknya (harus adil) dan dalam hal lain sebagai objek atau sasarannya (harus diperlakukan dengan adil). Artinya keadilan sosial mewajibkan masyarakat termasuk Negara demi

⁴⁹ Marcus Priyo.2008. Kriminalisasi dan Penalisisasi Dalam Rangka Fungsionalisasi Perda Pajak dan Retribusi. Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang. Hal 71

terwujudnya kesejahteraan umum untuk membagi beban dan manfaat kepada para warganya secara proporsional sambil membantu anggota yang lemah.

Tujuan keadilan sosial adalah menciptakan struktur masyarakat atau Negara yang seimbang dan teratur dengan member kesempatan semua warganya untuk membangun suatu kehidupan yang layak dan yang lemah mendapat bantuan sebagaimana dengan apa yang dibutuhkan untuk menciptakan kesetaraan dan kesejahteraan⁵⁰.

Teori keadilan Rawls memiliki konsepsi keadilan yang disebut dengan Justice as Fairness. Justice as Fairness memiliki terdiri dari dua prinsip keadilan. Rawls merumuskan dua prinsip keadilannya sebagai berikut:

1. Each person has the same indefeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all. (Setiap orang memiliki hak sama sejauh yang dapat dicakup keseluruhan sistem kesamaan kemerdekaan fundamental yang setara bagi kemerdekaan semua warga yang lain).
2. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the leastadvantaged members of society. (maksudnya: Ketidaksamaan-ketidaksamaan sosial dan ekonomi ditata sedemikian rupa sehingga:
 - a) paling menguntungkan bagi yang paling tertinggal, dan
 - b) posisi-posisi dan jabatan-jabatan terbuka bagi semua di bawah syarat kesamaan kesempatan yang fair⁵¹.

Bidang utama keadilan adalah susunan dasar masyarakat, semua institusi sosial, politik, hukum dan ekonomi. Karena susunan institusi sosial tersebut mempunyai pengaruh yang mendasar terhadap aspek-aspek kehidupan manusia, tetapi juga dalam perilaku, keputusan dan penilaian individual. Mengingat kompleksnya masalah keadilan, maka Rawls memusatkan diri pada bidang utama

⁵⁰ Kirdi Dipoyudo. *Keadilan Sosial*. Jakarta.Penerbit CV Rajawali.1985, Hal.53

⁵¹ Kirdi Dipoyudo, *Keadilan Sosial*, Hal 54.

keadilan yang menurutnya adalah susunan dasar masyarakat. Susunan dasar masyarakat meliputi: konstitusi, pemilikan pribadi atas sarana-sarana produksi, pasar kompetitif, dan susunan keluarga monogami.

Dari penjelasan tersebut mengindikasikan bahwa Rawls menitikberatkan pada bentuk-bentuk hubungan sosial yang membutuhkan kerjasama. Fungsi susunan dasar masyarakat adalah mendistribusikan beban dan keuntungan sosial di antara warga masyarakat. Keuntungan kerjasama sosial meliputi kekayaan, pendapatan, makanan, perlindungan, kewibawaan, kekuasaan, harga diri, hak-hak dan kebebasan. Beban kerjasama sosial meliputi segala macam bea dan kewajiban seperti misalnya kewajiban membayar pajak.

Tujuan teori keadilan Rawls adalah untuk mengartikulasikan sederet prinsip-prinsip umum keadilan yang mendasari dan menerangkan berbagai keputusan moral yang sungguh-sungguh dipertimbangkan dalam keadaan-keadaan khusus. Yang dimaksud dengan keputusan moral adalah sederet evaluasi moral yang telah kita buat.

Problem utama keadilan adalah merumuskan dan memberikan alasan pada sederetan prinsip-prinsip yang harus dipenuhi oleh sebuah struktur dasar masyarakat yang adil. Prinsip-prinsip sosial tersebut akan menetapkan bagaimana struktur masyarakat harus mendistribusikan prospek mendapatkan “barang-barang pokok” (yaitu: hak-hak dasar, kebebasan, kewibawaan, kesempatan, pendapatan, dan kesejahteraan).

Dalam struktur dasar masyarakat, prinsip-prinsip keadilan harus mengerjakan dua hal yaitu: pertama, memberi penilaian yang konkret tentang adil tidaknya institusi-institusi dan praktek-praktek institusional. Kedua, harus membimbing kita dalam mengembangkan kebijakan-kebijakan dan hukum yang mengoreksi ketidakadilan dalam struktur dasar masyarakat tersebut. Prinsip-prinsip keadilan merupakan solusi bagi problem utama keadilan yaitu:

- a) Prinsip kebebasan yang sama besarnya (principle of greatest equal liberty). Prinsip ini mencakup kebebasan untuk berperan serta dalam kehidupan politik yaitu hak bersuara dan mencalonkan diri dalam pemilihan. Kebebasan berbicara termasuk kebebasan pers, kebebasan berkeyakinan

termasuk kebebasan beragama, kebebasan menjadi diri sendiri, kebebasan dari penangkapan dan penahanan yang sewenangwenang, kebebasan untuk mempertahankan milik pribadi. Menurut prinsip-prinsip tersebut tiap-tiap orang mempunyai hak yang sama atas seluruh sistem yang terbangun/tersusun dari kebebasan-kebebasan dan yang cocok dengan kebebasan-kebebasan tersebut.

- b) Prinsip perbedaan (the difference principle). Inti prinsip ini adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar kepada mereka yang paling kurang beruntung (yaitu mereka yang kurang memiliki peluang untuk mencapai kesejahteraan).
- c) Prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (The principle of fair equality of opportunity). Inti prinsip ini terumus sebagai berikut bahwa ketidaksamaan sosial ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga membuka jabatan dan kedudukan sosial bagi semua yang ada di bawah kondisi persamaan kesempatan yaitu memberi jaminan bahwa orang-orang dengan keterampilan, kemampuan, dan motivasi yang sama dapat menikmati kesempatan yang sama pula.

Selain itu pandangan Rawls yang penting adalah tentang harga diri (self respect) dalam kerangka teorinya, bahwa kebutuhan manusia yang paling pokok barangkali adalah harga diri, karena menurut Rawls struktur dasar masyarakat bukan hanya harus diatur sesuai dengan prinsip-prinsipnya, melainkan juga harus mendukung penghormatan terhadap harga diri seseorang. Hal itu dapat ditempuh dengan prioritas pada komitmen masyarakat untuk menjamin kebebasan yang sama dan kesempatan yang sama bagi setiap orang harus tampak sebagai ekspresi umum penghargaan tak bersyarat pada setiap orang⁵².

John Rawls menegaskan bahwa program keadilan yang berdimensi kerakyatan harus memperhatikan prinsip keadilan yaitu member hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan pada setiap orang mampu mengatur kembali kesenjangan ekonomi sehingga dapat

⁵² Kirdi Dipoyudo, *Keadilan Sosial*, Hal 55.

memberi keuntungan yang bersifat timbal balik, baik mereka dari kelompok yang beruntung atau tidak beruntung.

c. Teori Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum menurut Satjipto Raharjo bahwa perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak yang diberikan oleh hukum⁵³. Sementara itu, pengertian hukum dapat dikaji dari norma yang tercantum dalam Undang-Undang dan Norma Hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Perlindungan hukum terhadap pihak yang lemah selalu dikaitkan dengan perlindungan terhadap hak pihak yang lemah. Maria Theresia Geme mengartikan perlindungan hukum adalah berkaitan dengan tindakan Negara untuk melakukan sesuatu dengan memberlakukan hukum secara eksklusif dengan tujuan untuk memberikan jaminan kepastian hak seseorang atau kelompok orang⁵³. Perlindungan hukum dapat diartikan perlindungan oleh hukum atau perlindungan dengan menggunakan pranata dan sarana hukum. Cara perlindungan secara hukum adalah :

1. Membuat peraturan (giving regulation), yang bertujuan untuk :
 - a) Memberikan hak dan kewajiban.
 - b) Menjamin hak para subjek.
2. Menegakkan peraturan (by the law enforcement) melalui :
 - a) Hukum Administrasi Negara yang berfungsi untuk mencegah (preventif) terjadinya pelanggaran hak konsumen, dengan perijinan dan pengawasan.
 - b) Hukum pidana yang berfungsi menanggulangi (repressive) setiap pelanggaran terhadap peraturan perundang undangan dengan cara mengenakan sanksi hukum berupa sanksi pidana dan hukuman.
 - c) Hukum perdata yang berfungsi untuk memulihkan hak (curative recovery) dengan membayar kompensasi atau kerugian⁵⁴.

⁵³ Maria Theresia Geme.2012.Perlindungan Hukum Terhadap Masyarakat Hukum Adat Dalam Pengelolaan Cagar Alam Watu Ata Kabupaten Ngada NTT.Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.Hal. 99

⁵⁴ Wahyu Sasongko,2013,Perlindungan Hukum Bagi Konsumen,Vol.1.No.1

Perlindungan hukum dibagi menjadi 2 yaitu perlindungan hukum preventif dan perlindungan hukum represif. Perlindungan hukum preventif adalah bentuk perlindungan hukum yang sifatnya pencegahan. Perlindungan memberikan kesempatan kepada rakyat untuk mengajukan keberatan (Inspraak) atas pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Sehingga, perlindungan hukum ini bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa dan sangat besar artinya bagi tindak pemerintah yang didasarkan pada kebebasan bertindak.

Teori perlindungan hukum menurut Satjipto Raharjo bahwa perlindungan hukum adalah adanya upaya melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan kekuasaan untuk bertindak dalam kepentingan tersebut. Selanjutnya dikemukakan bahwa salah satu sifat dan sekaligus merupakan tujuan dari hukum adalah memberikan pengayoman kepada masyarakat. Perlindungan hukum terhadap masyarakat tersebut harus diwujudkan dalam bentuk adanya kepastian hukum⁵⁵.

Antonio Fortin menyajikan teori tentang perlindungan hukum. Dalam teorinya Antonio Fortin mengemukakan : pentingnya perlindungan internasional hak asasi manusia. Yang berarti suatu perlindungan secara langsung kepada individu yang dilakukan oleh badan yang ada dalam masyarakat internasional. Perlindungan hukum semacam itu dapat didasarkan kepada konvensi internasional hukum kebiasaan internasional atau prinsip umum hukum internasional. Dipandang dari segi tujuan dilakukannya tindakan perlindungan internasional dapat dikelompokkan ke dalam tiga kategori yang meliputi antisipatoris atau preventif, kuratif atau mitigasi, dan pemulihan atau kompensatoris⁵⁶.

⁵⁵ Satjipto Raharjo.1983.Permasalahan Hukum Di Indonesia.Bandung.Penerbit alumni. Hal. 121

⁵⁶ Igit Riyanto.2009.Kajian Hukum Internasional Tentang Pengaruh Kedaulatan Negara Terhadap Perlindungan Internal.Ringkasan disertai Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. Hal 16

3. *Applicative Theory (Teori Maqasid al-Syari'ah)*

Maqasid asy-Syari'ah ialah tujuan al-syari' (Allah SWT dan Rasulullah SAW). Dalam menetapkan hukum Islam. Tujuan tersebut dapat ditelusuri dari Nash Al-qur'an dan Sunnah Rasulullah SAW, sebagai alasan logis bagi rumusan suatu hukum yang berorientasi kepada kemaslahatan umat manusia.⁵⁷

Eksistensi hukum Islam di dunia adalah untuk mengatur kehidupan manusia, baik selaku pribadi maupun selaku anggota masyarakat agar dapat bertingkah laku yang sesuai dengan kehendak Sang Khalik. Apa yang menjadi tujuan disyariatkan hukum sering diistilahkan dengan Maqasid asy-Syari'ah, secara umum tujuan disyariatkan hukum adalah untuk mewujudkan kemaslahatan bagi umat manusia.⁵⁸

Dalam membahas konsep maslahat ini at-Tufi berbeda sekali dengan ulama-ulama lainnya. Pandangan at-Tufi tentang maslahat pada dasarnya, berasal dari pembahasan (syarah) hadis Nabi: "الضرر والضرار" yang artinya: dalam Islam itu tidak boleh memudarati dan tidak boleh dimudaratkan orang"⁵⁹

Hadis ini yang menjadi dasar pendapatnya mengenai empat prinsip maslahat yang dianut at-Tufi dan kemudian menyebabkan pandangannya berbeda dengan jumhur ulama yang membagi maslahat menjadi 3 bentuk. 10 bagi at-Tufi, pembagian tersebut tidak perlu ada karena tujuan syariat Islam adalah kemaslahatan, sehingga segala bentuk maslahat (didukung atau tidak didukung oleh teks wahyu) harus dicapai tanpa memerincinya.¹¹ Keempat prinsip yang dimaksud adalah:

1. Akal bebas menentukan kemaslahatan dan kemudaratan, khususnya dalam bidang muamalah dan adat. Dasar ini membawa implikasi bahwa untuk

⁵⁷ Mardani, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada, 2013), 333.

⁵⁸ Abdull Ghofur Ansori, dan Yulkarnain Harahab, *Hukum Islam Dinamika dan Perkembangannya Di Indonesia*,.... 32.

⁵⁹ 9Hadis sahih diriwayatkan oleh Imam Malik, Imam Ahmad. Al-Hakim menyebutkan bahwa hadis ini sahih berdasarkan kriteria Imam Muslim. Lihat At-Tufi, *Risalah fi Riayah al-Maslahah*, (Cet. 1; Kairo: Dar al-Misriyyah al-Lubaniyah, 1993), h. 23.

menentukan sesuatu termasuk maslahat atau bukan cukup digunakan nalar manusia tanpa harus didukung oleh wahyu atau hadis.⁶⁰

2. Maslahat merupakan dalil mandiri dalam menetapkan hukum. Oleh sebab itu, untuk kehujahan maslahat tidak diperlukan dalil pendukung, karena maslahat itu didasarkan kepada pendapat semata.
3. Maslahat hanya berlaku dalam masalah muamalah dan adat kebiasaan, adapun dalam masalah ibadah atau ukuranukuran yang ditetapkan syarak (shalat zuhur empat rakaat, puasa selama tiga puluh hari, dan tawaf itu dilakukan tujuh kali), tidak termasuk obyek maslahat, karena masalah-masalah seperti ini merupakan hak Allah swt. semata, sedangkan bidang muamalah duniawi dan adat kebiasaan terkait dengan kemaslahatan manusia.
4. Maslahat merupakan dalil syara' paling kuat. Karenanya, ia juga mengatakan apabila nas atau ijmak bertentangan dengan maslahat maka didahulukan maslahat dengan cara takhsis nas tersebut (pengkhususan hukum) dan bayan (perincian/penjelasan hukum).⁶¹

Terlepas dari perbedaan pandangan dengan jumhur ulama, apabila ditelusuri dan dianalisis lebih jauh pandangannya dalam Risalah fi Riayah al-Maslahah, maka pengutamaan maslahah atas nas dan ijmak sebenarnya dibatasi pada kriteriakriteria tertentu, yaitu:

Pertama, prioritas maslahat atas nas dan ijmak dilakukan dengan jalan takhsis (pengkhususan) dan bayan (penjelasan) bukan dengan jalan mengabaikan atau menggugurkan nas.⁶²

Kedua, prioritas maslahat atas nas dan ijmak dilakukan dengan jalan takhsis (pengkhususan) dan bayan (penjelasan) bukan dengan jalan membuang atau menasakh nas.⁶³

⁶⁰ Pandangan ini berbeda dengan jumhur ulama yang mengatakan bahwa sekalipun kemaslahatan dan kemudaratan itu dapat dicapai dengan akal, namun kemaslahatan itu harus mendapatkan dukungan dari nas atau ijmak, baik bentuk, sifat, maupun jenisnya. Ibid. jilid 4, h. 1147

⁶¹ At-Tufi, op. cit., h. 23. Lihat juga YUSDANI, op. cit., h. 11. Amir Muallim dan YUSDANI, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, (Yogyakarta: UII Press Indonesia, 1999), h. 52-54. Juga *Ensiklopedi Hukum Islam*, op. cit, h. 1147 dan h. 1837.

⁶² Ibid., h. 23, 24 dan h. 33

Ketiga, At-Tufi mengecualikan ibadah dan hal-hal yang muqaddarah ketika memprioritaskan kemaslahatan.⁶⁴

Keempat, prioritas kehujjahan masalah yang dikemukakan at-Tufi bukan semata-mata masalah yang berdasarkan pada akal dan hawa nafsu tanpa mengikat atau mengingat tujuan-tujuan syara'. Akan tetapi, kalau secara cermat dan analitis mengkaji konsep masalah at-Tufi maka ditemukan bahwa at-tufi tidak akan meninggalkan nilai-nilai nas syar'i bahkan dalam risalahnya mempertegas bahwa masalah yang dimaksud adalah masalah yang berpijak pada hadis Nabi saw. الضرر والضرار.⁶⁵ Begitu pula kemaslahatan yang dimaksudkannya harus sejalan dengan maqashid asy-syari'⁶⁶ yaitu al-muhafadzat ala ad-darurah al-khamsah yaitu pemeliharaan kepada lima hal yang pokok. Keempat prinsip dasar yang dianut at-Tufi yang dinilai mengandung pertentangan dan tidak sejalan dengan pendapat jumhur ulama usul fiqh, menurut husein hamid hasan terletak pada ungkapan at-tufi yang terlalu umum dan tidak membatasi maksud nas yang dikhususkan atau dijelaskan oleh kemaslahatan. Letak kontroversialnya pendirian at-Tufi yang dinilai berbeda dengan ulama lain pada dasarnya pada penempatan pendapat akal yang lebih tinggi daripada wahyu atau hadis. Bagi at-Tufi, karena dasar syariat Islam itu adalah kemaslahatan, sedangkan masalah itu sendiri dapat dicapai melalui akal, maka dalam menentukan sesuatu itu, masalah atau mafsadat, tidak diperlukan wahyu atau hadis, akan tetapi cukup penalaran akal, karena al-Qur'an dan Sunnah itu sendiri berulang kali memberikan dorongan agar manusia mempergunakan akalnyanya secara maksimal. Sekalipun terhadap pendapat at-Tufi ini banyak kecaman para ulama sezaman dan sesudahnya, banyak juga yang memuji keberaniannya. Dalam perkembangan pemikiran hukum di zaman modern cukup banyak pemikir hukum Islam yang menghargai pendapat at-Tufi, paling tidak ketegasannya dalam menyatakan bahwa seseorang harus berani memunculkan dan mengembangkan pendapatnya sendiri tanpa harus terikat dengan pendapat orang lain. Prinsip atTufi tentang

⁶³ Ibid., h. 47

⁶⁴ Ibid. h. 23, 38, dan 39

⁶⁵ Ibid. h. 25

⁶⁶ Asy-Syatibi, op. cit., Juz II, h. 322

kebebasan akal dalam menentukan hukum terhadap persoalan-persoalan yang bersifat muamalah duniawi dan adat kebiasaan di zaman modern ini mendapat dukungan yang cukup luas, khususnya bagi pembaharu hukum Islam di berbagai belahan dunia Islam.

Berbeda dengan at-Tufi, Imam al-Ghazali menjelaskan kemaslahatan inti atau pokok mencakup lima hal yaitu :

1. Menjaga agama (hifdz ad-Din); illat (alasan) diwajibkannya berperang dan berjihad jika ditunjukkan untuk para musuh atau tujuan senada.
2. Menjaga jiwa (hifdz an-Nafs); illat (alasan) diwajibkan hukum qishaash diantaranya dengan menjaga kemuliaan dan kebebasannya
3. Menjaga akal (hifdz al-aql); illat (alasan) diharamkan semua benda yang memabukan atau narkotika dan sejenisnya.
4. Menjaga harta (hifdz al-Mal); illat (alasan); pemotongan tangan untuk para pencuri, illat diharamkannya riba dan suap menyuap, atau memakan harta orang lain dengan cara bathil yang lain.
5. Menjaga keturunan (hifdz an-Nasl); illat (alasan); diharamkannya zina dan menuduh orang berbuat zina.

Maqashid syariah atau mashlahat dharuriyyah merupakan sesuatu yang penting demi terwujudnya kemaslahatan agama dan dunia. Apabila hal tersebut tidak terwujud maka akan menimbulkan kerusakan bahkan maqashid syariah atau mashlahat yaitu menjaga agama(hifdz ad din)menjaga jiwa (hifdz an-nafs), Menjaga akal (hifdz al- aql), menjaga keturunan (hifdz an-nasl) dan harta benda (maal)

Menurut imam al-ghazali” tujuan utama syariah adalah mendorong kesejahteraan manusia, yang terletak dalam perlindungan terhadap agama mereka (diin), dari (nafs), akal, keturunan (nasl), harta benda (maal) apa sak. Apa saja yang menjamin terlindungnya lima perkara ini berarti melindungi kepentingan umum dan dikehendaki. Implikasi lima perkara ini dalam ilmu ekonomi akan dikaji belakangan, hanya saja disini perlu disadari bahwa tujuan suatu masyarakat muslim adalah untuk berjuang mencapai cita-cita ideal. Kata melindungi tidak perlu diartikan melindungi status quo, tetapi mengandung arti perlunya mendorong pengayaan perkara-perkara ini secara terus menerus sehingga keadaan makin mendekati kepada kondisi ideal dan membantu umat manusia meningkatkan kesejahteraan secara kontinu. Banyak usaha dilakukan oleh sebagian fuqaha untuk

menambahkan lima perkara dan mengubah urutannya, namun usaha-usaha ini tampaknya tidak memuaskan para fuqaha lainnya. Imam asy-syatibi menulis kira-kira tiga abad setelah imam al-gazali, menyetujui daftar dan urutan imam ghazali yang menunjukkan bahwa gagasan itu dianggap sebagai yang paling cocok dengan esensi syariah.⁶⁷

Dalam membahas masalah maqashid, pengayaan agama, diri akal, keturunan, dan harta benda sebenarnya telah menjadi focus utama usaha semua manusia. Manusia itu sendiri menjadi tujuan sekaligus alat. Tujuan dan alat dalam pandangan al-gazali dan juga para fuqaha lainnya, saling berhubungan satu sama lain dan berada dalam satu proses perputaran sebab-akibat. Realisasi tujuan memperkuat alat dan lebih jauh akan mengintensifkan realisasi tujuan.

Diri,akal, keturunan dan harta. Harta benda ditempatkan pada urutan terakhir. Hal ini tidak disebabkan ia adalah perkara yang tidak penting, namun karena harta itu tidak dengan sendirinya membantu mewujudkan kesejahteraan bagi semua orang dalam suatu pola yang adil kecuali jika factor manusia itu sendiri telah direformasi untuk menjamin beroperasinya pasar secara fair. Jika harta benda ditempatkan pada urutan pertama dan menjadi tujuan sendiri, akan menimbulkan ketidakadilan yang kian buruk, ketidakseimbangan, dan akses-akses yang lain pada gilirannya akan mengurangi kesejahteraan mayoritas generasi sekarang maupun yang akan datang. Oleh karena itu, keimanan dan harta benda keduanya memang diperlukan bagi kehidupan manusia tetapi imanlah yang membantu menyuktikan suatu disiplin dan makna dalam memperoleh penghidupan dan melakukan pembelajaran sehingga memungkinkan harta itu memenuhi tujuannya seraca lebih efektif.

Selain itu maslahat menurut al-Ghâzalî adalah memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Kelima macam maslahat di atas bagi al-Ghâzalî berada pada skala prioritas dan urutan yang berbeda jika dilihat dari sisi tujuannya, yaitu peringkat primer, sekunder dan tersier. Dari keterangan ini jelaslah bahwa teori maqâshid al-syarî'ah sudah mulai tampak bentuknya. Pemikir dan ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas maqâshid al-syarî'ah adalah Izz al-Dîn ibn Abd. al-Salam dari kalangan Syâfi'iyah. Ia lebih banyak menekankan dan mengelaborasi konsep maslahat secara hakiki dalam bentuk

⁶⁷ M.Umer Chapra. *Masa Depan Ilmu Ekonomi Sebuah Tinjauan Islam*.(Tazkia Cendekia. 2001), Hlm 102

menolak mafsadat dan menarik manfaat. Menurutnya, masalah keduniaan tidak dapat dilepaskan dari tiga tingkat urutan skala prioritas, yaitu: dharûriyât, hâjjiyat, dan takmîlat atau tatimmat. Lebih jauh lagi ia menjelaskan, bahwa taklîfharus bermuara pada terwujudnya masalah manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Pembahasan tentang maqâshid al-syarî'ah secara khusus, sistematis dan jelas dilakukan oleh al-Syâtibî dari kalangan Mâlikiyah

Al-Gazali menyebutkan macam-macam masalah dilihat dari segi dibenarkan dan tidaknya oleh dalil syarak terbagi menjadi 3 macam, yaitu:

1. Masalah yang dibenarkan oleh syarak, dapat dijadikan *hujjah* dan kesimpulannya kembali kepada *qiyas*, yaitu mengambil hukum dari jiwa atau semangat *nas* dan *ijma'*. Contoh: menghukumi bahwa setiap minuman dan makanan yang memabukkan adalah haram diqiyaskan kepada khamar.
2. Masalah yang dibatalkan oleh syarak. Contoh: pendapat sebagian ulama kepada salah seorang raja ketika melakukan hubungan suami istri di siang hari Ramadhan, hen-daklah berpuasa dua bulan berturut-turut. Ketika pendapat itu disang-gah, mengapa ia tidak memerintah-kan Raja itu untuk memerdekakan budak, padahal ia kaya, ulama itu berkata, kalau raja itu saya suruh memerdekakan hamba sahaya, sangatlah mudah baginya, dan ia dengan ringan akan memerdekakan hamba sahaya untuk memenuhi kebutuhan syahwatnya. Oleh karena itu, masalahnya, ia wajib berpuasa dua bulan berturut-turut, agar ia jera. Ini adalah pendapat yang batal dan menyalahi *nas* dengan masalah. Membuka pintu ini akan merobah semua ketentuan-ketentuan hukum Islam dan *nas-nasnya* disebabkan perubahan kondisi dan situasi.
3. Masalah yang tidak dibenarkan dan tidak pula dibatalkan oleh syarak.⁶⁸

Ketiga hal tersebut di atas dijadi-kan landasan oleh imam al-Ghazali dalam membuat batasan operasional *maslalah-mursalah* untuk dapat diterima sebagai dasar dalam penetapan hukum Islam:

⁶⁸http://jurnaldiktum.blogspot.co.id/2015/01/v-behaviorurldefaultvmlo_97.html, diambil tanggal 5 oktober 2019 pukul 20.09 wib.

1. Masalahat tersebut harus sejalan dengan tujuan penetapan hukum Islam yaitu memelihara agama, jiwa, akal, harta dan keturunan atau kehormatan.
2. Masalahat tersebut tidak boleh ber-tentangan dengan al-Qur'an, al-Sunnah dan *ijma'*.
3. Masalahat tersebut menempati level *daruriyah* (primer) atau *hajiyyah* (sekunder) yang setingkat dengan *daruriyah*.
4. Kemaslahatannya harus berstatus *qat'i* atau *zanny* yang mendekati *qat'i*.
5. Dalam kasus-kasus tertentu diperlu-kan persyaratan, harus bersifat *qat'iyah*, *daruriyah*, dan *kulliyah*.⁶⁹

Berdasarkan persyaratan operasi-onal yang dibuat oleh Imam al-Ghazali di atas terlihat bahwa Imam al-Ghazali tidak memandang *masalahah-mursalah* sebagai dalil yang berdiri sendiri, terlepas dari al-Qur'an, as-Sunnah dan *ijma'*. Imam al-Ghazali memandang *masalahah-mursalah* hanya sebagai sebuah metode *istinbath* (menggali/ penemuan) hukum, bukan sebagai dalil atau sumber hukum Islam.

Sedangkan ruang lingkup opera-sional *masalahah-mursalah* tidak disebutkan oleh Imam al-Ghazali secara tegas, namun berdasarkan hasil peneli-tian yang dilakukan oleh Ahmad Munif Suratma Putra terhadap contoh-contoh kasus *masalahah mursalah* yang di-kemukakan oleh Imam al-Ghazali dalam buku-bukunya (*al-Mankhul*, *Asas al-Qiyas*, *Shifa al-Galil*, *al-Mustafa*) dapat disimpulkan bahwa Imam al-Ghazali membatasi ruang lingkup operasional *masalahah-mursalah* yaitu hanya di bidang muamalah saja.⁷⁰

Implementasi *masalahah-mursalah* tersebut, para ulama memakai istilah yang berbeda-beda, bahkan Imam al-Ghazali memakai beberapa istilah untuk menyebut *masalahah-mursalah*, sehingga berimplikasi kepada ketidak- sempurnaan pemahaman generasi beri-kutnya mengenai pendapat ulama ter-dahulu tentang masalah ini.

Dalam kitab *al-Mankul*, Imam al-Ghazali menyebut *masalahah-mursalah* dengan istilah *istidlal sahih* (bukan *istidlal mursal*), dalam kitab *Asas al-Qiyas* dia memakai istilah *istislah*, dan dalam kitab *Shifa al-Galil* disebutnya dengan istilah *munasib mula'im*, sedangkan dalam kitab *al-Mustasfa*, Imam al-

⁶⁹ http://jurnaldiktum.blogspot.co.id/2015/01/v-behaviorurldefaultvmlo_97.html, diambil tanggal 5 oktober 2019 pukul 20.09 wib.

⁷⁰ Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum Islam al-Ghazali: Masalahah Mursalah dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Islam*, hlm.144.

Ghazali tetap menyebutnya dengan istilah *masalah-mursalah*. Karena Imam al-Ghazali menyebut *masalah-mursalah* dengan beberapa istilah, maka ada pendapat yang mengatakan bahwa Imam al-Ghazali tidak konsisten menjadikan *masalah-mursalah* sebagai dasar dalam menetapkan hukum Islam. Penggunaan terma yang berbeda-beda tersebut juga berimplikasi pada terjadinya distorsi pemahaman pada generasi selanjutnya mengenai teori *masalah-mursalah*.

Menurut al-Syatibi ada lima tujuan pokok syariat Islam, yaitu dalam rangka melindungi agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Kelima pokok tersebut dinamakan dengan al-kulliyah al-khams atau al-qowaid al-kulliyat. Untuk kepentingan menetapkan hukum, kelima tujuan pokok tersebut dikategorikan menjadi tiga tingkatan, yaitu:⁷¹

1. Dharuri, yaitu memelihara kebutuhan yang bersifat esensial bagi kehidupan manusia, kebutuhan esensial itu adalah memelihara kebutuhan agama, jiwa, akal, keturunan dan harta, dengan batas jangan sampai terancam. Tidak terpenuhinya atau tidak terpeliharanya kebutuhan-kebutuhan itu akan berakibat terancamnya eksistensi kelima tujuan pokok itu. Untuk memelihara lima hal pokok inilah syariat Islam diturunkan, dalam setiap ayat hukum apabila diteiti akan ditemukan alasan pembentukannya yang tidak lain adalah untuk memelihara lima hal pokok di atas, seperti kewajiban qisas sebagaimana firman Allah dalam Q.S al-Baqarah (2) ayat 179:

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ

“Dan dalam qishaash itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, Hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa”.⁷²

2. Hajiyat, yaitu kebutuhan yang tidak berisifat esensial, melainkan termasuk kebutuhan yang dapat menghindarkan manusia dari kesulitan dalam hidupnya. Tidak terpeliharanya kelompok ini tidak akan mengancam eksistensi kelima pokok diatas, tetapi akan menimbulkan

⁷¹ Mardani, *Ushul Fiqh*, 337-338

⁷² Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Tafsirnya* jilid I, 260.

kesulitan bagi mukallaf. Kelompok ini erat kaitannya dengan rukhshah. Seperti dijelaskan Abdul Wahab Khallaf, merupakan contoh kepedulian syariat Islam terhadap kebutuhan ini. Contoh pembolehan tidak berpuasa bagi musafir, hukuman diyat (denda) bagi seorang yang membunuh secara tidak sengaja, penangguhan hukuman potong tangan atas seseorang yang mencuri karena terdesak untuk menyelamatkan jiwanya dari kelaparan.

3. Tahsiniyat, yaitu kebutuhan yang menunjang peningkatan martabat seseorang dalam masyarakat dan dihadapan Tuhan-nya, sesuai dengan kepatuhan. Tingkat kebutuhan ini berupa kebutuhan pelengkap, seperti dikemukakan al-Syatibi seperti hal yang merupakan kepatutan menurut adat-istiadat menghindari hal tidak enak dipandang mata dan berhias berhias dengan keindahan yang sesuai dengan tuntutan norma dan akhlak, dalam berbagai bidang kehidupan seperti seperti ibadah muamalah dan uqubah.

Al-Syatibi juga membagi masalah dalam tiga hal:⁷³

- 1) Mashlahat muktabar, yaitu kemaslahatan yang berhubungan dengan penjagaan pada lima hal sebagaimana diungkap diatas. Usaha pemeliharaan kemaslahatan yang lima ini adalah pemeliharaan yang daruri (yang paling utama). Itulah sebabnya diharuskan berjihad kepada yang kuat fisiknya untuk melawan serangan musuh yang bermaksud menghancurkan agama dan tanah air. Ditetapkannya hukuman qisas untuk menjamin kemaslahatan jiwa, dan lain-lain.
- 2) Maslahat mulga, yaitu sesuatu yang sepintas lalu terlihat maslahat, tetapi ada maslahat yang kecil itu boleh diabaikan. Sebagai contoh, pada suatu ketika Abdurrahman ibn Hakam, gubernur andalusia, meminta fatwa kepada imam al-Laitas tentang kafarat karena telah membatalkan puasa Ramadhan dengan mencampuri istrinya di siang hari. Al-Laitsi

⁷³ Hj. A. Sukmawati Assaad, *Kehujjahan Maqasid Al-Syari'ah*, *Jurnal Al-Ahkam*, Vol. V No. 2. Desember 2015, 187.

memfatwakan bahwa kafaratnya harus berpuasa dua bulan berturut-turut.

- 3) Mashlahat mursalah, yaitu kemaslahatan yang tidak terkait dengan dalil yang memperbolehkan atau melarangnya, contoh untuk mengatasi pemalsuan hak milik atas barang-barang berharga atau pemalsuan materi sitri agar dapat bebas kumpul kebo maka atas pertimbangan mashlahat mursalah boleh diadakan ketentuan kewajiban mencatat dan keharusan mempunyai keterangan yang sah setiap terjadi akad jual beli, nikah, hibah, dan lain-lain.

Maka dapat di lihat bahwa tujuan hukum Islam adalah untuk kemaslahatan dan kepentingan serta kebahagiaan manusia sebagai individu dan sebagai masyarakat seluruhnya, baik kebahagiaan dunia ini, maupun kebahagiaan di akhirat. Dilakukan dengan jalan mengambil segala yang bermanfaat dan mencegah yang madarat yaitu yang tidak berguna bagi kehidupan.⁷⁴

Maka hendaknya dalam melakukan perlindungan terhadap penyandang disabilitas perlu memperhatikan prinsip kemaslahatan (al- maslahah) karena syariat Islam tidak memiliki tujuan selain mewujudkan kemaslahatan kemanusiaan secara universal dan menghilangkan segala bentuk kerusakan, kekerasan, dan kerugian. Salah satu perlindungan terhadap difabel adalah perlindungan hukum. Setiono memberikan definisi perlindungan hukum adalah tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.⁷⁵

Peran serta negara juga tidak kalah penting dalam hal melindungi kaum difabel, hal ini diatur dalam undang-undang nomor 19 tahun 2011 Tentang

⁷⁴ Abdul Ghofur Ansori dan Yulkarnain Harahab, *Hukum Islam Dinamika dan Perkembangannya Di Indonesia*. (Yogyakarta: Kreasi Media, 2008), , 31.

⁷⁵ Setiono, *Rule of Law (Supremasi Hukum)*, Magister Ilmu kum Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret (Surakarta: 2004), 3.

Pengesahan Convention On The Persons With Disabilities, (Konvensi Mengenai Hak-hak Penyandang Disabilitas). Pada pasal 5 ayat (1), (2), (3) dan (4) yakni: ⁷⁶

Pasal 5 ayat 1

Negara-negara pihak mengakui semua manusia adalah setara dihadapan dan dibawah hukum dan berhak, tanpa diskriminasi, untuk mendapatkan perlindungan dan manfaat hukum yang setara.

Pasal 5 ayat 2

Negara-negara pihak harus melarang semua diskriminasi yang didasari oleh disabilitas dan serta menjamin perlindungan hukum yang setara dan efektif bagi penyandang disabilitas terhadap diskriminasi yang didasari oleh alasan apa pun.

Pasal 5 ayat 3

Dalam rangka memajukan kesetaraan dan menghapuskan diskriminasi, negara-negara pihak harus mengambil langkah-langkah yang sesuai untuk menjamin tersedianya akomodasi yang beralasan.

Pasal 5 ayat 4

Kebijakan-kebijakan khusus yang diperlukan untuk mempercepat atau mencapai kesetaraan de facto bagi penyandang disabilitas tidak boleh dianggap sebagai diskriminasi dibawah ketentuan-ketentuan yang ada dalam konvensi ini.

Pada pasal 2 deklarasi tersebut menyatakan bahwa: Penyandang cacat berhak menikmati semua hak yang ditetapkan dalam Deklarasi ini. Hak-hak tersebut harus diberikan kepada semua penyandang cacat tanpa pengecualian apa pun dan tanpa pembedaan atau diskriminasi berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau pendapat lainnya, asal usul nasional atau sosial, kekayaan, kelahiran atau situasi lain dari penyandang cacat itu sendiri atau pun keluarganya.⁷⁷

⁷⁶ Undang-undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2011 Tentang Pengesahan Convention On The Persons With Disabilities, (Konvensi Mengenai Hak-hak Penyandang Disabilitas).

⁷⁷ Dewi Krisna Hardjanti, Kajian Yuridis Tentang Penyandang Disabilitas, (, Fakultas Hukum Universitas Adma Jaya Yogyakarta Vol. 16 No. 1 Mei 2016), 7.

Dari penjelasan Undang-undang diatas maka ketahui bahwa penyandang disabilitas mempunyai Hak yang dilindungi Hukum. Hak yang tidak dapat diambil oleh orang lain. Ini berarti penyandang disabilitas setara dengan masyarakat dan mempunyai tanggungjawab dihadapan hukum tanpa mengurangi hak tersebut.

Dalam Undang-undang Nomor 8 tahun 2016 tentang penyandang disabilitas, Pasal 1 ayat 5 dijelaskan bahwa: Perlindungan adalah upaya yang dilakukan secara sadar untuk melindungi, mengayomi, dan memperkuat hak penyandang disabilitas.⁷⁸ Dalam pasal 9 poin G di tegaskan bahwa, Atas perlindungan dari segala tekanan, kekerasan, penganiayaan, Diskriminasi dan/atau perampasan atau pengambilan hak milik.⁷⁹

Setiap kepedulian terhadap kaum difabel yang tercantum pada aturan-aturan yang telah ditetapkan untuk mengatur perlindungan penyandang disabilitas, mengingat penyandang disabilitas adalah sebagian dari masyarakat indonesia yang harus memperoleh perlindungan yang nyata agar tetap hidup, berdasarkan uraian diatas, kiranya cukup bagi penyusun menjadikan landasan untuk menjawab permasalahan yang sudah ditetapkan dalam penelitian ini.

Fokus penelitian ini mengenai perlindungan disabilitas terhadap pasal 6, pasal 20, dan pasal 26 Undang-undang Nomor 8 Tahun 2016 Tentang Penyandang Disabilitas yang di tinjau dengan menggunakan Maqas}id asy-Syari'ah khususnya terhadap hifzh al-nafs atau perlindungan jiwa.

G. Metode Penelitian

Metode merupakan suatu cara yang harus digunakan dalam mencapai suatu tujuan yang akan diharapkan. Cara utama itu harus dilakukan dengan memperhatikan obyek yang akan dikaji. Karenanya metode penelitian adalah sebuah pengertian yang cukup luas, maka perlu adanya penjelasan secara eksplisit dalam penelitian.

⁷⁸ Undang-undang Nomor 8 Tahun 2016 Tentang Penyandang Disabilitas

⁷⁹ Undang-undang Nomor 8 Tahun 2016 Tentang Penyandang Disabilitas.

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penulisan disertasi ini adalah penelitian kepustakaan (*library research*). Penelitian ini dilakukan dengan mengumpulkan data tentang perkawinan penyandang cacat mental dari buku, artikel, majalah, surat kabar, atau sumber kepustakaan lainnya.

2. Sifat Penelitian

Sifat penelitian dalam disertasi ini adalah deskriptif analitik, yaitu penelitian yang bertujuan untuk memberikan gambaran yang jelas dan gamblang tentang pelaksanaan perkawinan penyandang/penderita cacat mental sehingga akan mendapatkan pengertian yang jelas akan kedudukannya dalam hukum.⁸⁰

3. Pendekatan Penelitian

Dalam penelitian ini penyusun menggunakan tiga pendekatan yaitu normatif- yuridis :

- a. Pendekatan Normatif, yaitu pendekatan terhadap materi-materi yang diteliti dengan mendasarkan pada penafsiran menurut norma yang berlaku baik norma agama maupun non agama.
- b. Pendekatan Yuridis, yaitu pendekatan terhadap materi yang diteliti berdasar pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.

4. Teknik Pengumpulan Data

Sesuai dengan jenis penelitiannya, penulisan disertasi ini menggunakan metode pengumpulan data secara literair, yaitu dengan membaca, menelaah dan menganalisa berbagai buku, majalah, koran, makalah, buletin serta sumber-sumber informasi lain yang berkaitan dengan perkawinan penderita cacat mental.

5. Analisis Data

Penelitian ini bersifat kualitatif dengan pola berfikir menggunakan metode deduktif, yaitu bahwa pembahasan dimulai dengan mengemukakan teori-teori, dalil-dalil, kaidah-kaidah perkawinan yang bersifat umum dan kemudian diakhiri dengan kesimpulan yang bersifat khusus mengenai perkawinan penyandang cacat mental.⁸¹

⁸⁰ Suryono Soekanto, *Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Press, 2006), 9-10.

⁸¹ Sutrisno Hadi, *Metode Riset*, (Yogyakarta: Fak. Psikologi UGM, 2003), 36.

