

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **A. Latar Belakang Masalah**

Pengadilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang berada dibawah Mahkamah Agung. Pengadilan Agama bertugas dan berwenang menerima, memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infak, shadaqoh, dan ekonomi syariah.<sup>1</sup>

Salah satu jenis perkara yang menjadi kewenangan Pengadilan Agama adalah perkara isbat nikah yang merupakan bagian dari perkara perkawinan. Istilah isbat nikah tidak ditemukan dalam penjelasan pasal 49 Undang-Undang nomor 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama, pada penjelasan pasal tersebut isbat nikah diistilahkan dengan “pernyataan sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan dan dijalankan menurut peraturan yang lain”. Oleh sebab itu, maka Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 7 ayat (2) menegaskan bahwa apabila suatu perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah dapat diajukan isbat nikahnya ke Pengadilan Agama.

Pasal 5 Kompilasi Hukum Islam mengatur bahwa “agar terjaminnya ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam, perkawinan tersebut harus dicatat oleh pegawai pencatat nikah”. Kata “harus” pada ketentuan pasal tersebut bermakna wajib menurut pengertian hukum Islam, maka perkawinan yang dilakukan diluar pengawasan pegawai pencatat nikah tidak mempunyai kekuatan hukum. Pasal 7 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam mengatur bahwa perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah yang dibuat oleh pegawai pencatat

---

<sup>1</sup> Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 *Jo.* Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 *Jo.* Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Peradilan Agama.

nikah, dengan demikian mencatatkan perkawinan adalah kewajiban bagi mereka yang akan melangsungkan perkawinan.<sup>2</sup>

Hakim dalam memeriksa perkara harus berdasarkan pembuktian, dengan tujuan untuk memberikan keyakinan kepada hakim tentang kebenaran dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan.<sup>3</sup> Pembuktian dalam berperkara merupakan bagian yang sangat kompleks, bahkan menjadi rumit oleh karena pembuktian berkaitan dengan kemampuan merekonstruksi kejadian atau peristiwa masa lalu sebagai suatu kebenaran, dalam pembuktian diperlukan alat bukti yang menunjang untuk mencapai suatu kebenaran formil.<sup>4</sup>

Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy menyebutkan bahwa pembuktian itu diperlukan dalam setiap perkara.<sup>5</sup> sesuai Hadits Nabi SAW :

عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى رَجُلٌ  
أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، لَكِنَّ النَّبِيَّةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينِ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ

[حديث حسن رواه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في الصحيحين]

“Dari Ibnu Abbas *radhiallahuanhuma*, sesungguhnya Rasulullah SAW: Sekiranya diberikan kepada manusia apa saja yang digugatnya, tentulah manusia akan menggugat apa yang ia kehendaki, baik jiwa maupun harta. Akan tetapi pembuktian itu dimintakan kepada si penggugat (penggugat harus dapat membuktikan gugatannya) dan sumpah itu dihadapkan atas orang yang tergugat” (HR. Baihaqi, hadits ini tergolong Hadits hasan dan sebagian lafazhnya ada pada riwayat Bukhari dan Muslim).<sup>6</sup>

Salah satu bentuk pembuktian adalah kesaksian, saksi merupakan orang yang memberikan keterangan di muka persidangan dengan memenuhi syarat

<sup>2</sup> Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Akademika Pressindo, 1995), hlm. 68

<sup>3</sup> Mardani, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama & Mahkamah Syar'iyah*, Cetakan Pertama, (Jakarta Sinar Grafika, 2009), hlm. 106

<sup>4</sup> Jurnal Ilmiah, Aurelia Dini Vera Hapsari, dkk., *Kekuatan Pembuktian Penggunaan Saksi Testimonium de Auditu sebagai Alat Bukti Dalam Perkara Perceraian di pengadilan negeri karang anyar*

<sup>5</sup> Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy, *Peradilan dan Hukum Acara Islam*, edisi kedua, (Semarang: PT Pustaka Rizki Putra, 1997), hlm. 128

<sup>6</sup> Imam an-nawawi, *Hadits Arba'in an-Nawawi & Terjemahnya*, cetakan pertama, 2008. hlm 70

tertentu mengenai suatu perkara.<sup>7</sup> Saksi dimaksudkan guna mengantisipasi kemungkinan-kemungkinan yang bakal terjadi di kemudian hari, apabila suami atau istri ingin mengajukan penetapan isbat maka saksi-saksi tersebut yang menyaksikan akad nikah, dapat dimintai keterangan sehubungan dengan pemeriksaan perkaranya. Maka dalam pelaksanaannya, selain saksi harus hadir dan menyaksikan secara langsung akad nikah, saksi juga diminta menandatangani akta nikah pada waktu dan tempat akad nikah dilangsungkan. Karena itu nama, umur, agama, pekerjaan dan tempat kediaman, dicantumkan dalam akta nikah.<sup>8</sup>

Jika saksi tidak memenuhi syarat sebagaimana mestinya seperti saksi yang tidak melihat, mendengar, mengetahui atau mengalami peristiwa hukum itu sendiri, akan tetapi ia tetap dipanggil sebagai seorang yang akan memberikan kesaksian di muka pengadilan maka dalam hal ini dinamakan saksi *istifadhah*.<sup>9</sup>

Kesaksian ini tentunya berada di luar kategori kesaksian yang dibebankan dalam pasal 171 HIR/ 308 Rbg dan pasal 1907 KUH Perdata, di dalam pasal ini menyebutkan (1) tiap-tiap kesaksian harus berisi segala sebab pengetahuan, (2) pendapat-pendapat atau persangkaan yang istimewa yang terjadi sebagai hasil pemikiran, bukan saksi.

Saksi yang dapat dijadikan alat bukti yang sah menurut hukum sebagaimana disebutkan dalam Pasal 164 HIR dan Pasal 284 R.Bg harus terbatas pada peristiwa-peristiwa yang dialami, dilihat, dan didengar sendiri dan harus pula disertai alasan-alasan bagaimana diketahuinya peristiwa yang diterangkan oleh saksi tersebut.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Yaser Amri, Azwir dan Arin Christiana, "Pertimbangan Hakim Mahkamah Syar'iyah Langsa Terhadap Penggunaan Saksi De Auditu Dalam Perkara Perceraian". *Jurnal Ilmu Syari'ah, Perundang-undangan dan Ekonomi Syari'ah*, Desember 2018, p. 156.

<sup>8</sup> Ahmad Rofiq, *Hukum Perdata Islam Di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2015), p.73

<sup>9</sup> Ildi Karim Makinara, "Saksi Testimonium De Auditu Dalam Perkara Perceraian Menurut Hukum Islam". *Jurnal El-Ussrah*, Vol. 3, No. 2, Desember 2020, p. 227

<sup>10</sup> Husni Mubarak, Sindi Rahmadani, Dasar Pertimbangan Hakim Terhadap Kesaksian Saksi *Istifādah* Dalam Perkara *Itsbat* Nikah (Studi Penetapan Mahkamah Syar'iyah Kualasimpang Nomor : 10/Pdt.P/2021/MS.ksg), *JURNAL EL-HADHANAH*, Vol. 2, No. 1, Juni 2022, hlm. 20

Saksi *istifadhah* tidak memenuhi syarat untuk dijadikan alat bukti dalam persidangan karena tidak secara fakta melihat, mendengar atau merasakan suatu peristiwa terjadi, dan hanya berdasarkan pengetahuan saksi saja, akan tetapi pada kenyataannya terdapat majelis hakim yang menggunakan saksi *istifadhah* tersebut, diantaranya pada perkara isbat nikah No. 424/Pdt.G/2022/PA.Cmi No. 314/Pdt.G/2021/PA.Cmi, No. 1182/Pdt.G/2021/PA.Cmi, dan No. 1125/Pdt.G/2021/PA.Cmi, perkara tersebut merupakan perkara isbat nikah *contentious*, yang mana para pihak mengajukan pengesahan perkawinan terhadap kedua orangtuanya yang telah meninggal dunia, namun pada saat pembuktian saksi tidak mengetahui, tidak mendengar atau melihat terjadinya perkawinan tersebut, bahkan pada saat perkawinan dilangsungkan saksi belum lahir, sehingga hanya di dasarkan kepada pengetahuan saksi bahwa mereka dalam kehidupan sehari-hari sebagai pasangan suami istri.

Berdasarkan uraian tersebut, penulis tertarik untuk membahas perihal kedudukan saksi *istifadhah* dalam hukum Islam dihubungkan dengan ketentuan hukum formil yang berlaku di Pengadilan Agama serta metode penemuan hukum hakim menerima saksi *istifadhah* tersebut.

## **B. Rumusan Masalah**

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka rumusan masalah dalam penelitian ini yaitu :

1. Bagaimana kedudukan saksi *istifadhah* pada perkara isbat nikah *contentious* dalam di Pengadilan Agama Cimahi?
2. Bagaimana metode penemuan hukum Hakim terhadap saksi *istifadhah* pada perkara isbat nikah *contentious* di Pengadilan Agama Cimahi?

## **C. Tujuan Penelitian**

Tujuan dari penelitian ini yaitu :

1. Untuk mengetahui kedudukan saksi *istifadhah* pada perkara isbat nikah *contentious* di Pengadilan Agama Cimahi.

2. Untuk mengetahui metode penemuan hukum Hakim terhadap saksi *istifadhah* pada perkara isbat nikah *contentious* di Pengadilan Agama Cimahi.

#### **D. Manfaat Penelitian**

##### **1. Manfaat Teoritis**

Penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat bagi pengembangan pengetahuan serta sumbangsih pemikiran dalam bidang hukum islam kaitanya dengan kedudukan saksi *istifadhah* pada perkara isbat nikah *contentious* di Pengadilan Agama.

##### **2. Manfaat Praktis**

Penelitian ini diharapkan menjadi refensi terutama bagi hakim Pengadilan Agama dan praktisi hukum lainnya yang menangani perkara isbat nikah, sehingga bisa lebih cermat dan tepat dalam memeriksa alat bukti dan memberikan pertimbangan hukum, utamanya alat bukti saksi.

#### **E. Tinjauan Pustaka**

Penelitian tentang saksi *istifadhah* sudah pernah ada yang membahas oleh peneliti terdahulu, diantaranya :

1. Skripsi yang ditulis oleh Rizal Sidiq Amin tahun 2015, yang berjudul “*Studi Penerapan Syahadah Al Istifadhah dan Testimonium de auditu dalam Hukum Acara Peradilan Agama*” Program studi Ahwal Syakhsiyah Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati Bandung. Berangkat dari latar belakang bahwa tidak selamanya sengketa perdata dapat dibuktikan dengan alat bukti tulisan atau surat, alat bukti saksi pun diperlukan dalam hukum perdata bila tidak ditemukan bukti tertulis atau surat. Alat bukti saksi yang sah menurut hukum adalah yang memenuhi syarat materil yang tercantum pada pasal 171 HIR dan pasal 1907 KUH Perdata, diluar kategori itu kesaksiannya disebut *testimonium de auditu* , dalam hukum islam disebut *Syahadah istifadhah*. Belum ada dasar hukum

yang menjadi penerapan kedua hal ini dikarenakan masih terjadinya perbedaan dalam diterima atau tidaknya sebagai alat bukti<sup>11</sup>.

2. Jurnal Ilmiah yang ditulis oleh Husni Mubarak, Sindi Rahmadani, Dasar Pertimbangan Hakim Terhadap Kesaksian Saksi *Istifāḍah* Dalam Perkara *Itsbat* Nikah (Studi Penetapan Mahkamah Syar'iyah Kualasimpang Nomor : 10/Pdt.P/2021/MS.ksg), JURNAL EL-HADHANAH, Vol. 2, No. 1, Juni 2022. Jurnal ini berkesimpulan bahwa bahwa saksi *istifadhah* dapat digunakan dalam persidangan dengan dalih selama saksi tidak bisa dibuktikan dengan sebaliknya berarti inilah yang benar, maksudnya ialah selama saksi tidak dapat disanggah dengan alat bukti yang lain cukup memenuhi dua minimal alat bukti yaitu alat bukti surat dan saksi, dan melihat kesesuaian keterangan yang diberikan oleh kedua saksi maka kesaksian saksi *istifadhah* dapat diterima sebagai persangkaan hakim, dan dalam tinjauan hukum Islam saksi *istifadhah* dapat digunakan dalam beberapa perkara saja, salah satunya perkara isbat nikah<sup>12</sup>.
3. Skripsi yang ditulis oleh Dicky Abdurahman tahun 2018, Saksi *Istifadhah* Dalam Putusan Pengadilan Agama Cikarang Nomor 194/Pdt.G/2017/PA.Ckr Tentang Isbat Nikah, Program studi Ahwal Syakhshiyah Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati Bandung. Pada kesimpulannya hakim dalam perkara tersebut di dasarkan pada pendapat Hanabilah dan Hanafiyah yang mana saksi *istifadhah* dapat diterima dalam perkara perkawinan.<sup>13</sup>

Terdapat perbedaan antara penelitian yang akan penulis lakukan dengan penelitian sebelumnya yaitu, dalam penelitian yang akan dilakukan, peneliti lebih

---

<sup>11</sup> Rizal Sidiq Amin. 2015, *Studi Penerapan Syahadah Al Istifadhah dan Testimonium de auditu dalam Hukum Acara Peradilan Agama*. Skripsi, Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati Bandung

<sup>12</sup> Husni Mubarak, Sindi Rahmadani, *Dasar Pertimbangan Hakim Terhadap Kesaksian Saksi Istifāḍah Dalam Perkara Itsbat Nikah (Studi Penetapan Mahkamah Syar'iyah Kualasimpang Nomor : 10/Pdt.P/2021/MS.ksg)*, JURNAL EL-HADHANAH, Vol. 2, No. 1, Juni 2022

<sup>13</sup> Dicky Abdurahman. 2018, *Saksi Istifadhah Dalam Putusan Pengadilan Agama Cikarang Nomor 194/Pdt.G/2017/PA.Ckr Tentang Isbat Nikah*, Skripsi, Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati Bandung

fokus pada kedudukan *saksi istifadhah* dan metode penemuan hukum hakim dalam mempertimbangkan *saksi istifadhah* pada perkara isbat nikah *conetnsius* di Pengadilan Agama.

## **F. Kerangka Pemikiran**

### **1. Teori Ijtihad Hakim**

Ijtihad sangat dibutuhkan dan dapat dijadikan salah satu metode penemuan hukum. Hasil ijtihad tersebut dapat dijadikan sumber hukum bagi hakim, untuk memberi penjelasan yang gamblang terhadap Undang-undang agar ruang lingkup kaidah data dapat searah dengan peristiwa tertentu.<sup>14</sup>

Ijtihad telah dilaksanakan atau dipakai oleh para Hakim baik terdahulu maupun sekarang untuk menemukan solusi terhadap masalah hukum, baik yang sudah ada keterangannya maupun yang tidak dijelaskan dalam Undang-undang. Berdasarkan hasil ijtihadnya, terhadap kitab-kitab fikih ulama terdahulu, namun untuk masa sekarang, itu dianggap belum cukup, ijtihad dilakukan lebih ekstrim atau berani lagi yaitu berupa interpretasi terhadap masalah yang tidak ada penjelasannya bahkan yang lebih berani lagi para hakim melakukan ijtihad terhadap hukum yang sudah ada peraturannya selama itu mendatangkan kemaslahatan bagi umat.<sup>15</sup>

Ijtihad Hakim mengenai peraturan hukum merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pemahaman terhadap peristiwa yang konkrit yang dapat diterima oleh masyarakat. Penggunaan ijtihad dalam menafsirkan Undang-undang ini dengan baik mensyaratkan Hakim dengan sungguh-sungguh memahami berbagai macam metode penafsiran hukum atau Undang-undang.<sup>16</sup>

Meskipun Hakim diberi kebebasan untuk melaksanakan penafsiran, kontruksi atau penemuan hukum, akan tetapi ia harus tetap berpegang teguh pada prinsip-prinsip dan asas-asas umum hukum yang berlaku universal, baik yang

---

<sup>14</sup> Abdul Manan. *Etika hakim dalam penyelenggaraan peradilan: Studi Kajian dalam Sistem Peradilan Islam*. (Jakarta: Kencana, 2007), hlm 179

<sup>15</sup> Susi Susanti, *Modifikasi Ijtihad Hakim Pengadilan Agama dan relevansinya terhadap Hukum Islam*, *Al-Qistu* 17 (1), 2019, pp. 27-33, hlm 27

<sup>16</sup> Abdul Manan. *Etika hakim dalam penyelenggaraan peradilan: Studi Kajian dalam Sistem Peradilan Islam*. (Jakarta: Kencana, 2007), hlm 179

terkandung dalam setiap Undang-undang yurisprudensi, doktrin, perjanjian, kebiasaan, perilaku manusia yang beradab. Selain itu, penemuan hukum juga tidak dapat mengabaikan tujuan dari pembentuk dan pembentukan Undang-undang, karena hal itu merupakan jiwanya. Tanpa hal tersebut sebuah Undang-undang tidak ada artinya.<sup>17</sup>

Dalam perspektif sistem peradilan, hakim memegang peranan yang sangat penting, ia tidak hanya sebagai penegak hukum dan keadilan tetapi ia juga sebagai pejabat Negara yang mempunyai tugas mulia dalam rangka mewujudkan Negara hukum, dan selalu memberikan kepastian hukum ditengah-tengah kehidupan bermasyarakat melalui putusan hukumnya di pengadilan. Hal ini mengingat dalam pandangan Jeremi Betham sebagaimana yang dikutip oleh proses persidangan harus menghasilkan putusan yang akurat, karena ada kolerasi antar proses persidangan dengan hasil persidangan dan nilai-nilai terkait dengan proses hukum. Dengan adanya ijtihad para Hakim agama dalam hal hukum perdata Islam akan membawa dampak positif bagi pengembangan hukum Islam. Dalam hal hukum keluarga diharapkan adanya putusan-putusan baru yang diciptakan oleh hakim dari hasil ijtihadnya yang sesuai dengan persoalan yang dihadapi masa sekarang yang akan mempermudah penyelesaian perkara-perkara baru yang membutuhkan ijtihad hakim tersebut.<sup>18</sup>

Pemahaman Hakim Agama terhadap perkara-perkara yang diterima oleh Pengadilan Agama, dan diselesaikan dengan jalan pemahamannya tentang Al-Qur'an dan Hadits Nabi sebagai sumber utama hukum Islam, dan sumber hukum yang berlaku di Indonesia berupa Undang-undang No.1 Tahun 1974, Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975 dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), Undang-undang No. 14 tahun 1970 tentang kekuasaan kehakiman, Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang peradilan Agama. Hal tersebut akan menjadi lengkap, apabila digabungkan dengan metode-metode ijtihad yang sesuai dengan pokok permasalahan perkara yang sedang dihadapi oleh para hakim Pengadilan

---

<sup>17</sup> Jaenal Arifin. *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), hlm 469

<sup>18</sup> Jaenal Arifin. *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), hlm 469

Agama untuk menghasilkan putusan berdasarkan hasil ijtihad mereka dalam upaya pengembangan hukum Islam.

Para mujtahid terdahulu dalam berijtihad, merumuskan beberapa cara atau metode yang mereka gunakan dalam berijtihad. Ada beberapa macam metode ijtihad hasil rumusan mujtahid, diantaranya ada metode ijtihad yang merupakan ciri khas (hasil temuan) seorang mujtahid yang berbeda dari hasil temuan mujtahid lainnya. Adanya perbedaan metode ijtihad ini berimplikasi pada munculnya perbedaan antara hasil ijtihad seorang mujtahid dengan yang lainnya perbedaan tersebut ditentukan oleh jenis petunjuk dan bentuk pertimbangan yang dipakai oleh masing-masing mujtahid dalam berijtihad.

Ijtihad dengan berbagai metodenya dipandang sebagai sumber hukum yang berkewenangan dengan kedudukan dibawah Al-Qur'an dan Sunnah. Metode ijtihad bagi setiap ulama berbeda-beda dalam mengklasifikasinya, namun menurut penulis metode yang kebanyakan digunakan oleh para mujtahid dalam berijtihad adalah *Ijma'*, *Qiyas*, *Istihsan*, *Istishab*, *Maslahah Mursalah*, *Urf*, *Zadd Zari'ah*.<sup>19</sup>

Terdapat beberapa metode yang digunakan oleh hakim dalam berijtihad ketika menyelesaikan perkara yang masuk, utamanya yang digunakan oleh para Hakim di Pengadilan Agama di Indonesia, diantaranya :

#### 1. Metode Kemaslahatan

Adanya penetapan hukum berdasarkan atas asas kemaslahatan tidak lain untuk mencapai tujuan syari'at, oleh karena itu akan tercipta suatu fleksibilitas dalam syari'ah itu sendiri. Hasbi Al-Shiddieqy dalam hal ini memberikan sebuah pernyataan bahwa metode yang paling relevan dan memungkinkan untuk diterapkan dalam penetapan hukum Islam di tengah masa yang terus berkembang adalah metode maslahat.<sup>20</sup>

#### 2. Metode Kontemporer

Pada perkembangannya para ahli hukum Barat juga telah merumuskan seperangkat metode penemuan hukum yang dapat dipedomani oleh Hakim.

---

<sup>19</sup> Susi Susanti, *Modifikasi Ijtihad Hakim Pengadilan Agama dan relevansinya terhadap Hukum Islam*, Al-Qistu 17 (1), 2019, pp. 27-33, hlm 29

<sup>20</sup> Hasbi Ash Shiddieqy. *Syari'ah Islam Menjawab Tantangan Zaman*. (Jakarta: Bulan Bintang. 1987), hlm. 223

Metode penemuan hukum tersebut meliputi penemuan hukum dengan cara interpretasi, argumentasi dan penemuan hukum bebas.<sup>21</sup>

Ijtihad adalah konsep yang fundamental dan sangat aktif dalam pembentukan syari'ah selama abad VIII dan IX M. begitu syari'ah matang sebagai suatu sistem perundang-undangan dan pengembangan berbagai prinsip dan aturan yang segar dirasakan sudah cukup, maka ruang tampak menyempit menuju titik kepunahan. Fenomena ini dikenal dalam sejarah yurisprudensi sebagai tertutupnya pintu ijtihad. Pintu itu dikenal mayoritas kaum muslimin telah tertutup sejak abad X M hingga hari ini. Namun banyak Ulama kontemporer menuntut dibukanya kembali pintu ijtihad.<sup>22</sup>

Menurut Hasbi, ijtihad merupakan unsur utama dalam perkembangan adaptabilitas hukum Islam sejak zaman Nabi. Sebagai konsekuensinya, kesepakatan yang entah dari mana asalnya tetapi mendominasi, bahwa "pintu ijtihad telah tertutup" merupakan sikap yang dapat menghancurkan syari'ah karena makna penting ijtihad sebagai teori yang aktif, produktif, dan konstruktif dihambat oleh konsensus ini.<sup>23</sup>

## 2. Teori *Maslahah*

Menurut bahasa, kata *maslahah* berasal dari Bahasa Arab dan telah dibakukan ke dalam Bahasa Indonesia menjadi kata *maslahat*, yang berarti mendatangkan kebaikan atau yang membawa kemanfaatan dan menolak kerusakan.<sup>24</sup> Menurut bahasa aslinya kata *maslahah* berasal dari kata *salahu*, *yasluhu*, *salahan*, *صلاح*, *يصلح*, *صلح* artinya sesuatu yang baik, patut, dan

---

<sup>21</sup> Sudikno, Martokusumo. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. (Jakarta: PT. Intermasa, 2001). Hlm 11

<sup>22</sup> Abdullahi Ahmed An-Naim. *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rigt, and International Law*. (Syracuse: Syracuse University Press, 1996), hlm. 46

<sup>23</sup> Hasbi Ash Shiddieqy. *Beberapa Permasalahan Hukum Islam*. (Jakarata: Tintamas. 1975), hlm. 3-4

<sup>24</sup> Munawar Kholil, *Kembali Kepada Al-Quran dan As-Sunnah*, (Semarang : Bulan Bintang), hlm. 43

bermanfaat.<sup>25</sup> Sedang kata *mursalah* artinya terlepas bebas, tidak terikat dengan dalil agama (Al-Qur'an dan Hadits) yang membolehkan atau yang melarangnya.<sup>26</sup>

Menurut Abdul Wahab Khallaf, *masalah mursalah* adalah masalah di mana syari' tidak mensyari'atkan hukum untuk mewujudkan masalah, juga tidak terdapat dalil yang menunjukkan atas pengakuannya atau pembatalannya.<sup>27</sup>

Sedangkan menurut Muhammad Abu Zahra, definisi *masalah mursalah* adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan syari' (dalam mensyari'atkan hukum Islam) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.<sup>28</sup> Dengan definisi tentang *masalah mursalah* di atas, jika dilihat dari segi redaksi nampak adanya perbedaan, tetapi dilihat dari segi isi pada hakikatnya ada satu kesamaan yang mendasar, yaitu menetapkan hukum dalam hal-hal yang sama sekali tidak disebutkan dalam Al-Qur'an maupun Al-Sunnah, dengan pertimbangan untuk kemaslahatan atau kepentingan hidup manusia yang bersendikan pada asas menarik manfaat dan menghindari kerusakan.

Izzudin bin Abd al-Salam di dalam kitabnya *Qawaid al-Ahkam fi Mushalih al-anam* mengatakan bahwa seluruh syariah itu adalah *maslahat*, baik dengan cara menolak *mafsadah* atau dengan meraih *maslahat*. Apabila diantara yang *maslahat* itu banyak dan harus dilakukan salah satunya pada waktu yang sama, maka lebih baik dipilih yang paling *maslahat*. Demikian pula sebaliknya apabila menghadapi *mafsadah* pada waktu yang sama, maka harus di dahulukan *mafsadah* yang paling buruk akibatnya. Apabila berkumpul antara *maslahat* dan *mafsadat* maka yang harus dipilih adalah yang *maslahatnya* lebih banyak (lebih kuat) dan apabila sama banyaknya atau sama kuatnya maka menolak *mafsadah* lebih utama dari meraih *maslahat*, sebab menolak *mafsadah* itu sudah

---

<sup>25</sup> Muhammad Yunus, *Kamus Arab Indonesia*, (Jakarta: Yayasan Penyelenggaraan Penerjemah dan Penafsir Al-Qur'an. 1973), hlm. 219.

<sup>26</sup> Munawar Kholil, , *Kembali Kepada Al-Quran dan as-Sunnah*, (Semarang : Bulan Bintang), hlm. 43

<sup>27</sup> Abdullah Wahab Khallaf, *Ilmu Ushulul Fiqh*, terj. Noer Iskandar al-Bansany, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, Cet-8, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2002), hlm. 123.

<sup>28</sup> Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqh*, terj. Saefullah Ma'shum, et al., *Ushul Fiqih*, (Jakarta : Pustaka Firdaus, 2005), hlm 424.

merupakan kemaslahatan. Hal ini sesuai dengan kaidah, “Menolak *Mafsadah* didahulukan daripada meraih *maslahat*”.<sup>29</sup>

*Mashlahah Mursalah* ini selaras dengan asas hukum Islam, dimana hukum Islam berprinsip kemaslahatan hidup, yang segala sesuatu mendatangkan kebaikan, berguna, berfaedah bagi kehidupan. Asas kemaslahatan hidup memberikan arti bahwa hubungan perdata dapat dilakukan asal hubungan itu mendatangkan kebaikan, berguna dan berfaedah bagi kehidupan manusia secara pribadi dan masyarakat. Selain asas tersebut masalah mursalah juga sesuai dengan asas hukum islam yang lain yaitu menolak mudarat dan mengambil manfaat, asas ini mengandung makna harus dihindari segala bentuk hubungan perdata yang mendatangkan kerugian madhrat dan mengembangkan (hubungan perdata) yang bermanfaat bagi diri sendiri dan masyarakat. Dalam asas ini terkandung juga pengertian bahwa menghindari kerusakan harus diutamakan dari memperoleh (meraih) keuntungan.<sup>30</sup>

Hakim tidak hanya bertindak sebagai corong undang-undang, namun harus memperhatikan rasa keadilan yang ada dalam masyarakat.<sup>31</sup> Bagi hakim dalam melakukan aktivitas penemuan hukum bersifat bebas dan undang-undang diletakan sebagai sarana bukan tujuan hukum bagi hakim.<sup>32</sup>

Sistem hukum yang menunjang untuk terciptanya dua hal tersebut, setiap sistem mengandung beberapa asas yang menjadi pedoman dalam pembentukannya. sifat sistem itu menyeluruh dan terstruktur yang seluruh komponennya bekerja sama dalam hubungan fungsional. Sehingga hukum merupakan susunan atau tatanan teratur dari aturan-aturan hidup, keseluruhannya terdiri dari bagian-bagian yang berkaitan satu sama lainnya.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*, (Jakarta : Kencana, 2006), hlm. 27-29

<sup>30</sup> Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1998), hlm. 120-121

<sup>31</sup> Jimly Ashidiqi, *Gagasan Negara Hukum Indonesia*, (Jakarta : Konstitusi Press), hlm. 11-12

<sup>32</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta : Liberty, 2007), hlm. 51

<sup>33</sup> Abdoel Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia Edisi Revisi*, (Jakarta : Raja grafindo Persada, 2012). Hlm 68

Fungsi sistem hukum yang dimaksud adalah (1) Sebagai bagian dari sistem kontrol sosial (*social control*) yang mengatur perilaku manusia; (2) Sarana untuk menyelesaikan sengketa (*dispute settlement*) (3) Sebagai *social engineering function*; (4) *Social maintenance* yaitu fungsi yang menekankan peranan hukum sebagai pemeliharaan *status quo* yang tidak menginginkan perubahan.<sup>34</sup>

### 3. Teori Penegakan Hukum

Pengertian penegakan hukum dapat juga diartikan penyelenggaraan hukum oleh petugas penegak hukum dan oleh setiap orang yang mempunyai kepentingan sesuai dengan kewenangannya masing-masing menurut aturan hukum yang berlaku. Penegakan hukum pidana merupakan satu kesatuan proses diawali dengan penyidikan, penangkapan, penahanan, peradilan terdakwa dan diakhiri dengan pemasyarakatan terpidana.<sup>35</sup>

Menurut Soerjono Soekanto, mengatakan bahwa penegakan hukum adalah kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah mantap dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir. Untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.<sup>36</sup>

Secara konsepsional, maka inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan didalam kaidahkaidah yang mantap dan mengejawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.<sup>37</sup>

Berdasarkan penjelasan-penjelasan tersebut diatas dapatlah ditarik suatu kesimpulan sementara, bahwa masalah pokok daripada penegakan hukum sebenarnya terletak pada faktor-faktor yang mungkin mempengaruhinya. Faktor-

---

<sup>34</sup> Nurhasanah dan Hotnidah Nasution, *Kecenderungan Masyarakat Memilih Lembaga Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, Ahkam, Vol. XVI, No. 2, Juli 2016. Hlm. 275-276

<sup>35</sup> Harun M.Husen, 1990, *Kejahatan dan Penegakan Hukum Di Indonesia*, (Jakarta : Rineka Cipta, 1990), Hlm 58

<sup>36</sup> Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, (Jakarta : UI Pres, 1983) Hlm 35

<sup>37</sup> Soejono soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1993), Hlm. 13

faktor tersebut mempunyai arti yang netral, sehingga dampak positif atau negatifnya terletak pada isi faktor-faktor tersebut. Faktor-faktor tersebut, adalah sebagai berikut :<sup>38</sup>

a. Faktor Hukum

Yang meliputi konsep hukum adalah semua peraturan dan kaidah-kaidah atau norma yang oleh anggota masyarakat dijadikan patokan berinteraksi dengan terciptanya ketertiban dan ketentraman di dalam ini di batasi pada undang-undang saja yang di dalam arti material adalah peraturan tertulis yang berlaku umum dan dibuat oleh pengusaha maupun daerah yang satu.

Di dalam proses penegakan hukum biasanya terjadi bahwa kelemahan-kelemahan dan kekurangan-kekurangan yang melekat pada hukum itu sendiri yang justru menjadi sumber kegagalan proses penegakan hukum. Hal itu tidak mustahil, sebab kadangkala terdapat rumusan atau kaidah hukum yang tidak jelas dan membuka peluang penafsiran yang beragam, atas dasar kaidah hukum yang satu dengan yang lain, mengenai hal yang sama yang bertentangan. Sikap hukum yang demikian sering menimbulkan keraguan terhadap para subyek hukum.

Apabila tidak ada masalah dengan faktor hukum tadi, maka hukum yang berlaku sudah dianggap baik, akan tetapi hukum itu sendiri dalam wujudnya peraturan tidak jelas dapat melakukan sendiri. Dari sinilah masuknya peranan para penegak hukum yang tidak lain adalah manusia.

b. Faktor Penegak Hukum

Secara sosiologi, maka setiap penegak hukum tersebut mempunyai kedudukan dan peranan. Kedudukan sosial merupakan posisi tertentu didalam struktur kemasyarakatan yang mungkin tinggi, sedang dan rendah. Kedudukan tersebut sebenarnya merupakan suatu wadah, yang isinya adalah hak dan kewajiban tertentu. Hak dan kewajiban merupakan peranan.

---

<sup>38</sup> Soejono soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, hlm 4-5

c. Faktor Sarana dan Fasilitas

Tanpa adanya sarana atau fasilitas tertentu, maka tidak mungkin penegakan hukum akan berlangsung dengan lancar. Sarana atau fasilitas tersebut, antara lain, mencakup tenaga manusia yang berpendidikan dan terampil. Organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup, dan seterusnya. Selain itu tidak lengkapnya atau tidak adanya sarana atau fasilitas tersebut, akan mengkin penegakan hukum menyerasikan peranan yang seharusnya dengan peranan yang aktual.

d. Faktor Masyarakat

Penegakan hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian didalam masyarakat. Dengan begitu maka masyarakat dapat mempengaruhi penegakan hukum. Penegakan hukum bukanlah meruakan suatu kegiatan yang berdiri sendiri, melainkan mempunyai hubungan timbala balik yang erat dengan masyarakatnya. Dan diketahui pula untuk mencapai kedamaian harus ada kepatuhan dari masyarakat. Dan keatuhan tersebut antara lain ditentukan ada kesadaran hukum. Kesadaran hukum merupakan nilai-nilai yang terdapat didalam diri manusia tentang hukum yang ada atau tentang hukum yang diharapkan akan ada. Dalam melaksanakan penetapan hukum, selain faktor kesadaran hukum masyarakat perlu pula memperhatikan nilai-nilai budaya masyarakat.

Keempat faktor tersebut di atas saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, serta juga merupakan tolok ukur daripada efektivitas penegakan hukum

Pembuktian merupakan salah satu proses pemeriksaan perkara di pengadilan yang nantinya akan mencapai proses akhir yaitu sebuah putusan atau penetapan. Menurut Ahmad Mujahidin, membuktikan adalah meyakinkan majelis hakim tentang dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan<sup>39</sup>

Alat bukti merupakan hal penting dalam pembuktian di muka persidangan, dalam pasal 164 HIR/ Pasal 284 Rbg dan pasal 1866 KUH Perdata terdapat 5 jenis

---

<sup>39</sup> Ahmad Mujahidin, *Pembaharuan Hukum Acara Peradilan Agama*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2012). Hlm 173

alat bukti di persidangan, salah satunya adalah alat bukti saksi. Dalam pasal 171 (1) HIR, Pasal 308 (1) R.Bg dan Pasal 1907 KUH Perdata diatur bahwa yang menjadi saksi itu harus memberikan keterangan dari hal-hal yang ia dapat melihat, mendengar atau dapat meraba sendiri. Apa yang ia tahu dari keterangan orang lain atau berdasarkan pengetahuan umum yang ada di masyarakat tidaklah diperkenankan.<sup>40</sup>

Pembuktian dengan saksi dilakukan untuk membantu hakim menyelesaikan perkara, hakim akan melihat dan menilai alat bukti di persidangan, sebelum akhirnya menjatuhkan putusan. Hakim sebagai penegak hukum harus memperhatikan rasa keadilan, serta wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat, sebagaimana diatur dalam pasal 28 ayat (1) Undang-Undang nomor 4 Tahun 2004. Menurut penjelasan pasal ini, hakim berperan dan bertindak sebagai peumus dan penggali nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.<sup>41</sup>

Syarat saksi terdapat dua bentuk syarat saksi dalam hukum Islam yaitu, syarat saksi umum dan syarat saksi khusus. Syarat saksi umum yang mencakup semua bentuk kesaksian, dan syarat saksi khusus yang berkaitan dengan bentuk kesaksian yang berbeda-beda. Adapun syarat umum saksi adalah sebagai berikut:

- a. Berakal dan baligh
- b. Merdeka
- c. Islam
- d. Dapat Melihat
- e. Dapat Berbicara
- f. Adil
- g. Tidak Dicurigai

Adapun syarat-syarat saksi khusus berkaitan dengan kesaksian tertentu yaitu:

---

<sup>40</sup> R. Tresna, *Komentor HIR*, (Jakarta: PT Pradya Paramita, 2001), hlm

<sup>41</sup> Yahya Hrahap, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), hlm. 798

- a. Persyaratan jumlah dalam kesaksian terhadap masalah yang (biasanya) diketahui oleh kaum lelaki.
- b. Adanya kesesuai antara dua kesaksian jika memang kesaksian tersebut lebih dari satu.
- c. Saksi yang menyaksikan secara langsung dengan mata kepala atas kejadian tersebut.

Adapun syarat-syarat saksi dalam perkawinan juga diatur dalam Kompilasi hukum Islam (KHI) yang terdapat di dalam pasal 24, 25, dan 26. Adapun ketentuan Pasal 24 ialah saksi dalam perkawinan merupakan rukun pelaksanaan akad nikah. Setiap perkawinan harus disaksikan oleh dua orang saksi, selanjutnya di Pasal 25 menyatakan yang dapat ditunjuk menjadi saksi dalam akad nikah ialah seorang laki-laki muslim, adil, akil balig, tidak terganggu ingatan, dan tidak tuna rungu atau tuli. kemudian, dijelaskan kembali dalam Pasal 26 yang menyatakan saksi harus hadir dan menyaksikan secara langsung akad nikah serta menandatangani akta nikah pada waktu dan ditempat akad nikah berlangsung.<sup>42</sup>

Syarat-syarat saksi dalam hukum acara perdata terbagi menjadi dua yaitu syarat formil dan syarat materil, kedua syarat tersebut bersifat kumulatif, apabila terdapat salah satu syarat saksi formil dan materil mengandung cacat maka alat bukti saksi tersebut tidak sah. Adapun syarat formil saksi ialah sebagai berikut:

- a. Orang yang cakap menjadi saksi
- b. Keterangan disampaikan disidang Pengadilan
- c. Penegasan mengundurkan diri sebagai saksi, dan menyatakan kesediaan diri untuk diperiksa sebagai saksi
- d. Saksi diperiksa satu persatu
- e. Mengucapkan sumpah atau janji sebelum memberi kesaksian

Adapun syarat materil saksi dalam hukum acara perdata ialah sebagai berikut:

---

<sup>42</sup> Mardani, *Hukum Keluarga Islam di Indonesia*, (Jakarta: Prenamedia Group, 2016), hlm. 46

- a. Keterangan seorang saksi yang digunakan sebagai alat bukti tidak sah, karena saksi yang dapat dijadikan alat bukti yang sah ialah saksi yang berjumlah dua orang.
- b. Keterangan yang diberikan saksi harus berdasarkan sumber pengetahuan yang ia alami, ia dengar, ia lihat sendiri, hal ini berdasarkan Pasal 171 ayat (1) HIR dan Pasal 1905 ayat (1) KUH Perdata.
- c. Keterangan saksi yang diberikan harus bersesuaian antara satu dengan yang lain. Hal diatur dalam pasal 170 HIR dan Pasal 1908 KUH Perdata.

Dalam praktek hukum acara perdata pada umumnya terdapat tiga macam saksi yaitu:<sup>43</sup>

- a. Saksi yang dihadirkan tentang keberadaannya sangat diperlukan karena telah menyaksikan suatu peristiwa dalam suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh para pihak yang membutuhkannya terdapat dalam Pasal 1902 BW.
- b. Saksi yang kebetulan pada saat terjadinya suatu peristiwa hukum tersebut, saksi ini melihat, mendengar dan mengalami menyaksikan secara langsung, bukan mendengar dari cerita orang lain.
- c. Kesaksian dari pendengaran atau *testimonium de auditu* , kesaksian yang pada umumnya tidak melihat, mendengar, dan mengalami secara langsung atas terjadinya peristiwa hukum, namun, saksi ini dalam memberikan kesaksian hanya mendengar cerita dari orang lain.

## **G. Langkah-Langkah Penelitian**

### **1. Metode Penelitian**

Metode penelitian yang digunakan yaitu metode *deskriptif analitis* yang tujuannya yaitu untuk memberikan gambaran secara sistematis, faktual dan akurat dengan analisis data digeneralisasi menuju ke data populasi.<sup>44</sup> Sehingga dengan pendekatan-pendekatan dan metode tersebut data yang diperoleh

---

<sup>43</sup> Sarwono, *Hukum Acara Perdata Teori Dan Praktik*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hlm. 256

<sup>44</sup> Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cetr. 19, (Depok : Raja Grafindo Persada, 2019). Hlm. 35

dikupas dan dibahas dengan pendekatan tersebut agar mendapatkan jawaban atas pertanyaan dan masalah penelitian secara bulat dan komprehensif.

## 2. Sumber Data

Penelitian ini bersumber dari data sekunder atau bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini yaitu buku-buku teks hukum, kamus hukum, ensiklopedia hukum, jurnal hukum, peraturan perundang-undangan serta pendapat ahli. Bahan hukum sekunder ini digunakan untuk memberikan tinjauan yang luas tentang pokok persoalan dan mengidentifikasi perundang-undangan (*statutes*), regulasi (*regulation*), ketentuan-ketentuan pokok (*constitutional provision*) dan kasus penting yang berkaitan dengan topik penelitian, serta memberikan deskripsi dan analisis hukum beserta perkembangannya.<sup>45</sup>

## 3. Teknik Pengumpulan Data

Penelitian ini menggunakan studi pustaka untuk mendapatkan data sekunder menggunakan teknik studi pustaka, hal ini bisa membantu peneliti mendapatkan gambaran atau informasi tentang permasalahan yang sedang diteliti. Kepustakaan dapat dibagi menjadi dua yaitu: Pertama; Acuan umum yang merupakan konsep-konsep, teori-teori, dan informasi yang bersifat umum. Kedua; acuan khusus berisi hasil penelitian terdahulu yang berkaitan dengan masalah penelitian.

## 4. Analisis Data

Miles dan Huberman mengemukakan bahwasannya aktivitas analisis data dapat dilakukan dengan *data reduction*, *data display*, dan *conclusion*

---

<sup>45</sup> Dyah Ochtorina Susanti dan A'an Efendi, *Penelitian Hukum (Legal Research)*, Cet. 3, (Jakarta : Sinar Grafika, 2018). Hlm. 90

*drawing/verification*.<sup>46</sup> Data yang sudah dikumpulkan kemudian secara umum dianalisis melalui langkah-langkah sebagai berikut<sup>47</sup>:

- a. Mengkaji semua data yang terkumpul dari sumber sekunder;
- b. Menginventarisir seluruh data dalam satuan-satuan sesuai dengan masalah yang diteliti;
- c. Menghubungkan data dengan teori yang sudah dikemukakan dalam kerangka pemikiran;
- d. Menarik kesimpulan dari data-data yang dianalisis dengan memperhatikan rumusan masalah dan kaidah-kaidah sehingga diperoleh suatu kesimpulan dan gambaran sesuai dengan identifikasi masalah.



---

<sup>46</sup> Moh. Nasir, *Metode Penelitian*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1988). Hlm 206

<sup>47</sup> Sri Mamudji. *Metode Penelitian Hukum*. (Jakarta: Fakultas Hukum UI, 2005). Hlm. 67.