

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Kehidupan manusia dari waktu ke waktu terus berkembang sesuai dengan keadaan yang terjadi pada sekitar kehidupan yang dialami, dirasakan, dinikmati manusia. Tegasnya kehidupan sosial manusia selalu berubah-ubah dan mengalami transformasi yang membawa dampak positif dan negatif. Hal tersebut merupakan realitas sekaligus tantangan bagi manusia (khususnya Umat Islam) yang mesti dihadapi dan direspon. Walaupun demikian, konsep-konsep hukum harus tetap dapat menjawab berbagai perkembangan kehidupan manusia tersebut, karena ajaran Islam sesuai dengan perubahan-perubahan zaman

Arus modernisasi yang dihembuskan oleh Dunia Barat meliputi hampir sebagian besar negara-negara mayoritas umat Islam yang mengakibatkan munculnya berbagai perubahan dalam tatanan sosial umat Islam, baik yang menyangkut ideologi, politik, sosial, budaya dan aspek kehidupan lainnya. perubahan tersebut cenderung menjauhkan umat dari nilai-nilai agama. Menurut Muhammad Azhar, hal tersebut terjadi karena perubahan yang terjadi melahirkan simbol-simbol sosial dan kultural yang secara eksplisit tidak dimiliki oleh simbol keagamaan (ajaran Islam, syari'at Islam secara eksplisit) yang telah mapan ataupun juga disebabkan kemajuan akibat modernisasi tidak diimbangi dengan pembaharuan hukum dan pemikiran keagamaan¹

Indonesia sekarang ini, pola kehidupan sosial masyarakat Indonesia pun tidak luput dari dampak arus modernisasi, terlebih di abad 21 dengan didengungkannya globalisasi yang menitik-beratkan penyebaran pengaruhnya melalui mass media komunikasi dan informasi nampaknya sedikit banyak telah membawa hasil yang

¹ Muhammad Azhar, *Fiqh Kontemporer Dalam Pandangan Aliran Neo-Modernisme Islam*, Pustaka Hidayah, Yogyakarta, 1996, h. 15

mengagetkan. Sebagaimana dilansir dalam media massa Koran Tempo, berdasarkan penelitian yang dilakukan oleh Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia (YLKI) bersama Fakultas Ilmu Sosial Universitas Negeri Jakarta (UNJ) bulan Maret lalu bahwa: “Dari 500 murid SMU di Jakarta, 4,2 persennya pernah melakukan hubungan di luar nikah --- 5 diantaranya mengalami kehamilan dan 4 diantaranya pernah melakukan aborsi --- Dari kasus tersebut menunjukkan 39 persen remaja mendapat informasi tentang seks dari media massa diantaranya Internet”²

Data tersebut di atas setidaknya menunjukkan bahwa pergaulan bebas antara muda-mudi sekarang ini akan berdampak buruk yang tidak dikehendaki, yakni di antaranya masalah kehamilan di luar pernikahan, sebagaimana dilansir Koran Tempo dalam rubrik Kosmopolitan-nya bahwa :

“Dewasa ini nampaknya pergaulan bebas antara pria dan wanita telah menjadi *trend* dan tidak hanya terjadi pada muda-mudi yang dalam perkembangan jiwanya masih labil tetapi justeru telah memasuki pula pengaruhnya dikalangan manusia dewasa yang lebih mantap lagi, yaitu tercatat proporsi tertinggi kategori usia antara 20-24 tahun 73 persen, kategori 30-34 tahun 24 persen”³

Data tersebut melahirkan icon-icon, idiom-idiom dan simbol sosial dalam kehidupan sosial masyarakat di Indonesia sekarang ini, seperti *one night soul* (percintaan/kencan satu malam), *make love after lunch* (percintaan setelah makan siang) dan lainnya. Semua itu bukan merupakan budaya dan kebiasaan orang Timur yang menjunjung tinggi moral dan etika bahkan norma agama. Kenyataan kehidupan sosial tersebut merupakan permasalahan kontemporer yang secara eksplisit Hukum Islam sudah menjelaskan, namun dalam tataran praktis belum diaktualisasikan. Yusuf Qardhawiy memberikan pandangan bahwa :

² Koran Tempo, Edisi Selasa, 15 Juli 2003, h B1

³ Koran Tempo, Rabu, 20 Maret 2003, h . B1

“Ajaran Islam dapat dijadikan sebagai solusinya dimana ajaran merupakan suatu pedoman cara hidup dan sosial yang universal dan dapat digali melalui pemahaman maqasid syar’i dengan jalan berijtihad”⁴

Fenomena sosial tersebut menyebabkan hamil di luar pernikahan (sebelum nikah yang sah), anak-anak lahir di luar nikah telah menimbulkan keresahan dan menjadi problema yang membutuhkan pemecahan. Seperti yang digambarkan Cut Aswar bahwa sikap merasa malu orang tua apabila kebetulan anak putrinya hamil di luar nikah berusaha kalau cucunya lahir ada ayahnya. Untuk itu mereka berusaha menikahkan putrinya dengan seorang laki-laki atau laki-laki yang menghamilinya, terkadang upaya tersebut tidak pula memperhatikan akibat hukum dari perkawinan tersebut terutama mengenai kedudukan hukum anak yang akan dilahirkan.⁵

Pada sisi lain sebagaimana telah kita mafhumi bahwa Al-Qur’an sebagai sumber hukum Islam, telah selesai diturunkan seluruhnya dalam waktu 22 tahun 2 bulan 22 hari, yaitu dari malam 17 Ramadhan tahun 41 dari kelahiran Nabi sampai dengan tanggal 9 Dzulhijjah Haji Wada’ tahun 63 dari kelahiran Nabi atau tahun 10 H.⁶ Ayat-ayatnya harus dapat memberikan pedoman bagi umat Islam untuk menjawab berbagai tantangan dan perkembangan yang terjadi ditengah-tengah kehidupan manusia.

Kandungan ayat al-Qur’an tersebut ada ayat-ayat yang telah terperinci yang dinamakan ayat *muhkamat*. Ayat yang *muhkamat* tersebut langsung dapat dimengerti dan dipahami maksudnya dan nilai kandungan hukumnya bersifat *qathiyu al-dalalah*. Sedangkan sebagian ayat lagi merupakan ayat yang *mutasabihat*, yaitu ayat yang tidak dapat dimengerti secara langsung dan difahami maknanya sehingga harus mendapatkan pengamatan dan penelitian yang sungguh-sungguh (*ijtihad*)

⁴ Yusuf Qardhawy, *Malamih Al-Mujtama Al-Muslim Alladzi Nansyuduhu (Terjemah : Anatomi Masyarakat Islam – Setiawan Budi Utomo)*, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta, 1993, h. vii

⁵ Cut Aswar, *Problematika Hukum Islam Kontemporer; Hukum Menikahi Wanita Hamil Karena Zina*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 1994, h. 44

⁶ Hudhari Bik, *Tarikh Tasyri’ Al-Islami*, (Mohamad Zuhri), Rajamurah Al-Qanaah, 1980, h. 5-6

dalam memahami kandungan hukumnya, sehingga nilai isi ayatnya bersifat *dhanniyu al-dalalah*.⁷

Ijtihad terhadap ayat-ayat yang *mutasabihat* tersebut diperlukan bekal-bekal keahlian untuk berijtihad sehingga hasil yang didapatkan oleh orang yang berijtihad secara maksimal dapat dijadikan pedoman umat Islam yang lain.

Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam merupakan prestasi yang luar biasa dalam berijtihad mengeluarkan fiqh dari ayat-ayat yang *mutasabihat*. Kompilasi Hukum Islam tersebut merupakan fiqh Indonesia karena ia disusun dengan memperhatikan kondisi kebutuhan hukum umat Islam Indonesia, yang berfungsi mempersatukan berbagai *fiqh* dalam menjawab satu persoalan *fiqh*. Ia mengarah kepada *unifikasi madzhab* dalam hukum Islam dan juga merupakan bentuk *kodifikasi* hukum yang menjadi arah pembangunan hukum Nasional Indonesia.⁸

Berkenaan dengan masalah “Kawin Hamil” jika dikorelasikan dengan peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia, sejauh ini tidak ada kebijakan khusus yang ditunjukkan masalah perempuan hamil di luar nikah --- Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan --- jelas secara eksplisit hanya mengakui perkawinan yang dilakukan menurut hukum agama dan kepercayaannya (Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Perkawinan). Bahkan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHPidana), sejauh ini juga tidak menganggap bahwa “Kehamilan di luar nikah” sebagai suatu kejahatan yang dapat dihukum.

Lahirnya Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang berusaha menjawab permasalahan “Kawin Hamil” dengan Pasal 53 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi “Seorang wanita hamil di luar nikah, dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya” ---bukan merupakan akhir dari

⁷Rosihan Anwar, *Ulumul Qur'an*, Pustaka Setia, Bandung, 2000, h. 125

⁸ Departemen Agama RI, *Sejarah Penyusunan Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia*, Direktorat Jendral Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Jakarta, 1998/1999, h. 134

jawaban permasalahan yang timbul dalam kehidupan umat, karena permasalahan akan selalu timbul dalam setiap rangkaian kehidupan.⁹

Bahkan jika kita perhatikan isi (batang tubuh) dari Undang-undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, hanya mengatur dan mengantisipasi akibat yang ditimbulkan oleh kehamilan di luar nikah, terutama yang berkaitan dengan status anak yang akan dilahirkan dari kehamilan di luar nikah tersebut¹⁰.

Menikahkan wanita dalam keadaan hamil terdapat dua dimensi yang menarik untuk dikaji secara ilmiah. Pertama, dimensi hukum tentang sah atau tidaknya pernikahan tersebut, serta bagaimana pendekatan dalil-dalil *syar'iy* dan pendapat-pendapat para ulama dalam menerapkannya. Kedua, dilihat dari aspek sosial masyarakat yang sampai sekarang beranggapan bahwa hamil di luar nikah merupakan 'aib dalam keluarga. Oleh karenanya di masyarakat Islam Kalimantan Barat (mungkin juga di daerah lain), sering dihadapkan dengan pernyataan dan pertanyaan, antara lain : untuk menghindari 'aib maksiat hamil diluar nikah, terkadang orang justeru sering menutupinya dengan maksiat lagi yang berlipat-lipat dan berkepanjangan.¹¹

Sebenarnya, menikahi wanita atau menikahkan wanita hamil karena zina bukanlah masalah baru. Hal ini pernah terjadi di masa Rasulullah. Oleh karena itu para ulama berdasarkan pemahaman mereka terhadap Al-Qur'an dan Hadits, telah berijtihad dan menetapkan hukumnya. Bahkan Umar bin Khatab pun telah memuat mengenai masalah menikahi atau menikahkan wanita hamil karena zina dalam kodifikasi fiqhnya, sebagaimana ditegaskan oleh Muhammad Rawas bahwa :

⁹ Departemen Agama RI, *Sejarah Penyusunan Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia*, Direktorat Jendral Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Jakarta, 1998/1999, h. 33

¹⁰Nursyahbani Katjasungkana, *Kebijakan Pemerintah Tentang Perempuan Hamil Di Luar Nikah, Nikah Di Bawah Tangan, Pelecehan Seksual dan Korban Kekerasan (Wanita Dalam Masyarakat Indonesia; Akses, Pemberdayaan dan Kesempatan- Ed. Atho Mudhar, dkk.)*, Sunan Kali Jaga Press, Yogyakarta, 2001, h. 121-122

¹¹ Dirbinbapera Departemen Agama R.I, *Analisa Hukum Islam Tentang Anak Luar Nikah*, Jakarta, Departemen Agama RI 2004, h. 105

“Orang laki-laki yang berzina itu tidak mempunyai hak pemilikan dan yang menyerupai atas diri wanita yang dizinainya”.¹²

Selanjutnya jika wanita hamil tersebut dinikahkan dengan orang yang menghamilinya, kemudian setelah terjadi pernikahan tidak pernah campur, karena motivasi pernikahannya terpaksa lalu mengajukan permohonan izin cerai talaq ke Pengadilan Agama, disitu akan muncul beberapa kajian, yaitu tentang kedudukan talaqnya, tentang masa `iddah yang akan diberikan kepada wanita yang hamil tersebut, maskawin yang pernah dibayarkan oleh suaminya dan juga tentang kedudukan/status hukum anak yang akan dilahirkan.

Analisis sementara mensinyalir, bahwa pada satu pihak setelah akad nikah terbukti tidak pernah campur, maka status talaqnya *qabla dukhul*, tidak mempunyai masa `iddah, dan maskawin hanya setengahnya yang menjadi hak si wanita tersebut, sebagaimana dalam al-Qur'an surat Al-Ahzab ayat 49 dan surat Al-Baqarah ayat 237:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا

“Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu menikahi perempuan-perempuan yang beriman, kemudian kamu ceraikan mereka sebelum kamu mencampurinya maka sekali-kali tidak wajib atas mereka `iddah bagimu yang kamu minta menyempurnakannya, maka berilah mereka mut'ah dan lepaskanlah mereka dengan cara yang sebaik-baiknya.”¹³

وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا
فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عِقْدُهُ يُكَافَأُ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ
لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

¹² Muhammad Rawas, *Mausu'ah Fiqhi Umar Ibnul Khatahab (Terjemah : Ensiklopedi Fiqh Umar bin Khatab)*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, h. 692

¹³ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Al-Hidayah, Surabaya, 2002, h. 675.

“Jika menceraikan isteri-isteri kamu sebelum kamu bercampur dengan mereka, padahal sesungguhnya kamu sudah menentukan maharnya maka bayarlah seperdua dari mahar yang telah kamu tentukan itu, kecuali jika isteri-isterimu itu memaafkan atau dimaafkan oleh orang yang memegang ikatan nikah. Dan Pemaafan kamu itu lebih dekat kepada takwa. Dan janganlah kamu melupakan keutamaan diantara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan”.¹⁴

Namun pada lain pihak wanita tersebut ditolak oleh suaminya dalam keadaan hamil, maka berdasarkan Al-Qur’an surat Al-Ṭalaq ayat 4 :

وَأَلْيٰى يَّيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِّنْ نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللّٰى لَمْ يَحْضَنْ وَأُولٰٓئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِن أَمْرِهِ يُسْرًا

“Dan perempuan-perempuan yang tidak haid lagi (menopause) diantara perempuan-perempuanmu jika kamu ragu-ragu tentang (masa `iddahnya) maka `iddah mereka adalah tiga bulan, dan begitu pula perempuan-perempuan yang tidak haid. Dan perempuan-perempuan yang hamil, waktu `iddah mereka itu ialah sampai mereka melahirkan kandungannya. Dan barangsiapa yang bertakwa kepada Allah, niscaya Allah menjadikan baginya kemudahan dalam urusannya”.¹⁵

Konsekwensi hukum dari *ṭalaq hamil* tersebut berarti *ṭalaq-nya ṭalaq raj'i*, yang berarti pula bahwa suami dapat merujuk isterinya jika belum sampai *ṭalaq* ketiga, ada kewajiban nafkah *`iddah* bagi suaminya selama dalam masa *`iddah* yaitu sampai wanita itu melahirkan, dan bagi si isteri berhak sepenuhnya terhadap *mahar* yang telah dibayarkan oleh suaminya pada saat melansungkan pernikahan.

Kasus s di atas menunjukkan lahirnya Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam Pasal 53 ayat (1) bukan hanya menyelesaikan masalah status pernikahan wanita hamil, akan tetapi menimbulkan masalah baru, jika kemudian setelah menikah dan belum terjadi hubungan sebagaimana layaknya suami

¹⁴Depatemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Al-Hidayah, Surabaya, 2002, h.. 8

isteri lalu si suami mengajukan Permohonan Izin Cerai Talaq, dan kasus semacam ini banyak terjadi dalam masyarakat karena sudah syarat dengan masalah sosiologis yang mempengaruhi masalah hukum diantaranya persepsi masyarakat bahwa kegadisan merupakan cerminan pribadi seorang wanita.

Berdasarkan identifikasi sementara, setidaknya permasalahan penting dari perceraian *qabla al-dukhūl* atas wanita hamil di luar nikah bermuara pada ketentuan hukum syariat Islam (fiqh) dan hukum positif mana yang tepat dijadikan payung hukum atas perbuatan hukum *talaq* tersebut. Apakah ketentuan hukum *talaq qabla al-dukhūl* atau *talaq* wanita hamil yang diterapkan dalam perbuatan hukum tersebut? Dan lebih jauh lagi permasalahan tersebut menjadi *urgent*, jika dikaitkan pula dengan adanya postulat logika hukum bahwa setiap perbuatan hukum mempunyai konsekuensi hukum atau berimplikasi pada tindakan hukum selanjutnya.

Konsekuensi/implikasi hukum dari perbuatan hukum menceraikan (*talaq*) dalam hukum Islam secara umum telah diatur dengan sistematis, diantaranya ketentuan `iddah, ketentuan mahar, dan ketentuan yang berkaitan dengan masalah *nasabiyah* (keturunan) atau masalah kedudukan dan status hukum anak pasca perceraian.

Terminologi sederhana `iddah adalah masa menunggu seorang wanita untuk melakukan perbuatan hukum lain setelah ia di cerai atau ditinggal mati oleh suaminya, yaitu hari yang dihitung dan dipergunakan bagi seorang perempuan selama ia suci dari haid.¹⁶

Mahar dalam fiqh munakahat, secara etimologi di Indonesia disebut “Maskawin”. Terminologi “mahar” menurut *fuqoha* adalah “Pemberian wajib dari calon suami kepada isteri sebagai ketulusan hati calon suami untuk menimbulkan rasa

¹⁵Depatemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Al-Hidayah, Surabaya, 2002, h.. 946

¹⁶ H.S.A. Alhamdani, *Risalah Nikah; Hukum Perkawinan Islam*, Pustaka Amani, Jakarta, 1989, h. 251

cinta kasih bagi seorang isteri kepada suaminya”¹⁷, sebagaimana firman Allah SWT. dalam surat An-Nisa ayat 4 :

وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ
هَنِيئًا مَّرِيئًا

Berikanlah maskawin (mahar) kepada wanita (yang kamu nikahi) sebagai pemberian dengan penuh kerelaan. Kemudian jika mereka menyerahkan kepada kamu sebagian dari maskawin itu dengan senang hati, maka makanlah (ambillah) pemberian itu (sebagai makanan) yang sedap lagi baik akibatnya.¹⁸

Imam Syafi'i mendefinisikan *mahar* sebagai “Sesuatu yang wajib diberikan oleh seorang laki-laki kepada perempuan untuk dapat menguasai seluruh anggota badannya”¹⁹.

Berkenaan dengan masalah nasabiyah (keturunan) prinsip ajaran Islam menyebutkan bahwa setiap anak mempunyai hubungan yang erat dengan ibu dan bapaknya, sehingga jika salah satunya meninggal dunia maka yang satunya menjadi ahli waris terhadap yang lainnya. Anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah atau anak yang lahir hasil pembuahan suami istri di luar rahim dan dilahirkan oleh istri tersebut.

Para ulama telah sepakat bahwa anak yang lahir karena hubungan suami istri dalam perkawinan yang sah, nasab atau hukum kewangsaan anak tersebut kembali kepada orang tua, yang kemudian orang itu lazimnya yang laki-laki disebut seorang bapak (ayah) dan seorang perempuan disebut seorang ibu²⁰.

¹⁷ Yahya Abdurrahman Al-Khatib, *Ahkam Al-Mar'ah Al-Hamil fi Syari'at Al-Islamiyyah*, Daar An-Nafais, Beirut, Libanon, I, 1999, hal. 98 (Terjemah : Abu Wafa', *Hukum-Hukum Wanita Hamil; Ibadah, Perdata dan Pidana*, Al-Izzah, Bangil-Jatim, 2003, h. 84)

¹⁸ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Al-Hidayah, Surabaya, 2002, h. 115

¹⁹ Abdurrahman Al-Jaziriy, *Al-Fiqh 'ala Madzahib Al-Arba'ah; Qism Ahwal Al-Syakhshiyah*, Juz IV, Dar Al-Irsyad, tt, h. 94

²⁰ Abdul Ghofar, Asyhari. *Hukum Perkawinan Antar Agama Menurut Agama Islam, Kristen Dan Undang-Undang Perkawinan*. CV Gramada, Jakarta, 1991, h. 81

Mengingat bahwa hakikat dari setiap *enforcement of law*, adalah selain agar hukum atau aturan ditaati, dipatuhi dan ajeg bahkan menjadi pedoman hidup (*Life of Law*) --- yang sudah menjadi sebuah postulat atau asumsi, bahwa hukum akan berfungsi dan bekerja serta hidup dalam masyarakat, jika dalam hukum (baik materi atau kaidahnya) dapat belaku secara yuridis, sosiologis dan filosofis, hal tersebut dalam ilmu hukum dikenal dengan "*Laws of Life*"²¹ --- juga dalam rangka memberikan perlindungan hukum dan lebih jauh lagi hukum tersebut memberikan kepastian hukum kepada setiap manusia selaku subjek dan objek hukum itu sendiri.

Betapapun sederhananya fenomena di atas, hal tersebut merupakan problematika hukum Islam sekarang ini. Meski Indonesia telah mempunyai Kompilasi Hukum Islam, yang identik orang menyebutnya sebagai Fiqih Indonesia, berkenaan dengan masalah di atas, Kompilasi Hukum Islam terutama Pasal 53 ayat (1), telah memberikan jalan keluar (solusi) dan memberikan kepastian hukum atas "Kawin Hamil". Sedangkan berkenaan dengan masalah perceraian *qabla al-dukhul* atas wanita hamil di luar nikah secara eksplisit belum ada. Realitas tersebut merupakan suatu hal yang baru (kontemporer), yang setidaknya telah melahirkan beberapa pertanyaan mendasar yang dirasakan menurut penulis untuk segera dipecahkan. Diantaranya bagaimana status dan kedudukan hukum perceraian (talaq) *Qobla al-Dukhul* tersebut, `iddah dan status hukum anak yang dilahirkan.

Provinsi memiliki pembagian administratif yang dibagi kedalam sejumlah karesidenan. Meskipun tidak digunakan lagi, namun untuk hal-hal tertentu dipergunakan. Provinsi Jawa Tengah terdapat enam (6) wilayah eks karesidenan, yaitu: Eks Karesidenan Banyumas, Eks Karesidenan Kedu, Eks Karesidenan Pati.

Eks Karesidenan Banyumas, meliputi: PA Banyumas. PA Banjarnegara, PA Cilacap, Purbalingga dekat dengan lokasi wisata baturaden yang sering dikunjungi wisatawan terutama kaum muda dan Kawasan Gang Sadar di Baturraden yang menjadi bekas lahan lokalisasi murah di Purwokerto. Bukit Bintang di Baturraden,

²¹ Soejono Soekanto, *Penegakkan Hukum*, BPHN-Dephan, Jakarta, 1983, h. 3

Purwokerto, Banyumas, Jawa Tengah, merupakan salah satu bekas tempat bisnis prostitusi alias esek-esek yang rami. Kini, kawasan itu berubah rupa menjadi tempat tongkrongan anak muda masa kini untuk menikmati gemerlap cahaya lampu kota di malam hari. Banyak penginapan murah di kawasan tersebut yang dibanderol mulai Rp. 50.000/kamar.²²

Provinsi Jawa Tengah dilaksanakan 300 ribu pernikahan tiap tahun, dan 72 ribu perceraian (talak dan gugat). Berdasarkan data catatan di Kemenag Provinsi Jateng, tahun 2018 terjadi pernikahan bawah umur sebanyak 3.275 dan bertambah lagi di tahun 2019 ini menjadi 3.865 pasangan. Panitera Muda Pengadilan Agama Semarang, Tazkiyaturobbiah, menjelaskan hampir 90 persen pasangan yang mengajukan dispensasi menikah yang sudah terlanjur hamil di luar nikah.²³

Penulis tertarik kepada Pengadilan Agama kresidenan Banyumas di wilayah hukum Pengadilan Tinggi Agama Semarang, yaitu Kresidenan Banyumas, dalam menentukan hukum tersebut dengan alasan banyaknya perkara tentang dan akibat perceraian *qobla al dukhul* terhadap pernikahan wanita hamil *zina*, juga ingin mengetahui Pandangan Hakim-hakim Pengadilan Agama Kresidenan Banyumas Propinsi Semarang Wilayah PTA Semarang dalam menentukan akibat-akibat perceraian tersebut agar tidak terjadi *disparitas* putusan Pengadilan.

B. Perumusan Masalah

Esensi dari uraian latar belakang masalah di atas mengisyaratkan bahwa permasalahan-permasalahan pokok yang akan dibahas dalam penelitian ini berdasarkan identifikasi permasalahan di atas setidaknya menurunkan perumusan masalah spesifik sebagai berikut :

²² Chelin Indra Sushmita, SOLOPOS.COM, Jateng 11 March 2022 (<https://www.solopos.com/gang-sadar-baturraden>) diakses tanggal 13 Januari 2023

²³ Artikel ini telah tayang di Tribun Jateng.com dengan judul Ada 3.865 pasangan Menikah di Bawah Umur di Jawa Tengah, Alasan Terbanyak Hamil di Luar Nikah, <https://jateng.tribunnews.com/2019/12/09/ada-3865-pasangan-menikah-di-bawah-umur-di-jawa-tengah-alasan-terbanyak-hamil-di-luar-nikah>. Diakses tanggal 14 Januari 2023

1. Bagaimana Kedudukan Hukum Perceraian Qabla al-Dukhul Wanita Hamil Di Luar Nikah Pada Putusan Pengadilan Agama eks-Kresidenan Banyumas Wilayah PTA Semarang
2. Bagaimana Kedudukan `iddah dan ruju Atas Perceraian Qobla al-Dukhul Terhadap Wanita Hamil Di Luar Nikah Pada Putusan Pengadilan Agama Kresidenan Banyumas Wilayah PTA Semarang
3. Bagaimana Metode Penemuan Hukum Yang Dipergunakan Oleh Hakim Pengadilan Agama Kresidenan Banyum Wilayah PTA Semarang Dalam Memutus Perkara Perceraian qabla al-dukhul Terhadap Wanita Hamil Diluar Nikah
4. Bagaimana Putusan Pengadilan Agama tentang Kedudukan Anak Atas Perceraian Qabla al-Dukhul Wanita Hamil Di Luar Nikah Pada Putusan Pengadilan Agama Kresidenan Banyum Wilayah PTA Semarang

C. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan permasalahan tersebut penulis menentukan tujuan penelitian sebagai berikut :

1. Untuk Menganalisis Pandangan hukum Hakim tentang Terhadap Kedudukan Hukum Perceraian Qobla al-Dukhul Wanita Hamil Di Luar Nikah Pada Putusan Pengadilan Agama Kresidenan Banyumas Wilayah PTA Semarang
2. Untuk Menganalisis Bagaimana Pandangan Hakim Terhadap Kedudukan `iddah dan ruju Atas Perceraian Qobla al-Dukhul Terhadap Wanita Hamil Di Luar Nikah Pada Putusan Pengadilan Agama Kresidenan Banyumas Wilayah PTA Semarang
3. Untuk Menganalisis Metode Penemuan Hukum Yang Dipergunakan Oleh Hakim Pengadilan Agama Kresidenan Banyumas Wilayah PTA Semarang Dalam Memutus Perkara Perceraian qabla al-dukhul Terhadap Wanita Hamil Diluar Nikah

4. Untuk Menganalisis Pandangan Hakim terhadap Tentang Kedudukan Hukum Terhadap Anak Putusan Pengadilan Agama Kedudukan Anak Atas Perceraian Qobla al-Dukhul Wanita Hamil Di Luar Nikah Pada Putusan Pengadilan Agama Kresidenan Banyumas Wilayah PTA Semarang

D. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini mempunyai dua kegunaan, sebagai berikut :

1. Kegunaan Teoritis

Secara teoritis hasil penelitian ini diharapkan berguna sebagai bahan kajian yuridis hukum Islam yang berlaku di Indonesia, khususnya masalah-masalah hukum yang berkaitan dengan status perceraian wanita hamil *qabla al-dukhūl* yang *diṭalaq* oleh suaminya.

2. Kegunaan Praktis

- a. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi bagi praktisi hukum dalam menghadapi kasus perceraian wanita hamil *qabla al-dukhūl* yang *diṭalaq* oleh suaminya.
- b. Penelitian ini diharapkan berguna dan bermanfaat dalam memberikan jawaban kepada masyarakat dalam menghadapi kasus perceraian wanita hamil *qabla al-dukhūl* yang *diṭalaq* oleh suaminya.
- c. Penelitian ini diharapkan menjadi pengangan para hakim dalam menetapkan akibat-akibat perceraian wanita hamil *qabla al-dukhūl* yang *diṭalaq* oleh suaminya, lebih jauh lagi dapat menjadi subangan pemikiran untuk melengkapi Kompilasi Hukum Islam.

E. Penelitian Terdahulu

Wahyu Wibisana, Perkawinan Perempuan Hamil Di luar Nikah Serta Akibat Hukumnya Perspektif Fikih dan Hukum Positif. Dalam penelitian ini penulis

membahas banyak perempuan hamil karena zina yang salah satu faktornya dikarenakan terlalu bebasnya pergaulan di antara pria dan perempuan, tanpa berpikir akibat. Dalam hukum Islam, orang yang melakukan hubungan seksual di luar perkawinan dihukumkan zina, jika seorang perempuan yang berbuat zina itu sampai hamil, maka para imam mazhab (Hanafi, Malik, Syafi'i dan Ahmad bin Hanbal) berbeda pendapat tentang kebolehan melangsungkan perkawinan. Sedangkan dalam hukum positif menikahkan perempuan hamil di luar nikah adalah sah.²⁴ Menikahkan perempuan hamil karena zina telah dimuat dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan dan Peraturan pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang pelaksanaan Undang-undang tersebut. Hanya saja dalam KHI muatannya lebih terperinci, larangan lebih dipertegas, dan menambah beberapa poin sebagai aplikasi dari peraturan perundang-undangan yang telah ada, antara lain adalah tentang perkawinan perempuan hamil.

Kajian tentang ikhtilaf Imam Madzhab terkait ketentuan idah *qabla dukhūl* telah banyak dibahas dalam penelitian, baik dalam bentuk jurnal, tesis maupun disertasi. Arif Marsal²⁵ dalam Yudisia (Jurnal Pemikiran Hukum dan Hukum Islam) membahas tentang putusannya perkawinan karena kematian sebelum terjadinya *al-dukhūl*, masa idah dan kaitannya dengan kaidah *Taqdīm al-Naṣ`ala al-Qiyās*. Adapun M. Kholid²⁶ membahas tentang problematika idah dan ihdad menurut madzhab Syafi'i dan Hanafi.

Nur Ilmi Wahab, Syahrudin Nawi & Dachran S. Busthami²⁷ "Putusan No.517/Pdt.G/2015/Pa.Mrs Jurnal of Lex Generalis (JLS) Volume 2 Nomor 2

²⁴ Jurnal Pendidikan Agama Islam-Ta'lim, Jurnal.upi.edu, 2017.

²⁵ Arif Marsal "Putusnya Perkawinan Karena Kematian Sebelum Terjadinya Al-Dukhul, Masa Iddah Dan Kaitannya Dengan Kaidah Taqdim Al-Nas'ala Al-Qiyas", *Yudisia*, Vol. 8, No. 2, Desember 2017, h. 199-220.

²⁶ M. Kholid, "Problematika Iddah dan Ihdad (Menurut Madzhab Syafi'i dan Hanafi)", *Al-Insiyroh: Jurnal Studi Keislaman*, 2015, h. 129-145.

²⁷ Nur Ilmi Wahab, Syahrudin Nawi & Dachran S., *Busthami Penuntutan Pengembalian Mahar Akibat Perceraian: Studi Putusan No.517/Pdt.G/2015/Pa.Mrs Jurnal of Lex Generalis (JLS) Volume 2 Nomor 2 Februari 2021*

Februari 2021” Tujuan penelitian menganalisis faktor-faktor yang menyebabkan seorang suami melakukan penuntutan pengembalian mahar akibat perceraian dan Untuk menganalisis pertimbangan hukum hakim dalam mengadili perkara perceraian dengan penuntutan pengembalian mahar Putusan No.517/ptd.G/2015/PA.Mrs. Metode yang digunakan dalam penelitian ini yaitu hukum normatif. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa penuntutan pengembalian mahar akibat perceraian putusan No. 517/Pdt.G/2015/PA.Mrs., Faktor-faktor seorang suami menuntut pengembalian mahar alasan suami meminta pengembalian mahar kepada istrinya adalah disebabkan suami merasa dirugikan dan suami mengatakan ke istrinya apabila dia menceraikannya dia akan menuntut pengembalian maharnya karena istrinya belum pernah melayaninya dengan baik atau qabla dukhul. Pertimbangan hakim dalam menyelesaikan perkara perceraian pengembalian mahar pada Putusan No. 517/Pdt.G/2015/PA.Mrs di mana hakim mengabulkan tuntutan penggugat rekonsvensi (suami) untuk mengembalikan mahar pernikahan berupa cincin emas 1,5 gram dengan pertimbangan bahwa isteri selaku tergugat rekonsvensi rela dan menyanggupi untuk mengembalikan mahar berupa emas 1,5 gram.

Peneliti membahas mengenai, Kompilasi Hukum Islam terutama Pasal 53 ayat (1), telah memberikan jalan keluar (solusi) dan memberikan kepastian hukum atas “Kawin Hamil”. Sedangkan berkenaan dengan masalah perceraian *qabla al-dukhul* atas wanita hamil di luar nikah secara eksplisit belum ada. Diantaranya bagaimana status dan kedudukan hukum perceraian (talaq) *Qobla al-Dukhul* tersebut, mahar, masa `iddah dan status hukum anak yang dilahirkan. Peneliti tertarik kepada salah satu Pengadilan Agama di wilayah hukum Pengadilan Tinggi Agama Semarang, yaitu Pengadilan Agama Purwokerto dalam menentukan akibat-akibat perceraian *qobla al dukhul* terhadap pernikahan wanita hamil *zina* tersebut dengan alasan perkara ini banyak mentradisi di masyarakat dan banyak ditemukan pada putusan Pengadilan Agama Purwekerto.

F. Kerangka Pemikiran

Grand Theori Kredo (hukum Murni), Midle Theori Maslahat, Aplikatif Theori ..Kepastian Hukum dan Temuan Hukum (penafsiran & Struktur Hukum)

substansi penelitian disertasi ini adalah mengenai “Perceraian qabla al-dukhūl Wanita Hamil Di Luar Nikah Menurut Peraturan Perundang-Undangan Dan Implementasinya Dalam Putusan Pengadilan Di Lingkungan Pta Semarang”. Oleh karena itu, kajian tentang masalah tersebut dapat dilakukan dengan menggunakan beberapa pendekatan teori.

1. *Grand Theory (Teori Syahadah)*

Teori besar (*grand theory*) pada bagian kerangka teori ini digunakan teori yang dijadikan sebagai landasan teoritis, akan tetapi beberapa teori tersebut tidak dimaksudkan dan dijadikan sebagai teori baku. Di antara teori tersebut adalah teori *syahadah* dari Juhaya S Pradja juga teori kredo dari H.A.R. Gibb.

Teori *syahadah* merupakan teori yang ditawarkan oleh Juhaya S. Praja. Ia dikenal juga dengan teori *kredo*.²⁸ Teori *syahadah* atau *kredo* di sini adalah teori yang menyatakan bahwasanya pelaksanaan hukum Islam harus dijalankan bagi mereka yang telah mengikrarkan dua kalimah syahadat sebagai konsekuensi logis dari pengucapan syahadat. Teori ini dirumuskan dalam al-Qur’an, di antaranya pada surat Al-Fatihah : 5, Al-Baqarah : 179, Ali Imran : 7, An-Nisa : 13, 14, 49, 59, 63, 69 dan ayat 105, surat al-Maidah ayat 44, 45, 47, 48, 49 dan ayat 50, dan dalam surat al-Nur ayat 51 dan 52. Dalam filsafat hukum Islam, teori ini merupakan kelanjutan dari prinsip tauhidullah yang menghendaki bagi setiap orang yang beriman terhadap keesaan Allah maka ia tunduk dan patuh terhadap yang diperintahkan Allah dalam al-Qur’an²⁹ sekaligus taat kepada Rasulullah saw. dan sunnahnya.

Teori Kredo ini sama dengan teori otoritas hukum yang dijelaskan oleh H.A.R. Gibb³⁰ Gibb menyatakan bahwa orang Islam yang telah menerima Islam

²⁸ Juhaya S Praja, *Teori-teori Hukum, Suatu Telaah Perbandingan dengan Pendekatan Filsafat* (Bandung: Pasca Sarjana UIN Bandung, 2009), hlm. 107.

²⁹ Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, (Bandung: LPPM UNISBA, 1995), hlm. 133.

³⁰ H.A.R. Gibb, *The Modern Trends in Islam*, (Chicago, Illionis: The University of Chicago Press, 1950)

sebagai agamanya berarti ia telah menerima otoritas hukum Islam atas dirinya. Secara sosiologis, orang-orang yang sudah beragama Islam menerima otoritas hukum Islam, taat pada hukum Islam. Teori ini menggambarkan bahwa dalam masyarakat Islam terdapat hukum Islam. Hukum Islam ada dalam masyarakat Islam karena mereka menaati hukum Islam sebagai bentuk ketaatan terhadap perintah Allah dan Rasulullah.

2. Middle Theory (Teori al-mashlahah)

Teori kedua yang digunakan sebagai middle theory adalah teori al mashlahah. Teori ini merupakan teori inti dalam setiap kajian hukum Islam. Keberadaan harta bersama dalam pelanaran para pakar tidak terlepas dari upaya mewujudkan kemashlahatan bersama suami isteri dalam rumah tangga yang sejalan dengan tujuan pensyariaan hukum Islam dengan epistemologi al mashlahah al-mursalah. Demikian pula nafkah rumah tangga memiliki dasar nash syar'i yang cukup kuat sebagai wujud mashlahat yang didukung oleh nash (al mashlahah al-mu'tabarah). Oleh sebab itu, teori masalah ini sangat relevan untuk disimak dalam menganalisis hubungan antara harta bersama dengan kewajiban nafkah rumah tangga.

Secara etimologis, al-mashlahah itu identik dengan al-khair (kebaikan), al naf (kebermanfaatan), al-husn (kebaikan). Sedangkan al-mashlahah, dalam arti terminologis syar'i adalah memelihara dan mewujudkan tujuan syarak yang berupa memelihara agama, jiwa, akal budi, keturunan, dan harta kekayaan. Setiap sesuatu yang dapat menjamin dan melindungi eksistensi kelima hal tersebut³¹ dikualifikasi sebagai al-mashlahah. Sebaliknya, setiap sesuatu yang dapat mengganggu dan

³¹ Abu 'Abd al-Rahman 'Adil bin Yusuf al-Azaaiy, Dar Ibn al-Jawziy, Riyadh, 1996, Juz 1, Hal 434 Penjelasan tentang ini lihat di antaranya: Abu al-Qasim Muhammad bin Ahmad bin Juza al-Kalbiy al-Gharnathiy (693-741 H), al-Qawanin al-Fiqhiyyah ft Talkhish Madzhab al Malikiyyah wa al-Tanbih 'alá Madzhab al-Syafi'iyah wa al-Hanafiyyah wa al-Handbulah, Pen tahqiq: Muhammad bin Sayyidiy Muhammad Mawlay, (t.p., t.tp., 1430 H), Hal. 458. Lihat juga: Abu al- Abbas Syihab al-Din Ahmad bin Idris al-Qarafiy al-Malikiy, Op.Cit. Hal. 187; Ala al-Din Abi al-Hasan 'Ali bin Sulayman al-Mardawiy al-Hanbaliy (817-885), al Tahbir Syarh al-Tahrir fi Ushul al-Figh, Pen-tahqiq: Ahmad bin Muhammad al-Sarah, Maktabah al-Rusyd, Riyadh, 1417 H, Juz 8, h., 3844

merusak kelima hal tersebut dinilai sebagai al-mafsadah, maka mencegah dan menghilangkan sesuatu yang demikian dikualifikasi sebagai al mashlahah. Dalam arti syar'i, al-mashlahah adalah sebab yang membawa kepada tujuan al-Syari, baik yang menyangkut ibadah maupun muamalah.

Hasil penelitian saksama terhadap perintah (awâmir) dan larangan (nawahiy) Allah Swt dan Nabi Saw. dalam al-Quran dan Sunnah yang terformulasikan dalam fikih, menyimpulkan bahwa semuanya mempunyai tujuan tertentu dan tidak ada yang sia-sia. Semuanya mempunyai hikmah yang mendalam, yaitu sebagai rahmat bagi umat manusia, sebagaimana ditegaskan dalam beberapa ayat al-Quran, di antaranya dalam surat al-Anbiya ayat 107:

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

"Kami tidak akan mengutus engkau (hai Muhammad) kecuali memberirahmat bagi seluruh alam". Dalam memahami ayat di atas dan beberapa yang menyerupainya, al Syathibiy berpendapat, bahwa ayat tersebut termasuk ayat yang menunjukkan peletakan syariah untuk kemashlahatan manusia.

Syariat Islam itu adalah syariat al-mashlahah Norma hukum yang dikandung al-nash pasti dapat mewujudkan al-mashlahah, sehingga tidak ada al mashlahah di luar petunjuk al-nash, dan oleh karena itu tidak ada pertentangan antara al-mashlahah dengan al-nash. Esensi al-mashlahah itu adalah segala sesuatu yang berkontribusi bagi perwujudan dan pemeliharaan al-dharuriyyat, al hájiyyat, dan al-tahsîniyyat, sehingga al-maslahah bertingkat-tingkat bobotnya.

Al-Figh secara etimologi adalah al-fahm al-'amiq (pemahaman mendalam), Sedangkan al-figh secara terminologis adalah:

الْعِلْمُ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ الْعَمَلِيَّةِ الْمُكْتَسَبِ مِنْ أَدِلَّتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ

"Suatu ilmu yang dengannya dapat diketahui hukum-hukum syarak yang praktis, yang diperoleh dari (penggalian) dalil-dalil syarak yang rinci³²

Pada dasarnya, al-mashlahah yang tidak ditegaskan oleh al-nash terbuka kemungkinan untuk berubah dan berkembang, dan ini merupakan sesuatu yang rasional dan riil. Eksistensi al-mashlahah dalam bangunan syariat Islam memang tidak bisa dinaikkan karena al-mashlahah dan al-syari'ah telah bersenyawa dan menyatu, sehingga kehadiran al-mashlahah meniscayakan adanya tuntutan al-syari'ah. Maka, al-mashlahah merupakan poros dan titik beranjak bagi formulasi al-ahkam al-syar'iyyah dan al-qawa'id al-syar'iyyah. Terhadap suatu kasus/masalah yang tidak ditegaskan hukumnya oleh al-nash, dapat diberikan ketentuan hukum yang mampu merealisasikan al-mashlahah yang masuk dalam cakupan jenis al-mashlahah yang diakui secara syar'i.

Tataran aplikasi al-mashlahah termanifestasikan pada metode metode/dalil-dalil ijtihad untuk menetapkan hukum yang tidak ditegaskan oleh al-nash. Oleh karena itu, setiap metode/dalil ijtihad yang bertumpu pada prinsip al-mashlahah dapat dikualifikasi sebagai upaya menggali kandungan makna al-nash (istidlál bi al-mushush al-syar'iyyah).

Diakui bahwa al-mashlahah dapat diaplikasikan sebagai dasar suatu ketetapan hukum, dan al-mashlahah ini dapat dijadikan dasar pikiran ketika memperluas ketetapan hukum itu kepada kasus-kasus baru. Dalam hal ini, al-mashlahah yang dikehendaki oleh syariat Islam untuk ditegakkan dan dipelihara itu merupakan al-mashlahah yang komprehensif, integral, dan holistik, yang mencakup perpaduan al-mashlahah al-dunyawiyyah dan al-mashlahah al-ukhrawiyyah, al-mashlahah al-madiyyah dan al-mashlahah al-rahiyyah, al-mashlahah al-fardiyyah dan al-mashlahah

³² Lihat: 'Abd al-Wahhab al-Al-'Allamah al-Bannaniy, Hasyiyah al-Bannaniy 'alá Syarh al-Mahalliy 'alá Matn Jam al-Jowdmi, (Beirut: Dar al-Fikr, 1992) Jilid 1, hlm. 25. Amir Syarifuddin, Ushul Fiqh, Cet. Ke 2, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 2001), Jilid 2, h. 205-206 ; Ibrahim ibn Musa ibn Muhammad al-Lakhmiy al-Gharnathiy (populer dengan nama al-Syathibiy), al-Muwafandht, di-tahqiq oleh: Abu Ubaidah Masyhur ibn Hasan Al Salman, (tkp: Daribn 'Affan, 1997 M/1417 H). Juz 2, h. 246.

al-mujtama'iyah, al-mashlahah al qawmiyyah al-khashshah dan al-mashlahah al-insaniyyah al-'ammah.³³

Konsep al mashlahah yang menjwai syariat Islam tidak bisa diidentikkan dengan utilitarianisme dan pragmatisme, yang nota bene berhulu pada paham materialisme. Dilihat dari segi diungkapkan atau tidaknya kemashlahatan oleh syarak, mashlahah terbagi 3: 1) Mashlahah mutabarah, yaitu kemashlahatan yang dipandang oleh syarak dan disebutkan pula dalil untuk memeliharanya. Kemashlahatan kategori ini disepakati untuk dijadikan sebagai hujjah 2) Mashlahah muighah, yaitu kemashlahatan yang tidak dipandang oleh syarak. bahkan diperintah untuk menolaknya. Kemashlahatan kategori ini disepakati untuk tidak dijadikan hujjah atau ditolak, dan 3) Mashlahah mursalah, yaitu kemashlahatan yang tidak disebutkan secara khusus oleh syarak untuk diperhatikan, tidak pula untuk ditinggalkan, namun dalil umum menunjukkan untuk diperhatikan.³⁴ Berdasarkan segi kekuatan substansinya, al-mashlahah itu dibedakan menjadi tiga macam, yaitu: al-dharuriyyah, al-hajiyyah, dan al-tahsiniyyah.

Al-dharuriyah adalah:

³³ al-Husain Hamid Hisan, *Nazhariyyah al-Mashlahah li al-Fadl al- Ildmi* (Beirut: Dar al Nahdhah al-Arabiyyah, 1971), h. 607 Lihat juga: Manna' al-Qaththan, *Raf al-Haraj ti al Syari'ah al-Islamiyyuh* (Riyadh al-Dar al-Su'udiyah, 1402 HU/1982 M), h. 61-62. Sa'id Ramadhan al-Buthi, *Dhawdbith al-Mashtohah li al-Syari'ah al-Isldmiyyah*, (Beirut: Mu'assasali al-Risalah wa al-Dar al-Muttahidah, 1421 H/2000 M), h. 69. Ali Hasaballah, *Ushil al-Fasyel al-Islami*, (Mesir: Dar al-Ma'arif, 1383 H/1964 M), hlm. 257. Ibn Qayyim al-Jawziyyah, *I'ldm al Muwaqqi'in 'an Rabb al-Alambs* (Kairo: Dar al-Hadith, 1425 H/2004 M), Juz 3, hlm. 5. "Ahmad al-Raisuni, *ul-ijtihdd bayn al-Nash wa al-Mashlahoh wa al-Waqi'*, dalam Ahmad al-Raisuni dan Muhammad Jamal Barut, *al-jihdd al-Nash wa al-Iqi wa al Mashlahah*, (Damaskus: Dar al-Fikr, 1422 H/2002 M), h. 29-33.

³⁴ Yusuf al-Qaradhawi, *Al-Madkhal li Dirásat al-Syariah al- Islamiyyak* (Kairo: Maktabah Wahbah, 1990), h. 62. Abu Hamid Muhammad bin Muhammad bin Muhammad al-Ghazaliy (selanjutnya disebut al-Ghazaliy), *al-Mustalfa*, di-tabigla oleh Muhammad Mushthafa Abi al-'Ala, (Mesir Maktabah al-Jundi, t.th.), Juz 1, h. 414, Ibrahim ibn Musa ibn Muhammad al-Lakhmiy al-Gharnathiy (populer dengan nama al-Syathibiy, selanjutnya disebut: al-Syathibiy), *al-Ftishdm*, (Beirut: Dar al-Ma'rifab, 102 H), Juz 2, h. 113. Muhammad Muslehuddin, *Philosophy of Islamic Law and the Orientalists*, (New Delhi: Markazi Maktaba Islami, 1985), h. 160.

"Kemashtahatan-kemaslahatan yang mengandung pemeliharaan satu dari dari lima tujuan pemeliharaan, yaitu pemeliharaan agama, jiwa, akal, harta, dan keturunan³⁵

Al-hajiyah berarti:

"Hal-hal yang dibutuhkan berupa kelapangan dan pengangkatan kesempitan yang menimbulkan kesulitan, dimana jika sesuatu itu tidak ada, kesulitan-kesulitan tersebut akan menghadang. Apabila an-ni hajiyat tersebut terabaikan, maka seorang mukallaf biasanya akan menemukan kendur, namun tidak sampai menimbulkan kerusakan sebagaimana terjadi jika mengabaikan sisi kemaslahatan-kemushlahatan bersifat umum.

Pemeliharaan enam tujuan/prinsip dasar (al-ushûl al-sittah) yang berada pada level al-dharfiriyyah merupakan level terkuat dan tertinggi dari al-mashlahah. Keenam tujuan/prinsip dasar mencakup: memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal pikiran, memelihara keturunan, memelihara kehormatan, dan memelihara harta kekayaan.

Berdasarkan segi macam artinya, al-mashlahah dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu al-mashlahah dalam arti denotatif (haqiqi), yakni kesenangan dan kenikmatan, dan al-mashlahah dalam arti konotatif (majâzi), yakni media yang mengantarkan kepada kesenangan, kebaikan, dan kenikmatan, di mana mungkin saja media yang mengantarkan kepada al-mashlahah itu berupa al-mafsadah, sehingga al-mafsadah ini diperintahkan atau dibolehkan, bukan lantaran statusnya sebagai al-mafsadah, tetapi sebagai sesuatu yang mengantarkan kepada al-mashtahah. Sedangkan berdasarkan daya jangkanya, al-mashtahah dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu al-mashlahah al-'ammah dan al-mashlahah al-khāshshah³⁶

³⁵ Lihat: Al-Ghazaliy, h 251, Lihat juga Abu 'Abdillah Muhammad bin Umar bin Husain al-Razyi (selanjutnya disebut al-Razyi), al-Maluhai ft Ilm al-Ushil, di-tahqiq oleh Thaha Jabir, Cet. Ke-1, (Riyadh: Jami'ah al-Imam Muhammad bin Sa'ud al-Islamiyyah, 1401 H), Juz 2, h. 220.

³⁶ Lihat: Ibrahim ibn Musa ibn Muhammad al-Lakhmiy al-Gharnathiy al-Syathibiy, al-Muwafagdt, di-tahqiq oleh; Abu Ubaidah Masyhur ibn Hasan Al Salman, (tkp: Dār ibn 'Affan, 1997 M/1417 H), Juz 2, h. 11. Abual-Ma'aliy 'Abd al-Muluk bin Abdillah al-Juwainiy, al-Burhan fi Ushilal-Fiqh, di-tahgig oleh Abd al- Azhim Dib, Cet. Ke-2, (Kairo; Dar al Anshar, 1400 H), Juz 2, h. 924. Muhammad bin al-Thahir bin Asyur, Maqashid al-Syari'ah al-Islamiyyah, Cet. Ke-1, (Tunisia: Syirkah

Adapun pengertian al-tahsiniyyat adalah :

"Hal-hal yang tidak berpulang kepada aspek dharuriy dan hajiy, namun bersifat dekoratif ornamental; mempercantik memperindah dan mempermudah untuk menambah keistimewaan, kelebihan dan memelihara cara terbaik³⁷

Pemeliharaan enam tujuan/prinsip dasar (al-ushûl al-sittah) yang berada pada level al-dharfiriyyah merupakan level terkuat dan tertinggi dari al-mashlahah. Keenam tujuan/prinsip dasar mencakup: memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal pikiran, memelihara keturunan, memelihara kehormatan, dan memelihara harta kekayaan.

Berdasarkan segi macam artinya, al-mashlahah dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu al-mashlahah dalam arti denotatif (haqiqi), yakni kesenangan dan kenikmatan, dan al-mashlahah dalam arti konotatif (majâzi), yakni medial yang mengantarkan kepada kesenangan, kebaikan, dan kenikmatan, di mana mungkin saja media yang mengantarkan kepada al-mashlahah itu berupa al-mafsadah, sehingga al-mafsadah ini diperintahkan atau dibolehkan, bukan lantaran statusnya sebagai al-mafsadah, tetapi sebagai sesuatu yang mengantarkan kepada al-mashtahah. Sedangkan berdasarkan daya jangkaunya, al-mashtahah dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu al-mashlahah al-'ammah dan al-mashlahah al-khâshshah³⁸

3. *Applied Teori* (Teori Penafsiran Hukum dan teori Kepastian Hukum)

al-Tunisiyyah, 1978 M), h. 82. Saif al-Din Aliy ibn) Abi 'Aliy ibn Muhammad al-Amidiy (selanjutnya disebut al-Amidiy), al-Ihkam fi Ushûl al-Ahkam, (Beirut: al-Maktab al-Islâmiy, 1402 H), Juz 3, h. 274.

³⁷ Izz al-Din ibn 'Abd al-Salam, Qawa'id al-Ahkam li Mashalih al-Anam, (Kairo: Maktabah al-Kulliyyah al-Azhariyyah, 1994), Juz 1, h. 14. Abu Bakr Isma'il Muhammad Miqa, al-Ra'y wa Atharuhu Il Madrasah al-Madinah Diridsah Manhajiyyah Tathhiqiyyah Tuthbir Shaldhoyyat al-Syari'ah li Kulli Zaman wa Makan, (Beirut: Mu'assasat al-Risalah, 1405 H/1985 M), h. 338.

³⁸ Lihat: Ibrahim ibn Musa ibn Muhammad al-Lakhmiy al-Gharnathiy al-Syathibiy, al-Muwafagdt, di-tahqiq oleh; Abu Ubaidah Masyhur ibn Hasan Al Salman, (tkp: Dâr ibn 'Affan, 1997 M/1417 H), Juz 2, h. 11. Abual-Ma'aliy 'Abd al-Muluk bin Abdillâh al-Juwainiy, al-Burhan fi Ushûl al-Fiqh, di-tahqiq oleh Abd al- Azhim Dib, Cet. Ke-2, (Kairo; Dar al Anshar, 1400 H), Juz 2, h. 924. Muhammad bin al-Thahir bin Asyur, Maqashid al-Syari'ah al-Islamiyyah, Cet. Ke-1, (Tunisia: Syirkah al-Tunisiyyah, 1978 M), h. 82. Saif al-Din Aliy ibn) Abi 'Aliy ibn Muhammad al-Amidiy (selanjutnya disebut al-Amidiy), al-Ihkam fi Ushûl al-Ahkam, (Beirut: al-Maktab al-Islâmiy, 1402 H), Juz 3, h. 274.

a. Teori Penafsiran Hukum

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Artinya, Indonesia tidak berdasarkan kekuasaan belaka dan oleh karena itu kekuasaan harus tunduk pada hukum agar tidak terjadi kesewenang-wenangan. Namun, keadaan yang bertentangan dengan pemahaman tersebut sering terjadi di dalam kehidupan sehari-hari! Hukum lebih berfungsi sebagai alat dari pada sebagai acuan bagi kekuasaan. Pandangan "pro" dan "kontra" tentang perlunya undang-undang tentang pembuktian terbalik telah menjadi kendala bagi upaya pemberantasan korupsi. Rasa keadilan dan kebenaran hati nurani dikurbankan demi kepastian hukum dalam upaya penyelesaian beberapa kasus pidana dan perdata. Pemaksaan kehendak, anarkisme, dan peradilan oleh masa sudah sering terjadi. Kejadian-kejadian seperti ini telah mengaburkan kepastian hukum, rasa keadilan yang hidup di masyarakat, dan kebenaran yang terkandung di dalam hukum. Oleh karena itu, penafsiran hukum, penalaran hukum, dan argumentasi hukum yang rasional dalam kaitan ini selalu diperlukan untuk memperjuangkan tegaknya kepastian hukum, keadilan, dan kebenaran demi terselenggaranya penerapan hukum yang demokratis dalam kehidupan bernegara, berbangsa, dan bermasyarakat.

Penafsiran hukum (legal interpretation) senantiasa diperlukan dalam penerapan hukum tertulis untuk menemukan dan membentuk hukum. Penemuan hukum merupakan kegiatan untuk memperjelas tentang ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang sudah ada, yang dapat diberlakukan bagi suatu aspek kehidupan tertentu. Pembentukan hukum bertujuan untuk membentuk, menyusun atau membangun hukum bagi aspek kehidupan tertentu yang belum ada hukumnya. Penafsiran hukum hendaknya diikuti dengan penalaran hukum (legal reasoning), yaitu upaya yang dilakukan untuk memberi alasan dan penjelasan hukum agar hasil penafsiran hukum masuk akal dan dapat dipahami secara logik.

Hasil penafsiran dan penalaran hukum tersebut disampaikan dengan menggunakan argumentasi hukum yang rasional agar kepastian hukum, keadilan, dan

kebenaran dapat ditegakkan. Penafsiran, penalaran dan argumentasi hukum dapat disebut sebagai upaya yang rasional apa bila senantiasa menghasilkan penerapan hukum yang demokratis.

Suatu peraturan perundang-undangan tidak serta merta menunjukkan suatu kaidah hukum. Meskipun kata, istilah dan kalimat itu sudah dituangkan ke dalam bentuk tertulis, ada hal-hal yang sulit untuk dipahami. Di sinilah dikenal cara menafsirkan hukum dalam ilmu pengetahuan hukum. Awalnya metode penafsiran ada 4 (empat) macam, yaitu:

Penafsiran Gramatikal

Penafsiran gramatikal atau dikenal juga dengan penafsiran tata bahasa. Di topik bahasan relevansi antara bahasa dengan hukum sudah dipahami bahwa hukum memerlukan bahasa, tidak ada hukum tanpa adanya bahasa. Bahasa merupakan sarana yang krusial bagi hukum. Bahasa Indonesia hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan disusun dalam bahasa yang logis dan sistematis.

Penafsiran gramatikal ini bisa dikatakan suatu metode penafsiran yang sederhana jika dibandingkan dengan metode interpretasi yang lainnya. Sebab untuk mengetahui makna suatu ketentuan undang-undang, ditafsirkan atau dijelaskan dengan menguraikannya menurut bahasa yang digunakan sehari-hari secara umum. Penafsiran seperti ini disebut juga dengan metode penafsiran obyektif. *мелась*

Contoh penafsiran gramatikal. Kata "meninggalkan" dalam Pasal 305 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) berarti "menelantarkan". Tetapi dalam putusan Hoge Raud (Mahkamah Agung di zaman Belanda), majelis hakim berpendapat bahwa

seorang ibu yang meninggalkan bayi yang baru dilahirkannya, dikatakan tidak melanggar Pasal 305 KUHP, jika ia berusaha agar anaknya diterima di suatu rumah keluarga yang diyakini dapat memberikan kasih sayang, pendidikan dan kehidupan yang lebih baik dibandingkan dirinya, kecuali dalam keadaan khusus.

Penafsiran Sistematis

Suatu pasal dalam undang-undang tidak berdiri sendiri. Ada pasal lain yang memiliki hubungan satu sama lain dalam suatu sistem. Sistem adalah satu kesatuan atau kebulatan pengertian dari unsur-unsur yang saling bertautan antara yang satu dengan lainnya. Tidak bisa mengambil kesimpulan hanya berdasarkan pemahaman terhadap suatu pasal secara parsial.

Secara semantik, istilah sistem diadopsi dari bahasa Yunani, yaitu *systema*, yang dapat diartikan sebagai keseluruhan yang terdiri dari macam macam bagian. Sementara sistem hukum adalah seperangkat operasional yang meliputi institusi, prosedur dan aturan hukum.

Cara menafsirkan sistematis yaitu dengan menghubungkannya dengan peraturan perundang-undangan lain atau dengan keseluruhan sistem hukum. Menafsirkan undang-undang tidak boleh menyimpang atau keluar dari sistem perundang-undangan atau sistem hukum. Contoh penafsiran sistematis, Pada Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), dicantumkan bahwa tiap perikatan dilahirkan baik karena perjanjian maupun undang-undang. Sementara selain perjanjian dan undang-undang ada juga pengadilan dan moral, yang merupakan sumber-sumber perikatan. Maka hendaknya juga mempertimbangkan bahwa perikatan juga bisa ditimbulkan dari putusan pengadilan dan dari segi moral.

Penafsiran Historis

Penafsiran sejarah atau disebut juga dengan interpretasi historis. Sejarah yang dimaksud di sini adalah sejarah hukum tentang diundangkannya suatu peraturan, maksud dan tujuannya dan latar belakang sejarahnya

Cara menafsirkan makna dari suatu peraturan jika memakai penafsiran sejarah adalah dengan jalan meneliti sejarah terjadinya suatu peristiwa yang melatarbelakangi lahirnya peraturan perundang-undangan tersebut. Contoh penafsiran historis,

Untuk memahami Undang-Undang Pokok Agraria maka sebaiknya memahami dahulu sejarah landreform. Mengetahui maksud dan tujuan suatu undang-undang maka bisa dengan meneliti risalah dan berita acara sidang DPR, surat-surat

yang berkaitan dengan undang-undang tersebut. Penafsiran historis ini disebut juga dengan penafsiran subjektif. Sebab suatu peraturan dibuat dan ditentukan seperti yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undangnya. Undang-undang dipengaruhi oleh pandangan subjektif dari legislator. Lebih jauh lagi untuk mengetahui sejarah hukum yang melatarbelakangi suatu pasal, bisa menelusuri sistem hukumnya. Sistem hukum Belanda yang asal usulnya dipengaruhi sistem hukum Prancis dipelajari hubungannya dengan sistem hukum yang dianut oleh hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Kejahatan kesusilaan, zina (*overspel*) yang diatur dalam Pasal 284 KUHP, misalnya. Disebut zina jika kedua atau salah satu pelakunya sudah berstatus menikah. Sedangkan jika kedua pasangan yang berbuat zina sama-sama masih *single*, tidak dianggap zina. Dari segi sejarah hukumnya, tentulah hal ini sangat kental diwarnai oleh hukum Eropa yang menganggap berhubungan seksual antara muda-mudi yang belum menikah bukan perbuatan zina. Hal ini berseberangan dengan budaya masyarakat Indonesia dan norma-norma yang berlaku di Indonesia.

Penafsiran Sosiologis

Penafsiran sosiologis atau dikenal juga sebagai penafsiran teleologis, berarti menafsirkan undang-undang sesuai dengan tujuan dari undang-undang tersebut, tidak sebatas tata bahasanya saja. Dalam penafsiran sosiologis, makna undang-undang ditetapkan berdasarkan tujuan sosial kemasyarakatan. Perkembangan masyarakat yang maju pesat tentunya menuntut peraturan perundang-undangan yang mampu mengakomodasi kebutuhan masyarakat. Hal inilah yang menjadi landasan diubahnya suatu undang-undang. Sebab tidak relevan lagi dengan kondisi riil yang terjadi di masyarakat.

Contoh penafsiran sosiologis,

Pasal 284 KUHP yang mengatur tentang zina, meskipun secara historis berasal dari Eropa, jika pasangan yang berzina sama-sama belum menikah, di

Indonesia bisa ditafsirkan secara sosiologis. Menyesuaikan dengan kondisi sosial kemasyarakatan di tanah air. Sehingga bagi para pelaku dapat dijatuhi hukuman penjara setinggi-tingginya 9 (sembilan) bulan penjara.

Selain empat metode penafsiran hukum di atas, masih ada lagi perkembangan cara menginterpretasikan peraturan perundang-undangan. Yaitu: 1. Penafsiran Komparatif, 2. Penafsiran Antisipatif, 3. Penafsiran Restriktif, 4. Penafsiran Ekstensif. 5. Penafsiran Otentik, 6. Penafsiran Progresif. Penafsiran-penafsiran hukum yang telah dijelaskan di atas sering digunakan secara sekaligus bersama-sama atau bisa juga secara dikombinasikan. Sehingga tidak bisa dilihat batasannya secara eksplisit. Namun lazimnya dalam tiap penafsiran terdapat unsur-unsur gramatikal, sistematis, historis dan sosiologis.

b. Teori Kepastian Hukum

Kepastian dalam pemahaman memiliki arti suatu ketentuan, atau ketetapan, sedangkan jika kata kepastian itu digabung dengan kata hukum menjadi kepastian hukum, yang memiliki arti sebagai suatu ketentuan atau ketetapan hukum suatu negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara. Secara normatif suatu kepastian hukum adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis tidak menimbulkan benturan dan kekaburan norma dalam sistem norma satu dengan yang lainnya. Kekaburan norma yang ditimbulkan dari ketidak pastian aturan hukum, dapat terjadi multi tafsir terhadap sesuatu dalam suatu aturan.

Pengertian kepastian hukum tersebut sejalan dengan pendapat dari E Fernando M. Manulang mengemukakan pengertian kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara dari kekuasaan yang sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggungjawab pada negara untuk menjalankannya dalam hal ini tampak relasi antara persoalan

kepastian hukum dengan negara. Soedikno Mertokusumo menyebutkan kepastian hukum sebagai perlindungan yuristabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Untuk adanya suatu kepastian hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan pengaturan secara jelas diatur dengan undang-undang pemerintahan daerah. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah. dalath Bab VII tentang Penyelenggaraan Pemerintah Daerah, Bagian Kedun tentang Asas Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, pada Pasal 58, menyebutkan: "Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, sebagaimana dimaksud dalam; Pasal 57, dalam menyelenggaraan Pemerintahan Negara yang terdiri atas": a Kepastian Hukum; b. Tertib Penyelenggaraan Negara; c. Kepentingan Umum; Keterbukaan Proposionalitas, Profesionalitas; Akuntabel; Efisiensi; knl, Elektivitas; dan. Keadilan.

Asas penyelenggaraan pemerintahan daerah tersebut, salah satunya yang penting adalah mengenai kepastian hukum. Dalam Penjelasan dari Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014, pada Pasal 58 huruf a, disebutkan:

"Yang dimaksud dengan "Kepastian Hukum" adalah asas dalam negara Hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang undangan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara" dalam negara hukum dalam perundangan tersebut yaith kepastian hakum dapat dipahami dari dua pengertian, yaitu pertama, kepastian hukum dari penyelenggaraan negara, berdasarkan asas legalitas, kepatutan dan keadilan.

Kepastian hukum dalam suatu aturan (kepastian norma) agar tidak menimbulkan kabur (tidak jelas) atau konflik norma. Kepastian hukum merupakan wujud asas legalitas (legaliteit) dimaknai oleh Sudargo Gautama dari dua sisi, yakni: sisi warga negara, sebagai kelanjutan dari prinsip pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan adalah pelanggaran terhadap hak-hak individual itu hanya dapat dilakukan apabila diperbolehkan dan berdasarkan peraturan peraturan hukum.

Kepastian hukum menurut Gustav Radburch yaitu kepastian oleh karena hukum, dan kepastian dalam atau dari hukum. Menjamin kepastian oleh karena hukum menjadi tugas dari hukum. Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian dalam hubungan hubungan kemasyarakatan adalah hukum yang berguna. Sedangkan kepastian dalam atau dari hukum tercapai apabila hukum itu sebanyak-banyaknya hukum undang-undang, dalam undang-undang tersebut tidak ada ketentuan yang saling bertentangan (Undang-undang berdasarkan pada sistem logis dan pasti). Undang undang tersebut dibuat berdasarkan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*) dan undang-undang tersebut tidak ada istilah-istilah hukum yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan. Selain itu disebutkan, bahwa kepastian mempunyai arti bahwa dalam hal kongkrit kedua pihak berselisih dapat menentukan kedudukan mereka. Dalam pengertian ini bermakna keamanan hukum yakni mengandung Sudargo Gautama. Pengertian tentang Negara Hukum, (Yogyakarta: Liberty, 2003),

perlindungan bagi kedua belah pihak yang berselisih terhadap tindakan hukum yang sewenang-wenang. Sedangkan kepastian oleh karena hukum dimaksudkan bahwa hukum menjamin kepastian pada pihak yang satu dengan pihak yang lain. Tugas hukum menjamin kepastian hukum dalam hubungan-hubungan yang terdapat dalam pergaulan kemasyarakatan. Pembatasan dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan mengedepankan peraturan perundang-undangan atau penyelenggara pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan sebagai rujukannya, merupakan makna dari kepastian hukum sebagaimana pengertian tersebut di atas. Dalam pendapat lain, Soedikno Mertokusumo menyatakan kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, selbihnya dikatakan bahwa perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Pendapat dari Indroharto, bahwa kepastian hukum mengharuskan hukum objektif yang berlaku untuk setiap orang tersebut harus jelas dan ditaati. Disini ditekankan bahwa kepastian hukum juga menyangkut kepastian norma hukum. Kepastian norma hukum ini harus diciptakan oleh pembentuk peraturan perundang-undangan dengan

berdasarkan asas legalitas, kepatutan, dan keadilan. Kepastian hukum dalam perundang-undangan mengandung pengertian dalam hal substansi hukum dan dalam norma hukum agar perundang-undangan yang dibuat berkeadilan dan bermanfaat.

Dikemukakan beberapa pandangan ahli tentang pengertian norma hukum atau kaedah hukum sebagai berikut: 1. Menurut Hans Kelsen, norma hukum adalah aturan, pola atau standar yang perlu diikuti, kemudian dijelaskan bahwa fungsi norma hukum adalah: a. memerintah (Gebeiten); b. melarang (Verbeiten); c. menguasai (Ermachtigen); d. membolehkan (Erlauben); dan Fernando M Manulang. 92 Men 1 yimpang dari ketentuan (Derogoereen),

Norma hukum pada hakekatnya juga merupakan unsur pokok dalam peraturan perundang-undangan. Dalam kepustakaan Eropa Kontinental, mengenai itu yang dimaksud dengan peraturan perundangan atau *wet in materiele zin*, *Gede in materiellen Sinne*, mengandung tiga unsur pokok, yaitu: Pertama, wema hukum (*rechtsnormen*). Kedua berlaku keluar (*naar buiten werken*), dan Ketiga bersifat umum dalam arti luas (*algemeenheid in ruime zin*). Sifat-sifat norma hukum dalam peraturan perundang-undangan dapat berupa perintah (*beveling*), larangan (*Grijstelling*) (*verbod*), pengizinan (*toestemming*), pembebasan.. Menurut Sudikno Mertokusumo, bahwa "kaedah hukum lazimnya diartikan sebagai peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia itu seyogyanya berperilaku, bersikap di dalam masyarakat agar kepentingannya dan kepentingan orang lain terlindungi atau dalam arti sempit kaedah hukum adalah nilai yang terdapat dalam peraturan kongkrit.

kaedah hukum pada hakekatnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia atau kelompok manusia, sedangkan tujuan kaedah hukum tidak lain adalah ketertiban masyarakat.¹ Menurut Marin Farida Indrati Soeprapto, dalam kaitan dengan norma hukum menjelaskan, ada beberapa katagori norma hukum dengan melihat pada berbagai bentuk dan sifat: Norma hukum umum dan norma hukum individu, kalau dilihat dari alamat. yang dituju (*addressat*);

. Norma hukum abstrak dan norma hukum kongkrit, kalau dilihat dari hal yang diatur; e Norma hukum yang *einmahlig* dan norma hukum yang *dauerhafting* dilihat

dari segi daya berlakunya; dan Penyelenggaraan Pemerintahan Negara, (Jakarta:Universitas Indonesia, 1990), 302 A Hamid S. Attamimi, Disertasi Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia A Hamid S. Attamimi, Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia, 41 Sudikoo Mertokusumo, Penemuan Hukum, Edisi Kedua (Cetakan Kedua), (Yogyakarta: Liberty, 2006), 11.

Norma hukum tunggal dan norma hukum berpasangan, dilihat dari wujudnya, Pemahaman tentang asas hukum dan norma hukum atau kaidah hukum, dapat dijelaskan bahwa asas hukum bukanlah merupakan aturan yang bersifat konkrit sebagaimana halnya norma atau kaedah hukum, yang menjadi isi dari setiap undang-undang, tetapi asas hukum harus memberikan pedoman dalam merumuskan norma hukum yang konkrit dalam pembuatan undang-undang Dalam bentuk lain, sebagaimana dijelaskan oleh Sudikno Mertokusumo, jika asas hukum merupakan pikiran dasar yang bersifat abstrak, maka kaedah hukum dalam arti sempit merupakan nilai yang bersifat yang lebih konkrit dari pada asas hukum.

Kemudian juga ditambahkan bahwa asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit atau pasal-pasal. Misalnya, adagium bahwa "Setiap orang dianggap tahu akan undang-undang³⁹ yang menyatakan bahwa pada dasarnya apa yang disebut dengan asas hukum adalah dasar-dasar umum yang terkandung dalam peraturan hukum, dan dasar-dasar umum tersebut adalah merupakan sesuatu yang mengandung nilai-nilai etis yang berkeadilan. Pandangan para ahli di atas, dalam membentuk undang-undang suatu aturan harus jelas dalam norma atau norma hukum berdasarkan atas kepastian hukum, berpedoman pada asas legalitas, kepatutan, dan keadilan, serta ditekankan agar setiap aturan hukum tidak bermasalah baik dalam konteks norma kabur ataupun konflik norma.

Terkait dengan kepastian hukum, dalam hal ini undang-undang perpajakan hendaknya memberikan perlindungan kepada wajib pajak dari kekuasaan yang lewenang-wenang, untuk ituteori kepastian hukum dipergunakan apabila suatu

³⁹ Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, (Jakarta: Kencana, 2005), h. 59-60

perturun dibuat dan diundangkan serta diatur secara jelas dan logis, mengandung pengertian, sebagai berikut: a. danya aturan hukum yang konsisten dan dapat diterapkan, yang ditetapkan Pasal 57, dalam menyelenggaraan Pemerintahan Negara yang terdiri atas":.oleh negara;

Maria Farida Indrati Soeprpto, Ilmu Perundang-undangan Apinat pemerintah menerapkan aturan hukum tersebut secara konsisten dan berpegang pada aturan hukum tersebut; Sebagian besar rakyat pada dasarnya konform (mengikuti) pada aturan tersebut; Hakim yang bebas dan tidak memihak secara konsisten menerapkan aturan hukum tersebut.

Pemahaman kepastian hukum yang mengharuskan adanya pemerintahan menurut undang-undang, setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan kepada undang-undang artinya suatu ketentuan yang dipergunakan harus pasti dan dibuat secara demokratis, yang thenjamin keadilan dan kemanfaatan bagi kesejahteraan rakyat, serta memberikan perlindungan kepada rakyat melalui peradilan yang bebas dan tidak memihak, sehingga pemerintah bertindak tidak sewenang-wenang selalu berdasarkan atas peraturan yang mengaturnya.⁴⁰ Van Apeldorn mengemukakan dua pengertian. tentang kepastian hukum, seperti berikut : 1 Kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku untuk masalah-masalah kongkrit. Dengan dapat ditentukan masalah-masalah kongkrit, pihak-pihak yang berperkara sudah dapat mengetahui sejak awal ketentuan-ketentuan apakah yang akan dipergunakan dalam sengketa tersebut. 2 Kepastian hukum berarti perlindungan hukum, dalam hal ini pihak yang bersengketa dapat dihindari dari kesewenang-wenangan penghakiman. sas pastian hukum adalah suatu jaminan bahwa suatu hukum harus dijalankan dengan cara yang baik atau tepat. Kepastian pada intinya merupakan tujuan utama dari hukum. Jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kchilarifan jati diri serta maknanya. Jika hukum tidak memiliki jati diri maka kum tidak lagi digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang. Munculnya hukum modern membuka pintu

⁴⁰ Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, (Jakarta: Kencana, 2005), h. 59-60

bagi masuknya permasalahan yang tidak ada sebelumnya yang sekarang kita kenal dengan nama kepastian hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan sesuatu yang baru, tetapi nilai Gusti Ngurah Wairocina, Implementasi Good Governance dalam Legislasi Daerah, (Qasi Ilmiah Fakultas Hukum Universitas Udayana, 2008),⁴¹ pilai keadilan dan kemanfaatan secara tradisional sudah ada sebelum era hukum modern, bahkan dalam ajaran hukum Islam. Dalam hal ini aturan yang dijadikan pedoman adalah Al-Qur'an dan hadist sebagai dasar utarna, disisi lain masih ada Letentuan-ketentuan lainnya, misalnya, ijma', qiyas, dsb.

Asas kepastian hukum adalah suatu jaminan bahwa suatu hukum harus dijalankan dengan cara yang baik atau tepat. Kepastian pada intinya merupakan an utama dari hukum. Jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati diri serta maknanya. Jika hukum tidak memiliki jati diri maka hukum tidak lagi digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang. Dalam asas kepastian hukum, tidak boleh ada hukum yang saling bertentangan, hukum harus dibuat dengan rumusan yang bisa dimengerti oleh masyarakat umum. Pengertian asas kepastian hukum juga terkait dengan adanya peraturan dan pelaksanaannya. Kepastian hukum akan mengarahkan masyarakat untuk bersikap positif pada hukum negara yang telah ditentukan. Dengan adanya asas kepastian hukum, maka masyarakat bisa lebih tenang dan tidak akan mengalami kerugian akibat pelanggaran hukum dari orang lain samping itu kepastian hukum dapat diartikan jaminan bagi anggota masyarakat, bahwa semuanya akan diperlakukan oleh negara atau penguasa berdasarkan peraturan hukum, tidak dengan sewenang-wenang. Kepastian hukum merupakan salah satu prinsip, asas utama dari penerapan hukum disamping dan sering berhadapan dengan asas keadilan. Kepastian hukum menuntut lebih banyak penafsiran secara harfiah dari ketentuan undang-undang.

Paham negara hukum berdasarkan keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Jadi ada dua unsur dalam paham

⁴¹ Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, (Jakarta: Kencana, 2005), h. 59-60

negara hukum. Pertama, bahwa hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. Kedua, bahwa norma objektif itu, hukum memenuhi syarat bukan hanya secara formal, melainkan dapat dipertahankan dengan idea hukum.⁴² Hukum menjadi landasan segenap tindakan, dan hukum itu sendiri harus baik dan adil. Baik karena sesuai dengan apa yang diharapkan masyarakat dari hukum, dan adil karena maksud dari segenap hukum adalah keadilan. Demikian maka, pengertian negara berdasarkan hukum itu bahwa segala kehidupan berbangsa dan bernegara dan bermasyarakat harus dirikan atas hukum. Hal ini berarti hukum mempunyai kedudukan yang tinggi dan setiap orang baik pemerintah ataupun warga negara harus tundak terhadap hukum. Selain dalam hukum positif, kepastian hukum juga diatur dalam Islam, hal tersebut bertujuan agar segala hajat hidup manusia dapat berjalan dengan semestinya, tentunya dengan berpedoman dengan Al-Qur'an dan Hadist Dalam Al-Qur'an Surat Al-Israa' ayat 15, Allah Swt berfirman:

مَنْ أَهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا

Barangsiapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), maka sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri, dan barangsiapa yang sesat maka sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan mengazab sebelum Kami mengutus seorang Rosul. Selanjutnya di surat Al-Maidah ayat 95 terdapat ketegasan Illahi yang akan Allah mengampuni kesalahan yang sudah berlalu, yang berbunyi:

⁴² Asas Kepastian Hukum. <http://pengertianmenurutparaahli.com/pengertian-asas-pias-hukum> Diakses pada tanggal 02 Juni 2019 Pkl. 11.43 WIB. H. Ridwan Syahrani, Kata-Kata Kunci Mempelajari Ilmu Hukum, (Bandung: PT. Am, 2009), 124.

يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا
فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ هَدِيًّا بَلِغَ الْكَعْبَةِ
أَوْ كَفْرَةَ طَعَامٍ مَّسْكِينٍ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكِ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهٖ عَفَا اللَّهُ
عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ

95. Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu membunuh binatang buruan[, ketika kamu sedang ihram. Barangsiapa di antara kamu membunuhnya dengan sengaja, Maka dendanya ialah mengganti dengan binatang ternak seimbang dengan buruan yang dibunuhnya, menurut putusan dua orang yang adil di antara kamu sebagai had-yad yang dibawa sampai ke Ka'bah[atau (dendanya) membayar kaffarat dengan memberi Makan orang-orang miskin atau berpuasa seimbang dengan makanan yang dikeluarkan itu, supaya Dia merasakan akibat buruk dari perbuatannya. Allah telah memaafkan apa yang telah lalu. dan Barangsiapa yang kembali mengerjakannya, niscaya Allah akan menyiksanya. Allah Maha Kuasa lagi mempunyai (kekuasaan untuk) menyiksa.

Berdasarkan ayat tersebut, dapat disimpulkan bahwa asas kepastian yaitu tidak ada satu perbuatan pun dapat dihukum, kecuali atas kekuatan ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada dan berlaku untuk perbuatan itu. Asas kepastian hukum adalah yang menyatakan bahwa tidak ada satu perbuatan yang dapat dihukum kecuali atas kekuatan perundang-undangan yang ada sebelum perbuatan itu dilakukan, di samping menyuratkan asas kepastian hukum juga asas hukum tidak boleh berlaku surut (nonretroaktif).⁴³

kerangka konsepsionalnya (*conceptual frame*). Seperti yang diungkapkan Arikunto yang, mengutip pendapat Winarno Surachman⁴⁴ bahwa anggapan dasar/kerangka pemikiran atau postulat adalah sebuah titik tolak pemikiran yang kebenarannya diterima penyelidik/peneliti.

⁴³ Frans Magls Suseno. Etka Palink Prisijs-Pring Moral Der Kenegara M One Gramedia Pustaka Utama, 1994) h. 295

⁴⁴ Winarno Surachman, *Dasar dan tehnik Research*, Penerbit Tarsito, Bandung, 1972, h. 79

Hukum Islam yang eksis dalam kehidupan umatnya selalu mengembangkan kesadaran diri manusia yang beriman tentang kesamaan seluruh manusia dihadapan Allah, tanpa ada faktor diferensial sebenarnya merupakan potensi yang sangat baik sekali untuk dijadikan sebagai salah satu solusi alternatif permasalahan-permasalahan umat sekarang ini.

Dalam hukum Islam terpadu kesadaran moral dan kesadaran sosial yang dari landasan ini dapat dipahami format hukum Islam setidaknya ada empat bidang utama, yaitu bidang ibadah, bidang muamalah, bidang munakahat (*ahwal asy-syakhsyiyah*), dan bidang jinayat yang kesemuanya terdapat hukum-hukum untuk menata pembinaan kehidupan bermasyarakat yang bertanggung jawab terhadap hak-hak setiap manusia untuk dilindungi⁴⁵.

Suatu ciri khas ajaran Islam menurut Yusuf Qardhawiy dalam “*Khashais A'mah Dinil Islam*” dan sebagaimana disimpulkan oleh John L. Epsito dalam “*Islamic And Developmen; Religion and Sociopolitical Change*” adalah keyakinan bahwa agama Islam itu merupakan suatu pedoman cara hidup dan tata sosial yang universal (*rahmatan lil 'alamin*) --- sesuai sepanjang masa. Islam memiliki hubungan yang integral dan organik dengan sosial dan masyarakat⁴⁶. Ajaran dan hukumnya yang bersumber pada wahyu Ilahi berfungsi untuk mengatur semua sistem kehidupan manusia secara *kaaffah*, hal ini karena Islam memiliki konsep yang universal (tidak parsial) dan lengkap tentang alam, kehidupan dan manusia. Kepadanya berpangkal semua persoalan cabang dan yang sifatnya rincian dimana kesemuanya diikat dalam teori-teori, kaidah-kaidah dan syari'at secara keseluruhan⁴⁷.

Dalam masalah yang berkenaan dengan keluarga (rumah tangga), sebenarnya Islam telah menyiapkan seperangkat pengetahuan dan aturan yang berhubungan

⁴⁵Ali Yafie, *Fungsi Hukum Islam Dalam Kehidupan Umat*, Dalam Amarullah Ahmad, dkk. (editor), *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional; Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Busthanul Arifin, SH.*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996, h. 93-94

⁴⁶Yusuf Qardhawiy, *Malamih Al-Mujtama Al-Muslim Alladzi Nansyuduhi*, Maktabah Wahbah, Kairo, 1993, hal. vii

⁴⁷Sayyid Qutb, *Al-Aqidah Al-Ijtima'iyah fil Islami*, Dar Al-Katib Al-Araby, Mesir, tt, h. 24

dengan pengaturan hak dan kewajiban suami isteri dalam sebuah keluarga, semenjak dari bagaimana memininang seorang wanita, tahapan menikah, apa yang menjadi kewajiban suami isteri, hak anak, masalah perceraian, masalah kewarisan dan lain sebagainya dalam sebuah aturan fiqih, yaitu *Al-Ahwal Asy-Syakhshiyah* (hukum keluarga).

Al-Ahwal Asy-Syakhshiyah menduduki tempat strategis dalam hukum Islam, karena aturan-aturan yang dimuat di dalamnya merupakan sebuah jaminan bagi setiap anggota keluarga baik secara fisik, harta maupun kehormatan. Secara historis Satria Effendi M. Zein⁴⁸ mengungkapkan bahwa hukum keluarga Islam selalu memperlihatkan keakrabannya dengan kehidupan umat Islam dalam mengatur rumah tangga Islam, bahkan *Al-Ahwal Asy-Syakhshiyah* telah menjadi simbol bagi ketaatan umat Islam di berbagai dunia Islam sepanjang sejarah, misalnya dalam masalah pernikahan, seorang muslim tidak akan merasa tenang jika putrinya tidak dinikahkan secara Islam.

Diskursus mengenai menikahkan/menikahi wanita hamil menurut hukum Islam, tidak dapat terlepas dari perjalanan pasang-surut hukum Islam yang dan ditaati oleh umat Islam. Di Indonesia, berkenaan dengan masalah kawin hamil dalam Kompilasi Hukum Islam secara tegas dan sekaligus memberikan jalan keluar permasalahan yang begitu sarat dengan perbedaan pendapat, yakni sebagai mana termaktub dalam Pasal 53 :

- (1) Seorang wanita hamil di luar nikah dapat dikawainkan dengan pria yang menghamilinya ;
- (2) Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dilangsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya ;

⁴⁸ H. Satria Effendi M. Zein, *Makna, Urgensi dan Kedudukan Nasab dalam Persoektif Hukum Keluarga Islam*; dalam Mimbar Hukum No.42 Thn X 1999 (Mei-Juni), Al-Hikmah & Ditbinbapera Depag RI, Jakarta, 1999, h. 6-7

- (3) Dengan dilangsungkannya perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandung lahir.

Pasal 118 dan Pasal 119 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa *ṭalaq* terdiri dari :

1. *Ṭalaq raj'i*
2. *Ṭalaq ba'in*

Ṭalaq bain terdiri dari dua pula, yaitu :

1. Bain Sughro
2. Bain Kubro

Ṭalaq bain sughro terjadi karena :

1. *Ṭalaq* yang terjadi karena *qabla al-dukhūl* .
2. *Ṭalaq* dengan tebusan atau *khuluk*.
3. *Ṭalaq* yang dijatuhkan oleh Pengadilan Agama.⁴⁹

Dalam kasus terjadinya *ṭalaq qabla al-dukhūl* terhadap wanita hamil yang menikah dalam keadaan hamil adanya persinggungan antara *ṭalaq raj'i* dan *ṭalaq ba'in* serta akibat hukum dari *ṭalaq* tersebut yaitu maharnya, nafkah dan masa *'iddah*-nya serta kedudukan anak yang sedang dikandung oleh wanita tersebut jika telah melahirkan.

Mengenai mahar pun akan menjadi persoalan karena jika benar-benar *ṭalaq*nya dikategorikan kepada *ṭalaq qabla al-dukhūl*, maka menurut Al-Qur'an surat Al-Baqarah 237 sebagai berikut :

⁴⁹ Departemen Agama RI., Ibid, h. 57-58

وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا
 فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ
 لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

Artinya : “Jika menceraikan isteri-isteri kamu sebelum kamu bercampur dengan mereka, padahal sesungguhnya kamu sudah menentukan maharnya maka bayarlah seperdua dari mahar yang telah kamu tentukan itu, kecuali jika isteri-isterimu itu memaafkan atau dimaafkan oleh orang yang memegang ikatan nikah. Dan Pemaafan kamu itu lebih dekat kepada takwa. Dan janganlah kamu melupakan keutamaan diantara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan”⁵⁰

Apabila terjadi *ṭalaq qabla al-dukhūl* maka akan terjadi dua katagori, jika *qabla al-dukhūl* dan *mahar* bagi perempuan tersebut tidak ditentukan, maka bagi wanita tersebut tidak ada *mahar*, hanya bagi dia itu ada *mut'ah*. Sedangkan jika wanita yang diṭalaq tersebut *qabla al-dukhūl* dan *mahar*-nya telah ditentukan, maka bagi wanita tersebut berhak atas separuh dari *mahar* tersebut.⁵¹

Begitu juga mengenai masa *iddah* dari akibat *ṭalaq* tersebut apakah akan mengikuti masa *iddah* hamil, yaitu sampai wanita yang di-ṭalaq itu melahirkan anak, atau akan mengikuti kepada *ṭalaq qabla al-dukhūl* dengan tidak ada masa *iddah*, namun *ṭalaqnya ba'in sughro*.

Masa *iddah* wanita yang diṭalaq dalam keadaan hamil, yaitu sampai ia melahirkan, sebagaimana firman Allah dalam al-Quran surat al-Ṭalaq ayat 4:

⁵⁰Departemen Agama RI, Ibid, h. 58

⁵¹ Syaikh Muhammad Ali Ash-Shabuni, *Rawai'ul Bayan*, (Terjemahan Drs. H. Moh. Zuhri, Difl, Tafl.dkk.), CV. Asy Syifa Semarang, Tahun 1993, h. 129-130

وَأَلَّيْ يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيْ لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا

Artinya : “... Dan perempuan-perempuan yang hamil, waktu `iddah mereka itu ialah sampai mereka melahirkan kandungannya ...”⁵²

Sedangkan wanita yang di-*talaq* dalam keadaan belum pernah dicampuri (*qabla al-dukhūl*), maka ia tidak mempunyai masa `iddah.⁵³

Selanjutnya mengenai kedudukan anak dari hasil perzinahan tersebut apakah mempunyai hubungan nasab dengan ayahnya atau tidak. Dalam hal ini pun terjadi dilematis, di satu sisi menurut Kompilasi Hukum Islam Pasal 53 pernikahannya dinyatakan sah dengan segala konsekwensinya, namun pada kenyataan pembuahan anak yang dikandung tersebut dilakukan atas perbuatan zina yang dilakukan sebelum terjadinya akad nikah.

Sedangkan berkenaan dengan masalah kedudukan anak Kompilasi Hukum Islam membahas dalam Pasal 99, sebagai berikut bahwa : “Anak yang sah adalah : a. Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah ; b. hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut”.⁵⁴

Prinsip ajaran Islam bahwa setiap anak mempunyai hubungan yang erat dengan ibu dan ayahnya, sehingga jika salah satunya meninggal dunia maka yang satunya menjadi ahli waris terhadap yang lainnya. Para ulama telah sepakat bahwa anak yang lahir karena hubungan suami istri dalam perkawinan yang sah, nasab atau hukum kewangsaan anak tersebut kembali kepada orang tua, yang kemudian orang

⁵²Departemen Agama RI. Lok.Cit., h. 946

⁵³Syaikh Muhammad Ali Ash-Shabuni, Loc.cit., h. 130

⁵⁴Departemen Agama RI., Loc.Cit., h. 51

itu lazimnya yang laki-laki disebut seorang bapak (ayah) dan seorang perempuan disebut seorang ibu⁵⁵ (Asyhari Abd. Ghofar, 1991 : 81).

Fathurrahman Djamil mengatakan : “Islam mengajarkan kepada pemeluknya bahwa anak dilahirkan secara sah sesuai dengan ketentuan dengan ajaran Islam mempunyai kedudukan yang baik dan terhormat. Anak itu mempunyai hubungan dengan ayah dan ibunya, oleh karena ia mempunyai kedua orang tua, maka berhak mendapat pendidikan, bimbingan berikut nafkah atau biaya hidupnya dari orang tua sampai ia berdiri sendiri (dewasa) .

Sedangkan anak yang tidak sah adalah : apabila anak yang dilahirkan secara tidak sah, maka ia tidak dapat dihubungkan dengan bapaknya (tidak sah), kecuali kepada ibunya saja. Dalam hukum Islam, anak tersebut tetaplah dianggap anak yang sah.⁵⁶

Apabila perempuan yang melahirkan anak itu tetap menjadi anak suaminya dan suaminya tidak dapat menolak dengan mengatakan, bahwa anak itu bukan anaknya. Kecuali anak itu lahir sesudah tiga bulan dari perkawinannya, maka ketika itu nyatalah anak itu, bukan anaknya⁵⁷.

Oleh karena pernikahan itu sudah dinyatakan sah menurut hukum, maka tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandungnya lahir.⁵⁸ Konsekwensi logisnya, jika perkawinannya menurut hukum dianggap sah, maka anak yang dilahirkannya pun dianggap anak yang sah dan mempunyai hubungan *nashab* dengan ibunya dan juga dengan bapaknya. Hal ini lain dengan kasus jika dari perzinahan tersebut tidak dilanjutkan dengan proses pernikahan yang anaknya hanya mempunyai hubungan *nashab* dengan ibunya saja.⁵⁹

⁵⁵ Chuzaimah T. Yanggo, *Problematika hukum Islam kontemporer* 1996, h. 106

⁵⁶ M. Ali Hassan, *Masail Fiqhiyah Al-Haditsah*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 1996, h. 82

⁵⁷ Muhammad Yunus, *Hukum Perkawinan Dalam Islam*, 1956, h. 20

⁵⁸ Direktorat Pembinaan Peradilan Agama, *Analisa Hukum Islam Tentang Anak Luar Nikah*, Tahun 2004, h. 112

⁵⁹ Direktorat Pembinaan Peradilan Agama, *Analisa Hukum Islam Tentang Anak Luar Nikah*, Tahun 2004, h. 112

Masalah anak sebetulnya telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusannya Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 13 Pebruari 2012, yang diajukan uji materiil terhadap Pasal 43 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang menyatakan bahwa “Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” hal ini menurut Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah dengan ayahnya.

Akan tetapi putusan Mahkamah Konstitusi tersebut hanya menyatakan bahwa anak tersebut mempunyai hubungan keperdataan dengan dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah dengan ayahnya, tidak ansih anak tersebut menjadi anak yang sah atau anak yang tidak sah, sebab kriteria anak yang sah berdasarkan Kompilasi Hukum Islam Pasal 99 adalah anak yang dilahirkan oleh sebab perkawinan yang sah.