

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Fikih sebagai kumpulan hukum Islam praktis (*'amaliyah*) yang tentunya erat hubungannya dengan segala tindakan manusia, telah membicarakan empat aspek kehidupan manusia, yaitu masalah *ibadah*, *mu'amalat*, *munakahat* dan *jinayat*.¹ Fikih berkembang sejalan dengan perkembangan Islam sendiri. Masa pembinaan hukum terjadi pada saat Rasulullah SAW masih hidup. Pada saat itu, problematika hukum pasti terpecahkan dengan petunjuk teks wahyu (al-Qur'an dan al-hadits) mengingat sang penerima dan menyampaikan wahyu masih hidup.

Pasca wafatnya nabi Muhammad SAW, muncul berbagai problematika sosial yang perlu disikapi dan diselesaikan oleh kebijakan Islam. Namun ternyata, teks wahyu tidak selalu dapat menjangkau permasalahan hukum secara langsung. Oleh karena itu, para sahabat berusaha menyelesaikan problem sosial untuk dicarikan solusi dan kepastian hukumnya melalui penalaran atas wahyu yang telah ada.²

Deskripsi singkat ini menunjukkan bahwa hukum Islam sejak awal telah berusaha menepati fungsinya untuk mengendalikan masyarakat sehingga perlu disesuaikan dengan keadaan masyarakat dan hukum Islam telah lahir sejak adanya Islam itu sendiri.

1 Ibnu Muhammad Syatha al-Dimyathi, *I'ānah al-Thālibin*, Vol. III (Beirut: Dar al-Fikr, 1998), hlm. 3.

2 Shobirin, *Fiqh Madzhab Penguasa* (Kudus: Brillian Media Utama, 2009), hlm. 169-228., Muhammad Musa, *al-Ijtihad wa Mada Hajatina ilayhi Fi Hadha al-'Asr* (Mesir: Dar al-Kutub al-Haditsah, 1972), hlm. 97-100.

Pada mulanya ajaran fikih meliputi aspek teologi, akhlak dan syariat, sebagaimana dipahami oleh *fuqahâ*'' generasi Imam *Abu Hanifah* (W.150 H). *Fiqh* (atau dapat ditulis dengan kata Fikih) adalah segala pengetahuan yang dipahami dari kitab suci al-Qur'an dan hadis nabi Muhammad SAW. Menurut *Abu Hanifah* fikih diartikan lain sebagai bentuk "*al-Fiqh huwa ma'rifat al-nafs ma lahaa wa ma 'alayha* " (Fikih adalah pengetahuan tentang hak dan kewajiban seseorang). Imam *Badr al-Din al-Zarkasy* (W.794 H) dalam bukunya *al-Bahr al-Muhith* mengatakan, fikih pada dasarnya adalah pengetahuan yang mencakup seluruh aspek aturan agama yang mengantarkan manusia pada pengetahuan tentang Tuhan, ke-Esa-an Tuhan, dan sifat-sifat-Nya, para nabi dan rasul-Nya, tentang tingkah laku manusia, akhlak, apa yang perlu dilakukan oleh manusia sebagai hamba-Nya, dan lain-lain. Untuk menjelaskan semua itu, Imam *Abu Hanifah* menulis sebuah buku berjudul, *al-Fiqh al-Akbar* atau Fikih besar.³ Pengertian fikih sebagaimana dirumuskan Imam *Abu Hanifah* di atas tampaknya diambil dari arti fikih menurut makna aslinya. Fikih menurut makna aslinya adalah mengetahui dan memahami sesuatu (*al-'ilm bi al-syai'i wa al-fahmu lahu*).⁴ Belakangan arti fikih menyempit menjadi:

العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية⁵

Terminologi ini menunjukkan bahwa fikih merupakan produk hukum mujtahid yang digali dari hasil komunikasi antara teks wahyu, nalar *fuqahâ*'' dan realitas

³ *Badr al-Din al-Zarkasy, al-Bahr al-Muhith, Vol. I (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 2000), hlm. 16.*

⁴ *Ibid.*, hlm. 13.

⁵ *Taqy al-Din 'Ali ibnu 'Abd al-Kafi al-Subki, al-Ibhâj fi Syarh al-Minhâj 'alâ Minhâj al-Wushûl ilâ 'Ilm al-Ushûl li al-Baydhawi, Vol. I (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyah, tt.), hlm. 28.*

sosial sehingga fikih bersifat reseptif terhadap perubahan dan problematika sosial. Oleh karena itu, sangat tepat jika perumusan fikih dalam menghadapi realita sosial yang terus berkembang tetap memperhatikan kondisi sosial. Bukti bahwa fikih tetap memperhatikan kondisi sosilogis adalah penisbatan fikih pada daerah perumusannya seperti fikih *Hijazi*, fikih *Kufi*, fikih *'Iraqi*.⁶ Juga penisbatan fikih terhadap perumus awal yang biasa disebut dengan fikih mazhab *Hanafiyah*, *Malikiyah*, *Syafi'iyah*, dan *Hanabilah*.

Penyerapan aspek sosial dalam hukum Islam antara lain melalui '*Urf* atau 'adat. '*Urf* dan 'adat oleh mayoritas *fuqahâ'* dinilai memiliki maksud yang sama, yakni sesuatu yang diciptakan oleh mayoritas golongan dan dilaksanakan secara berulang kali (diadakan) dan diberlakukan dalam kehidupan, baik berbentuk ucapan maupun perbuatan.⁷ Penetapan fikih melalui '*Urf* dinilai lebih komprehensif dan progresif jika dibandingkan dengan perumusan fikih yang hanya mengedepankan teks al-Qur'an dan hadis belaka sehingga terkadang terjebak pada pemahaman bentuk luarnya saja hingga tidak terungkap substansi maknanya.⁸

Ketika formulasi fikih lebih didominasi oleh faktor sosial yang mengelilingi mujtahid, seharusnya fikih merupakan produk hukum yang bersifat aplikatif. Namun realitanya, masih banyak formula fikih yang belum mampu menyikapi problematika hukum. Di antaranya adalah formulasi fikih pernikahan tentang hak *ijbâ'r* wali.

⁶ A. Qadri Azizy, *Ekleksitisme Hukum Nasional, Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Yogyakarta: Gama Media, 2002), hlm. 21-22.

⁷ Muhammad Sidqi al-Burnu, *al-Wajiz fi Idah al-Qawâ'id al-Fiqhi al-Kulliyah*, (Riyadh: Maktabat al-Tawbah, 1998.), hlm. 220.

⁸ Thoha Hamim, *Islam dan NU di Bawah Tekanan Problematika Kontemporer*, (Surabaya: Diantama, 2004), hlm. 171.

Ada beberapa kaidah *urf* yang seringkali menghiasi perubahan hukum sosial kemasyarakatan. Kaidah pertama:

إستعمال الناس حجة يجب العمل بها

Kaidah di atas berkaitan dengan kegiatan masyarakat secara umum di suatu daerah dapat dijadikan dalil hukum di wilayah hukum tersebut sepanjang tidak bertentangan dengan syariat.⁹ Kaidah kedua dan ketiga:

إنما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

العبرة للغالب الشائع للنادر

Dua kaidah di atas merupakan sebagian dari syarat-syarat '*Urf*, agar bisa diterima oleh *syar'i* dan bisa mempengaruhi hukum, yaitu '*Urf* tersebut disyaratkan harus berlaku secara umum dan menyeluruh.¹⁰

Yang dimaksud dengan kata *iththiraad* adalah, sesuatu perbuatan bisa disebut sebagai '*Urf* kalau dilakukan secara kontinyu dalam keadaan yang sama, tidak bersifat temporal atau berbeda-beda dari satu waktu ke waktu yang lain.¹¹ Kaidah keempat:

كل ما ورد به الشرع ولا ضابط فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرفي

Kaidah kelima:

أن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط كما تنزل منزلة صريح الأقوال في النطق بالأمر المتعارف

⁹ Ali Haidar, *Durâr al-Hukkâm Syarh Majallât al-Ahkâm*, (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, t.t), hlm. 163.

¹⁰ Musthafa Ahmad Zarqa, *Syarh al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah*, (Damaskus: Dar al-Qalam, 1996), hlm. 65.

¹¹ Muhammad 'Azam, *Syarh al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah*, (Kairo: Dar al-Hadits, 2005), hlm 123.

Kaidah keenam:

التعيين بالعرف كالتعيين بالناس

Kaidah ketujuh:

لا يَنكُرُ تَغْيِيرَ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ

Kaidah yang terakhir disebutkan merupakan kaidah yang berkaitan secara langsung dengan fenomena perubahan hukum mengikuti perkembangan zaman maupun kondisi. Ada banyak perubahan di bidang hukum yang pernah kita jumpai, terutama masalah perkawinan yang sudah diatur sedemikian rupa sesuai dengan kebiasaan masyarakatnya ke dalam bentuk undang-undang perkawinan.

Berdasarkan beberapa contoh kaidah yang sudah disebutkan di atas sudah seharusnya paradigma yang berkaitan dengan pernikahan paksa oleh wali yang disebut *mujbir* dianggap tidak memiliki relevansi nilai hak dan keadilan terhadap kaum perempuan. Jika dahulu kaum perempuan masih layak dikatakan tidak cakap dalam memilih pasangan karena minimnya pengalaman dan daya pikir mereka yang lemah, pada kenyataannya berbeda dengan zaman sekarang. Pertimbangan seseorang terhadap suatu keputusan dewasa ini sangat dipengaruhi oleh perkembangan pendidikan dan pengetahuan yang bisa diakses dari berbagai macam media; majelis *ta'lim*, forum seminar, buku, koran, majalah, internet, media sosial dan lain-lain yang merupakan kemudahan mereka “kaum perempuan” dapat berkembang lebih cepat dalam pertumbuhan dan kedewasaan.

Hak *ijbâr* oleh banyak orang dipahami sebagai hak mutlak bagi wali (bapak atau kakek) untuk menikahkan anak atau cucu perempuan tanpa seizin mereka. Hal ini menimbulkan asumsi umum bahwa Islam membenarkan kawin paksa.

Berdasarkan uraian tersebut, para ulama berbeda pendapat mengenai *'illat* hukum berupa sikap diamnya si gadis.

1. Golongan pertama memandang bahwa yang menjadi sebab (*'illat*) hukum agama yang berupa pernyataan izin dari gadis cukuplah dengan sikap diamnya adalah sifat pemalunya. Tegasnya, sifat malunya adalah kriteria yang menentukan seorang wanita dipandang sebagai (berstatus) gadis. Termasuk ke dalam golongan pertama ini antara lain adalah Imam *Abu Hanifah* dan Imam *Malik*.
2. Golongan kedua memandang bahwa yang menjadi *'illat* hukum agama yang berupa pernyataan izin dari gadis cukuplah dengan sikap diamnya adalah karena keperawanannya yang masih utuh. Tegasnya, keperawanan yang masih utuh adalah kriteria yang menentukan seorang wanita dipandang sebagai gadis. Termasuk ke dalam golongan ini antara lain adalah Imam *Al-Syafi'i* dan Imam *Ahmad*.

Atas dasar pandangan tersebut, menurut golongan yang pertama, gadis yang hilang keperawanannya dengan persetubuhan haram (zina) tetap dihukumi gadis selama tidak diketahui umum, karena sifat pemalunya masih terpelihara. Sedangkan yang masih utuh keperawanannya karena diceraikan oleh suaminya yang impoten disamakan dengan hukum janda. Dari sini dapat juga dikatakan bahwa golongan ini menggunakan istilah janda menurut pengertian *'urfi*, yaitu yang pernah bersuami walaupun keperawanannya masih utuh.

Sedangkan menurut golongan kedua adalah sebaliknya. Wanita yang hilang keperawanannya dengan jalan zina (walaupun dengan benda lain), menurut

sebagian kalangan *Syafi'iyah* hukumnya adalah janda. Sedangkan yang masih utuh keperawanannya karena dicerai oleh suaminya tetap dihukumi gadis. Jadi, golongan kedua ini memandang janda menurut pengertian bahasa, yaitu yang belum hilang keperawanannya.

Kaitannya dengan kebebasan dan persetujuan wanita (calon istri) dan perkawinan, Imam *Al-Syafi'i* mengklasifikasikan wanita kepada tiga kelompok, yakni: 1). gadis yang belum dewasa, 2). gadis dewasa, dan 3). janda. Untuk gadis yang belum dewasa, batasan umurnya adalah belum berusia lima belas tahun atau belum keluar darah haid, seorang bapak boleh menikahkan tanpa seizinnya lebih dahulu, dengan syarat menguntungkan dan tidak merugikan si anak. Sebetulnya, wali tidak boleh memaksa menikahkan kalau merugikan atau menyusahkan seorang anak. Dasar penetapan hak *ijbâr* menurut *Al-Syafi'i* adalah tindakan Nabi Muhammad SAW yang menikahi 'Aisyah ketika masih berusia enam atau tujuh tahun dan melakukan hubungan setelah berumur sembilan tahun. Tindakan *Abu Bakar* yang menikahkan anaknya yang masih belum dewasa ini, ditambah dengan alasan bahwa semua urusan anak kecil merupakan tanggungjawab orang tuanya, oleh *Al-Syafi'i* dijadikan dasar untuk menetapkan adanya hak *ijbâr* bapak pada anak yang belum dewasa. Dengan catatan, gadis berhak memilih (*khiyâr*) kalau kelak sudah dewasa.

Adapun perkawinan anak gadis dewasa, ada hak berimbang antara bapak (wali) dengan anak gadisnya. Hak bapak didasarkan pada paham sebaliknya (*mafhum mukhâlafah*) hadis yang mengatakan, "janda lebih berhak pada dirinya". Menurut *Al-Syafi'i*, *mafhum mukhâlafah* hadis ini adalah bapak lebih berhak

menentukan urusan perkawinan anak gadisnya. Meskipun dianjurkan musyawarah antara kedua belah pihak (anak gadis dewasa tersebut dengan wali atau bapak).

Dari penjelasan *Al-Syafi'i* di atas, terlihat bahwa mengenai gadis dewasa pun hak wali (bapak) melebihi hak gadis. Menurut *Al-Syafi'i*, izin gadis bukan lagi suatu keharusan (*fard*) tetapi hanya sekedar pilihan (*ikhtiyâr*). Pandangan beliau berfokus bahwa bapak (wali) boleh mengurus wanita dalam pernikahannya apabila pernikahan tersebut menguntungkan bagi wanita dan tidak mendatangkan kerugian (*mafsadât*). Sebagaimana diperbolehkan penjualan dan pembelian yang dilakukan oleh bapak atas nama wanita *bikr* dengan tidak mendatangkan *mafsadât* atasnya pada penjualan dan pembelian tersebut. Alasannya bahwa gadis belum mengetahui tentang hal-hal yang berhubungan dengan pernikahan karena belum punya pengalaman. Jadi, walaupun gadis itu dewasa dalam hal ini disamakan dengan gadis yang belum dewasa di mana bapak mempunyai hak *ijbâr* terhadapnya. Oleh karena itu, yang menjadi 'illat diperbolehkannya *ijbâr* adalah kegadisan.

Imam *Hanafi* berpendapat bahwa diperbolehkannya *ijbâr* karena adanya 'illat (alasan atau dasar) tidak adanya keahlian bagi anak yang masih kecil, orang gila, kurang akal, tidak *mumayyiz*. Lebih lanjut Imam *Hanafi* memaparkan bahwa wali nikah tidak berhak menikahkan anak perempuannya baik janda maupun gadis dewasa. Menurut beliau, kematangan adalah mereka yang sudah *baligh* dan berakal sehat atau dalam bahasa Arab disebut *al-balighah al-'aqillah*. Landasan analogi (*qiyâs*) gadis dewasa yang disamakan dengan janda, kesamaannya terletak pada sisi kedewasaan, bukan pada status. Kedewasaan seseorang memungkinkan dirinya untuk menyampaikan secara eksplisit tentang sesuatu yang ada di dalam hati atau

pikirannya. Ia juga dapat mengerjakan sesuatu secara terbuka dan tidak malu-malu. Oleh karena itu, gadis dewasa dapat disamakan dengan perempuan janda. Sedangkan janda, baik yang masih kecil maupun yang sudah dewasa, menurut *Al-Syafi'i*, wali *mujbir* tidak boleh menikahkan mereka tanpa izin atau persetujuan darinya karena ia lebih berhak terhadap dirinya dalam masalah perkawinan.

Ada pemetaan yang menarik yang dibuat oleh *Ibn Rusyd* tentang perbedaan cara pandang ulama berkaitan dengan hak bagi wanita yang dapat dirinci secara garis besar sebagai berikut:

1. Ulama sepakat bahwa untuk para janda maka harus ada kerelaan.
2. Ulama berbeda pendapat tentang seorang gadis perawan yang sudah *baligh*. Menurut Imam *Malik*, Imam *Al-Syafi'i* dan *Ibnu Abi Laila* yang berhak memaksa perempuan yang masih perawan hanyalah bapak. Sedangkan menurut Imam *Hanafi*, Imam *as-Tsauri*, Imam *al-Auza'i*, *Abu Sur*, dan sebagian lainnya wajib ada persetujuannya.
3. Janda yang belum *baligh*, menurut Imam *Malik* dan Imam *Hanafi* dapat memaksanya untuk menikah. Sedangkan menurut Imam *Al-Syafi'i* tidak boleh dipaksa. Sedangkan ulama *mutakhirin* mengklasifikasikannya menjadi tiga pendapat, yaitu: *pertama*, menurut Imam *Ashhab* bahwa seorang bapak dapat memaksa untuk menikahkan janda selama ia belum *baligh* setelah dicerai. *Kedua*, pendapat Imam *Sahnun* bahwa bapak dapat memaksanya walaupun sudah *baligh*. *Ketiga*, pendapat Imam *Abi Tamam* bahwa bapak tidak dapat memaksanya walaupun ia belum *baligh*.

Hak *ijbâr* wali adalah hak yang dimiliki wali (ayah) untuk menikahkan anaknya secara paksa.¹² Pihak yang boleh dipaksa menurut sebagian *Malikiyah*, *Syafi'iyah* dan sebagian *Hanabilah* adalah anak gadis, baik yang sudah dewasa maupun yang masih kecil. Sedangkan menurut sebagian ulama *Malikiyah*, *Hanafiyyah* dan *Hanabilah* adalah gadis maupun janda yang masih kecil.¹³

Menurut *Ibnu Taimiyyah*, hak *ijbâr* tidak terletak pada objek kegadisan dan kejandaan, meskipun dalam hadis *Muslim* secara eksplisit dikatakan janda (*al-Ayyim*), melainkan terletak pada unsur kedewasaannya. Oleh karena itu, hak *ijbâr* wali akan hilang apabila anak yang akan dinikahkannya sudah dewasa, baik ia masih gadis maupun sudah pernah menikah. Sebaliknya, sekalipun ia pernah menikah tetapi belum dewasa, seorang wali masih memiliki hak *ijbâr* terhadapnya.

Sedangkan *Ahmad Azhar Basyir*, wali *mujbir* adalah wali yang mempunyai hak memaksa pada anak gadisnya tanpa izin gadis yang bersangkutan. Wali *mujbir* dapat menggunakan hak *ijbâr*-nya terhadap anak gadisnya, tetapi harus memperhatikan prinsip suka rela si gadis yang dalam perwaliannya. Oleh karena itu, diperlukan beberapa persyaratan untuk dapat menggunakan hak *ijbâr* terhadap anak gadisnya, yaitu:

1. Laki-laki pilihan wali harus *kufu'* (seimbang) dengan gadis yang dinikahkan.
2. Antara wali *mujbir* dengan gadis tidak ada permusuhan.
3. Antara gadis dengan laki-laki calon suami tidak ada permusuhan.
4. Calon suami harus sanggup membayar mas kawin dengan tunai.

¹² Ibnu Muhammad Syatha al-Dimyathi, *Op.cit.*, hlm. 353-354.

¹³ Abu al-Walid Muhammad bin Ahmad bin Rusyd al-Qurthubi al-Andalusi, *Bidâyat al-Mujtahid wa Nihâyat al-Muqtasid*, Vol. II (Beirut: Dar al-Fikr, t.t), hlm. 4-5.

5. Laki-laki pilihan wali akan dapat memenuhi kewajiban-kewajibannya terhadap istri dengan baik dan tidak terbayang akan berbuat yang mengakibatkan kesengsaraan istri.

Rumusan hak *ijbâr* menurut *al-Qardhawi* telah terpengaruh kondisi sosial dan lingkungan pada masa itu. Sebab tradisi yang berlaku pada waktu itu perempuan lebih bersifat pasif dan eksklusif dari pergaulan laki-laki sehingga perempuan dinilai tidak layak dalam memilih laki-laki.¹⁴ Karena itu, gadis dipersonifikasikan sebagai perempuan yang tidak mengetahui tujuan dan maslahat nikah. Sedangkan anak kecil dipersonifikasikan sebagai orang yang tidak memiliki efektifitas fungsi akal (*qushûr al-'aqli*) sehingga dinilai tidak cakap hukum.¹⁵

Namun demikian, sebagai masyarakat Muslim Indonesia, di samping ada fikih di satu pihak, khususnya mazhab *Syafi'i*, di pihak yang lain juga harus tunduk dan patuh terhadap peraturan perundang-undangan, termasuk dalam kategori ini adalah Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Hak *ijbâr* wali dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam), tidak ada keterangan jelas. Berkaitan dengan wali, dalam Pasal 19 diterangkan bahwasanya “Wali dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai perempuan yang bertindak untuk menikahkannya”. Pasal 20 menjelaskan bahwa “Yang bertindak sebagai wali nikah ialah seorang laki-laki yang memenuhi syarat hukum Islam yakni Muslim, *aqil* dan *baligh*. Dan wali nikah terdiri dari: Wali nasab dan

¹⁴ Yusuf al-Qardhawi, <http://anawaladunsholih.blogspot.com/2011/11/kesalahan-dalam-memahami-konsep-ijbar.html> (10 November 2015), hlm. 2.

¹⁵ Kamal al-Din Muhammad al-Siwasi, *Syarh Fath al-Qadir*, Vol. III (Beirut: Dar al-Fikr, t.t), hlm. 261.

Wali hakim”. Berkaitan dengan hak *ijbâr*, justru terdapat pasal yang dapat melemahkannya. Pasal 72 menjelaskan bahwa “Batalnya perkawinan adalah perkawinan tanpa wali atau dilaksanakan oleh wali yang tidak berhak dan perkawinan yang dilaksanakan dengan paksaan”. Hal ini berarti bahwa hak *ijbâr* wali dalam Pasal 72 KHI tidak diperbolehkan karena dalam *ijbâr* terdapat unsur paksaan.

Perempuan gadis dan anak kecil sama-sama mengandung makna tidak mampu mempertimbangkan kemaslahatan diri atau tidak dewasa.¹⁶ Sedangkan ukuran kedewasaan seseorang menurut *fuqahâ*” dikembalikan kepada ‘*Urf*’.¹⁷ Dengan demikian, hak *ijbâr* merupakan produk mujtahid yang dipengaruhi ‘*Urf*, sehingga hak *ijbâr* tersebut tidak sesuai untuk kondisi sosial atau ‘*Urf* di Indonesia saat ini, sebab sistem pernikahan di Indonesia menerapkan asas kedewasaan,¹⁸ dan asas persetujuan mempelai.¹⁹ Sistem tersebut dimaksudkan untuk menghindari dampak negatif nikah paksa dan nikah di bawah usia, seperti tidak terpenuhinya hak dan kewajiban suami istri serta kegagalan berumah tangga.²⁰

Penelitian ini mencoba untuk mengungkapkan pengaruh ‘*Urf* terhadap hak *ijbâr* wali perspektif *madzâhib al-‘arba’ah* dan beberapa *fuqahâ*’ kontemporer. Oleh karena itu, judul tesis ini adalah “Hak *Ijbâr* Wali Dalam Perspektif ‘*Urf*”.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Ahmad bin ‘Ali Si’ar al-Mubarakî, *al-‘Urf wa Atharuhu fî al-Shari’ah wa al-Qanun* (Riyad: al-Mamlakah al-‘Arabiyah al-Su’udiyah, 1992), hlm. 202.

¹⁸ Pasal 6 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan., pasal 15 ayat (2) KHI.

¹⁹ Pasal 6 ayat (1) UU No 1 Th. 1974 Tentang Perkawinan dan pasal 16 KHI.

²⁰ Pera Sopariyanti, *Menilai Kawin Paksa Perspektif Fiqh dan Perlindungan Anak* (Jakarta: Rahima, 2008), hlm. 30-32.

B. Rumusan Masalah

Berpijak pada latar belakang di atas, rumusan masalah dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Bagaimana kajian data tentang hak *ijbâr* dan '*urf*'?
2. Bagaimana hak *ijbâr* wali dalam perspektif '*urf*'?

C. Definisi Istilah

1. Hak *Ijbâr/wali mujbir* : Hak merupakan kekuasaan, kewenangan yang diberikan oleh hukum kepada subjek hukum; tuntutan sah agar orang lain bersikap dengan cara tertentu; kebebasan untuk melakukan sesuatu menurut hukum.²¹ Sedangkan yang dimaksud dengan hak *ijbâr* di sini adalah yang mempunyai hak memaksa pada anak gadisnya tanpa izin gadis yang akan dinikahkan. Adapun wali *mujbir* adalah wali nasab yang berhak memaksakan kehendaknya untuk mengawinkan calon mempelai perempuan tanpa minta ijin dari yang bersangkutan.²²
2. Perspektif : Pandangan/pemikiran dari seseorang maupun kelompok yang menyoroti sesuatu teori, peristiwa, maupun permasalahan.

²¹ *Ibid.*, hlm. 230.

²² *Ibid.*, hlm 642.

3. *'Urf* : Menurut Imam *Jurjani* kata *Al-Urfi* berarti sesuatu yang menjadi sebuah ketetapan dalam jiwa dengan penyaksian akal dan sesuai penerimaan dengan kebiasaan tingkah laku. Atau dengan kata lain sesuatu yang dilakukan oleh orang banyak secara berkesinambungan atas hukum akal dan terus menerus dilakukan menjadi sebuah kebiasaan.²³ Sedangkan dalam kamus hukum kata *Al-Urfi* dikategorikan dalam hukum adat yang berarti hukum rakyat. Atau dalam hukum progresif disebut hukum yang hidup di masyarakat sebagai pencerminan adat yang telah melembaga.²⁴

D. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Menguraikan kajian data tentang hak *ijbâr* wali dan *'urf*.
2. Menjelaskan batasan hak *ijbâr* wali dalam perspektif *'urf*.

E. Alasan Memilih Judul

1. Hak *ijbâr* merupakan hak yang menurut penulis tidak dapat dihilangkan begitu saja atas dasar alasan tidak sesuai dengan situasi dan kondisi

²³ Syarif Ali bin Muhammad Al-Jurjani, *At-Ta'rifaat*, (Singapura-Jeddah-Indonesia: Al-Haramain, 2001), hlm. 146.

²⁴ M. Marwan dan Jimmy P, *Kamus Hukum*, (Surabaya: Reality Publisher, 2009), hlm 256.

(kebudayaan masyarakat). Oleh karena itu, penulis tertarik untuk memposisikan kembali hal *ijbâr* sebagai hak prerogatif wali nikah berada pada posisi yang seharusnya, tanpa berusaha menafikan konsep *ijbâri* tersebut.

2. *Urf* merupakan hal yang paling dominan menjadi pisau analisis dalam berbagai penelitian hukum empirik. Banyak hal fenomena kajian hukum di masyarakat dapat dikaitkan dengan kajian *urf* ini sehingga penulis merasa perlu melakukan kolaborasi kajian dan berusaha mengkorelasikannya dalam bentuk analisa hukum dari sudut pandang kebiasaan masyarakat (*urf*).

F. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini diharapkan memberikan manfaat, baik secara praktis maupun teoritis. Secara teoritis sebagai sumbangan pemikiran dan memperluas pengetahuan hukum Islam, khususnya dalam bidang fikih pernikahan mengenai hak *ijbâr* wali dan tentang kaidah '*Urf* sebagai metode dalam menyelesaikan problematika sosial.

Secara praktis, penelitian ini diharapkan mampu memberikan solusi yang tepat untuk mengatasi permasalahan hukum Islam yang dinilai kurang sesuai dengan realitas sosial, serta dapat dijadikan bahan perumusan konsep masa depan hukum yang lebih responsif dan progresif sehingga fikih mampu menjadi hukum terapan di segala lini kehidupan.

G. Metode Penelitian

1. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Dilihat dari fokus kajiannya, penelitian ini tergolong penelitian filsafat hukum, karena fokus kajian dalam penelitian ini adalah tentang hak *ijbâr* wali yang dianalisis melalui kacamata '*Urf*. Oleh karena itu, penulis merasa perlu mengkaji dan membandingkan latar kesejarahan (konteks sosial) dalam perspektif '*Urf* era perumusan dan era kekinian sehingga dapat dirumuskan formulasi baru mengenai fikih nikah yang memiliki nilai keadilan yang seimbang.

Dilihat dari operasional pengumpulan sumber hukum yang dikaji, penelitian ini tergolong *library research* (studi kepustakaan). Praktisnya, penelitian ini dilakukan dengan penelaahan bahan-bahan tertulis berupa buku-buku, kitab-kitab, perundang-undangan atau bahan tertulis lainnya yang relevan dengan masalah hak *ijbâr* wali dan '*Urf*.

Dilihat dari jenisnya, penelitian ini tergolong penelitian deskriptif-analitis, yakni penelitian yang bertujuan untuk memperoleh gambaran secara utuh dan sistematis, faktual dan akurat terhadap data-data dan fakta-fakta yang ada dalam buku, kitab, dan perundang-undangan.

2. Sumber Hukum

Mengingat penelitian ini tergolong penelitian hukum normatif yang berbentuk *library research* maka analisa datanya tergolong penelitian kualitatif. Oleh karena itu, sumber hukum yang digunakan adalah sumber hukum sekunder

(*secondary data*),²⁵ berupa bahan pustaka berbentuk dokumen tertulis '*Urf* dan formulasi fikih hak *ijbâr* wali dalam kitab, buku, perundang-undangan, bahan tertulis lain yang berhubungan.

Sekalipun bersifat bahan hukum sekunder, bahan hukum yang dijadikan data penelitian mencakup bahan hukum primer, sekunder dan tertier.²⁶ Adapun bahan-bahan hukum dalam penelitian ini adalah:

- a. Bahan hukum primer penelitian ini adalah *al-'Urf wa Atharuhu fi al-Tasyri' al-Islâmi* karya *Musthafâ Abd al-Rahîm Abû Ujailah. Athar al-'Urf fi al-Tasyri' al-Islâmi* karya *Sâlih 'Awad*.
- b. Bahan hukum sekunder dalam penelitian ini adalah;
 - A. Qadri Azizy, *Ekleksitisme Hukum Nasional, Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*.
 - A. Qadri Azizy, *Reformasi Bermadzhab, Sebuah Ikhtiar Menuju Ijtihad Sainifik Modern*.
 - Abdul Mun'im Saleh, *Hukum Manusia Sebagai Hukum Tuhan, Berfikir Induktif Menemukan Hakikat Hukum Melalui al-Qawaid al-Fiqhiyah*.

²⁵ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Perss, 2010), hlm. 51.

²⁶ Menurut Soerjono Soekanto, sumber data penelitian hukum terbagi dalam primer dan sekunder. Data primer adalah data yang diperoleh secara langsung dari masyarakat mengenai perilaku secara empiris. Data sekunder adalah data yang diperoleh dari bahan kepustakaan. Adapun data sekunder dari sudut kekuatan mengikatnya digolongkan dalam tiga bahan hukum: primer (bahan hukum yang mengikat seperti norma dasar; preamble UUD 1945, Pancasila, batang tubuh UUD 1945, Peraturan perundang-undangan, hukum tidak terkodifikasi seperti hukum adat, yurisprudensi), bahan hukum sekunder (bahan yang memberikan penjelasan bahan primer seperti hasil penelitian, hasil karya pakar), dan bahan hukum tertier (bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan pada bahan primer dan sekunder, seperti kamus, Ensiklopedia, dll.). Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI-Perss, 2010), hlm. 51-52.

- Abû al-Walid Muhammad bin Ahmad bin Rusyd al-Qurthubi al-Andalusi, *Bidâyat al-Mujtahid wa Nihâyat al-Muqtasid*.
 - Ali Haidar, *Durâr al-Hukkâm Syarh Majallât al-Ahkâm*.
 - Amir Syarifuddin, *Ushûl Fiqh 2*.
 - Badr al-Din al-Zarkashi, *al-Bahru al-Muhith*.
 - Ibnu Muhammad Syatha al-Dimyathi, *I'ânah al-Thâlibin*.
 - Muhammad 'Azam, *Al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah*.
 - Muhammad Musa, *al-Ijtihâd wa Madâ Hâjâtina ilayhi Fî Hadza al-'Asr*.
 - Muhammad Sidqi al-Burnu, *al-Wajîz fî Iddah al-Qawâ'id al-Fiqhi al-Kulliyah*.
 - Musthafa Az-Zarqa, *Syarh al-Qawâ'id al-Fiqhiyyah*.
 - Salih 'Awad, *Athar al-'Urf fî al-Tasyri' al-Islâmi*.
 - Shobirin, *Fiqh Madzhab Penguasa*.
 - Taqyu al-Din 'Ali ibnu 'Abd al-Kafi al-Subki, *al-Ibhâj fî Syarh al-Minhâj 'alâ Minhâj al-Wushûl ilâ 'Ilm al-Ushûl li al-Baydhawi*.
 - Thoha Hamim, *Islam dan NU di Bawah Tekanan Problematika Kontemporer*.
 - Umar Syihab, *Al-Qur'an dan Kekenyalan Hukum*. Dll.
- c. Bahan hukum tertier dalam penelitian ini adalah kamus dan ensiklopedi yang berhubungan dengan bahan hukum primer dan sekunder. Di samping itu tafsir dan hadis patut digunakan dalam penelitian ini, terutama yang terkait dengan pembahasan.

3. Teknik Pengumpulan Sumber Hukum

Teknik pengumpulan sumber hukum pada penelitian kali ini menggunakan metode kepustakaan.²⁷ Aplikasi metode ini dengan mengumpulkan sumber hukum di perpustakaan dalam bentuk buku, kitab atau tulisan lainnya yang menjelaskan tentang hak *ijbâr* wali dan '*Urf*'. Kemudian, sumber hukum diklasifikasi berdasarkan kesamaan isi dan kemudian dibandingkan serta dijabarkan dalam bentuk narasi deskriptif.

4. Teknik Analisa Sumber Hukum

Sumber hukum tentang hak *ijbâr* wali dan '*Urf*' yang diperoleh dari studi kepustakaan selanjutnya dianalisis secara deskriptif kualitatif dengan metode *content analysis* atau analisis isi.²⁸ Artinya konsepsi '*Urf*' dalam *ushul al-fiqh* dan *al-qawâ'id al-fiqhiyah* serta formulasi *fiqh* klasik tentang hak *ijbâr* wali dianalisa isinya dan diukur dengan realitas sosial dan formulasi hukum pernikahan saat ini terlebih di Indonesia, kemudian dibandingkan untuk menemukan perbedaan dan pertentangan lalu di reduksi bagi data yang kurang valid atau kurang kuat dan selanjutnya dianalisa untuk menemukan benang merah di antaranya. Pendekatan *ushul fiqh* dan *al-qawâ'id al-fiqh* yang sesuai

²⁷ Adalah metode pengumpulan data dengan bantuan bermacam-macam materi yang ada di perpustakaan dengan bantuan buku-buku, majalah-majalah, catatan-catatan dan kisah-kisah sejarah, pengumpulan data diawali dengan mencari teori-teori yang berhubungan dengan pembahasan yang diambil dari kepustakaan, kemudian di Telaah dan dikaji hingga menjadi data yang di butuhkan untuk penyelesaian penelitian. Mardalis, *Metode Penelitian* (Jakarta: Bumi Aksara, 2002), hlm. 28.

²⁸ Analisis sumber hukum yang dilakukan sebagaimana analisis dalam penelitian kualitatif terdiri dari tiga alur, yaitu: reduksi sumber hukum, penyajian sumber hukum, dan penarikan kesimpulan atau verifikasi. Analisis data dalam penelitian ini menggunakan analisis deskriptif kualitatif (deskriptif kualitatif). Yakni penelitian ini bertujuan menggambarkan suatu keadaan yang dipandang dari segi hukum. Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktek*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2006), hlm. 146.

dengan konten hak *ijbâr* wali dan '*Urf*' menjadi pisau dan objek analisa untuk melakukan reformulasi fikih. Selain itu pendekatan sejarah sosial untuk mengungkap dan menganalisa setting sosial dan budaya.²⁹

H. Penelitian Terdahulu

Berdasarkan hasil penelusuran pustaka yang penulis lakukan dalam proses identifikasi masalah dan verifikasi judul ada beberapa penelitian yang menjadi tolak ukur perbedaan antara penelitian yang penulis lakukan dengan penelitian lainnya.

Penelitian jurnal dari Ramlan Yusuf Rangkuti dengan judul jurnal "Pembatasan Usia Kawin dan Persetujuan Calon Mempelai Dalam Perspektif Hukum Islam"³⁰, hasil penelitian beliau yang penulis rangkum adalah pembatasan usia kawin tidak dikenal dalam kajian fikih tradisional, oleh sebab itu sah suatu perkawinan anak kecil yang belum dewasa. Persetujuan gadis yang sudah dewasa tidak merupakan keharusan dalam akad nikah kecuali dari pandangan Abu hanifah yang menyebutkan wanita dewasa boleh menikahkan dirinya sendiri asalkan dengan suami *sekufu*. Sementara itu, dalam pandangan ulama kontemporer dan juga dalam KHI serta mayoritas negara-negara Muslim di dunia menetapkan batas usia kawin dan keharusan adanya persetujuan kedua calon mempelai serta menghapuskan hak *ijbâr* dalam perkawinan dengan variasi dari negara masing-

²⁹ Menurut Atho' Mudzhar, pendekatan sejarah sosial dalam hukum Islam merupakan usaha penting untuk (1) meletakkan produk hukum (fiqh) pada tempat yang sebenarnya (2) menumbuhkan keberanian pemikir dan praktisi hukum Islam untuk menyesuaikan hukum Islam dalam bentuk perubahan hukum tanpa dibayangi rasa takut dan bersalah karena merasa keluar dari hukum Islam mengingat para pendahulu dan muslim di dunia melakukan hal itu. Atho Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad, Antara Tradisi dan Liberalisasi*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), hlm. 105.

³⁰ Ramlan Yusuf Rangkuti, *Pembatasan Usia Kawin dan Persetujuan Calon Mempelai Dalam Perspektif Hukum Islam*, Jurnal Equality, Vol. 13 No. 1 Februari 2008.

masing. Oleh sebab itu, secara umum telah ada pembaharuan terhadap konsep-konsep yang sebelumnya ada dalam fikih tradisional antara lain dalam hal penetapan batas usia kawin dan persetujuan dari calon mempelai, dimana dalam hal ini pembaharuan lebih bersifat administratif artinya aturan ini bersifat prosedural sesuai dengan tuntutan zaman modern tetap tidak merubah substansinya. Sementara itu, kebebasan wanita menentukan perkawinan dengan laki-laki pilihannya dapat terlihat dengan adanya hak untuk memberi persetujuan dan penghilangan hak *ijbâr* yang dimiliki oleh seorang ayah dan juga kakek.

Kemudian hasil penelitian jurnal dari Husnul Haq dengan judul “Konsep Hak Ijbâr Dalam Fikih Dan Relevansinya Dengan Isu Gender Masa Kini”³¹, dengan intisari penelitian perbedaan pendapat antara ulama mazhab empat terletak pada hak *ijbâr* wali terhadap gadis yang sudah dewasa lagi cakap hukum, di mana ulama mazhab *Maliki*, *Syafi’i* dan *Hambali* menetapkan hak *ijbâr* atasnya, sedangkan ulama mazhab Hanafi tidak menetapkannya. Kemudian mereka sepakat untuk memberlakukan hak *ijbâr* wali bagi perempuan yang belum dewasa dan perempuan yang sudah dewasa tapi tidak cakap hukum, sebagaimana mereka sepakat untuk tidak memberlakukan hak *ijbâr* bagi janda. Tentang hak *ijbâr* wali atas gadis yang sudah dewasa lagi cakap hukum, penulis cenderung kepada pendapat mazhab Hanafi yang tidak menetapkan hak *ijbâr* atasnya. Artinya, seorang wali tidak boleh memaksanya menikah tanpa terlebih dahulu menanyakan persetujuan darinya. Adanya hak *ijbâr* atasnya berpotensi menimbulkan berbagai dampak negatif

³¹ Husnul Haq dengan judul, *Konsep Hak Ijbar Dalam Fikih dan Relevansinya Dengan Isu Gender Masa Kini*, PALASTRÈN Vol. 6, No. 2, Desember 2013.

terhadap rumah tangga yang akan dia bangun berupa ketidakharmonisan yang kadang berujung pada perceraian. Selain itu, hadis-hadis Nabi saw yang diriwayatkan oleh Muslim, Ibnu Majah, dan Abu Daud menegaskan kewajiban adanya persetujuan dari perempuan, sebagaimana sistem Undang-Undang Perkawinan di Indonesia tidak mengakui konsep hak *ijbâr*.

Selanjutnya penelitian dari Abu Bakar yang berjudul “Kawin Paksa (Sebuah Hegemoni Laki-Laki Atas Perempuan)³², dengan intisari ajaran agama berkaitan dengan bentuk-bentuk seperti kebebasan memilih, memutuskan, dan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang positif. Sayangnya, kebebasan sering menyebabkan masalah dalam implementasinya, seperti kebebasan memilih atau menentukan pasangan yang sering berakhir dengan praktik pernikahan paksa. Ini adalah masalah relasional antara orang tua dan anak-anak mereka dalam menentukan pasangan anak-anak mereka, karena keduanya menjaga keinginan mereka yang keras kepala yang mengklaim sebagai hak-hak mereka. Orang tua mereka berpikir bahwa mereka memiliki kewenangan dalam menentukan pasangan mereka kepada anak-anaknya karena mereka memiliki hak *ijbâr*. Karenanya, dalam konteks modern, sudah saatnya perlakuan otoritarianisme terhadap perempuan dihapuskan karena ia merupakan salah satu wujud dehumanisasi yang bertentangan dengan norma-norma agama, sosial, hukum, dan keadilan.

Oleh karena itu, penulis menyatakan bahwa penelitian yang dilakukan berbeda dengan beberapa telaah pustaka yang sudah disajikan. Penulis lebih

³² Abu Bakar, *Kawin Paksa (Sebuah Hegemoni Laki-Laki Atas Perempuan)*, Al-Ihkam, Vol. 8 No. 1, Juni 2013.

mengedepankan kajian *Urf* (kebiasaan masyarakat) menjadi sebuah pisau analisis dalam menyingkap tabir fenomena pernikahan paksa melalui dalih hak *ijbâr* para wali nikah. Di samping itu penulis juga bertujuan menemukan formulasi yang tepat berkenaan bagaimana memposisikan hak prerogatif dari wali nikah (*ijbâr*) agar tidak berbenturan dengan nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat dan juga tidak berusaha menghilangkan konsep *ijbâr* yang sudah melekat sebagai konsep hak prerogatif seorang wali nikah.

I. Sistematika Pembahasan

Pembahasan dalam tesis ini dibagi dalam lima bab:

Bab I, pendahuluan dibagi dalam enam bagian. Bagian pertama, berisikan latar belakang. Bagian kedua perumusan masalah. Bagian ketiga merupakan Definisi Istilah. Bagian keempat tujuan penelitian. Bagian kelima merupakan alasan memilih judul. Bagian keenam kegunaan penelitian. Bagian ketujuh membahas tentang metode penelitian yang dipakai dalam pembahasan. Bagian kedelapan adalah penelitian terdahulu dan bagian kesembilan sistematika pembahasan.

Bab kedua merupakan kajian objek penelitian tesis yang berisi tentang kajian hak *ijbâr* wali perspektif *fuqahâ*’. Bab ini berisi tiga bagian, yakni definisi dan tujuan pernikahan secara umum, kedua tentang formulasi fikih tentang hak *ijbâr* wali dalam perdebatan *fuqahâ*’ mazhab, dan ketiga tentang ‘*illat* hukum hak *ijbâr* wali dalam pandangan *fuqahâ*’ mazhab.

Bab ketiga sebagai pisau analisis yang digunakan dalam tesis ini berisi tentang teori tentang perubahan hukum Islam yang dirincikan menjadi beberapa

pembahasan; hukum Islam, hukum yang tetap (permanen), dinamika hukum, transformasi (perubahan) hukum, hukum Islam dan perubahan. Teori selanjutnya yang disampaikan adalah teori *'Urf* yang dirincikan ke dalam pengertian *'Urf*, *'Urf* dan korelasinya dengan masalah, validitas dan otoritas *'Urf*, syarat keberlakuan *'Urf* dan terakhir tentang kaidah fiqh tentang *'Urf*.

Bab keempat merupakan hasil analisa tesis ini yang berisi tentang peranan *'Urf* dalam pembentukan fikih dan hak *ijbâr* wali dalam perspektif *'Urf*.

Bab kelima adalah penutup yang berisi tentang kesimpulan dan saran-saran.