

BAB IV
ANALISA HAK IJBÂR WALI MELALUI
PENDEKATAN ‘URF

A. Peran ‘Urf dalam Pembentukan Fikih

Definisi fikih dalam ranah historis mengalami beberapa perubahan. Pada fase pertama (masa *tasyri*’) makna fikih mengacu pada penyebutannya dalam al-Qur’an, yakni Q.S *Al-Taubah* ayat 122, Q.S *Hud* ayat 91 dan Q.S *Al-Nisa*’ ayat 78. Dari ayat-ayat tersebut, makna fikih terumuskan sebagai pahaman dan pengetahuan agama secara umum.²⁹⁴

Pengertian fikih semacam ini berlaku sampai sekitar pertengahan abad ke-2 hijrah. Terbukti dengan munculnya karya agung yang dinisbahkan kepada *Abu Hanifah* (w 150 H) dengan judul *Al-Fiqh Al-Akbar*. Dalam kitab ini, kebanyakan berisikan materi tentang akidah (tauhid) dan akhlak. Bahkan, menurut pengamatan A. Qadri Azizy hanya satu baris yang membahas tentang hukum membasuh muka bagi orang yang wudlu.²⁹⁵ *Abu Hanifah* juga mendefinisikan fiqh dengan redaksi:

²⁹⁶ معرفة النفس ما لها وما عليها

Definisi tersebut masih sangat umum dan mencakup segala yang terkandung oleh syariat, baik yang bersifat akidah (teologi), akhlak/tasawuf dan perilaku lahir.²⁹⁷ Pada fase selanjutnya, fikih menjadi sebuah disiplin ilmu tersendiri di antara

²⁹⁴ A.Qadri Azizy, *Ekleksitisme Hukum Nasional, Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, *Op.cit.*, hlm. 2-3.

²⁹⁵ *Ibid.*, hlm. 4.

²⁹⁶ Wahbah al-Zuhayli, *Usul al-Fiqh al-Islami*, Vol. I (Beirut: Dar al-Fikr, 1986), hlm. 14.

²⁹⁷ *Loc.cit.*

khazanah ilmu Islam yang ada. Sebagaimana pengertian fikih yang salah satunya diungkap oleh *Imâm Syâfi'i*:

العالم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية²⁹⁸

Definisi fikih ini, merupakan definisi yang banyak dipakai sampai saat ini. Implikasi dari pengertian ini, fikih tersusun atas tiga aspek, yakni aspek kewahyuan, aspek kognitif-teoritis dan aspek praktis.

Aspek kewahyuan tercermin dalam teks definisi (huruf arab) Hasjim Abbas mengistilahkan dengan *janîb al-dîni* atau *janîb al-syar'iy*.²⁹⁹ Aspek ini, menekankan hubungan tak terpisahkan antara fikih dengan teks wahyu sebagai sumber referensi utamanya. Oleh Karena Itu, wajar A. Qadri Azizy menyatakan bahwa secara umum fikih adalah ilmu tentang perilaku manusia yang landasan utamanya adalah *nash/wahyu*.³⁰⁰ Hal ini, dapat dilihat pada semua produk fikih yang pasti menyertakan ayat atau hadis sebagai landasan hukumnya.³⁰¹

Selain dari ketergantungan terhadap teks wahyu, aspek kewahyuan dapat diamati dari pemberian status wajib, sunnah, boleh, makruh dan haram yang biasa disebut dengan *al-ahkâm al-khamsah* yang semua status tersebut terorientasi pada terwujudnya kandungan nilai ibadah yang sarat dengan pahala (*tsawab*) dan siksa

²⁹⁸ *Loc.cit.*

²⁹⁹ Hasjim Abbas, *Metodologi Penelitian Hukum Islam*, (Jombang: PPS UNNDAR, 2010), hlm. 4.

³⁰⁰ A.Qadri Azizy, *Reformasi Bermadzhab, Sebuah Ikhtiar Menuju Ijtihad Sainifik-Modern*, *Loc.cit.*

³⁰¹ Lihat Kitab *Fiqh Fath al-Wahhab* karya Yahya Zakariya al-Ansari yang kesemua bab pasti diawali dengan penyertaan teks wahyu, baik berupa al-Qur'an maupun al-hadits. Lihat juga Kitab *Fiqh Bidayat al-Mujtahid Wa Nihayat al-Muqtasid* karya Ibnu Rusyd yang kesemua pendapat fuqaha' pasti didasarkan pada teks wahyu sekalipun terjadi perbedaan pendapat. Lihat juga beberapa kitab fikih lainnya

(*'iqâb*) dan berkonsekwensi akhirat.³⁰² Oleh Karena Itu, predikat hukum Islam dengan *al-ahkâm al-khamsah* lebih identik dengan etika agama (*religiuous ethics*) bukan hukum dalam arti peraturan perundang-undangan (*law/rules*) murni meskipun fikih juga mengatur masalah sosial, ekonomi, dan lainnya. Kandungan nilai ibadah dalam fikih menjadi titik tekan yang membedakan dengan aturan atau sistem hukum lainnya.

Aspek yang kedua adalah aspek kognitif-teoritis (*janîb al-nazâr*) yang tercermin dalam teks definisi (المكتسب من أدلتها) (العلم). Menurut *Wahbah al-Zuhaily* kata ilmu memiliki pengertian persepsi (*idrâk*) yang diperoleh secara yakin atau asumsi kuat (*zhânn*).³⁰³ Ilmu pasti memiliki dua kemungkinan yang melekat, yakni terkadang benar secara pasti dan terkadang bersifat asuntif yang mungkin benar dan salah.

Dua kemungkinan tersebut wajar melekat pada fikih sebagai sebuah ilmu, terlebih perumusan fikih tidak terlepas dari peran nalar mujtahid yang menempati posisi penting dalam menjadikan kaidah syariat atau wahyu yang masih *in abstracto* menjadi hukum praktis *in concreto*.³⁰⁴ Upaya atau proses mujtahid tersebut telah memanfaatkan jasa metodologi hukum Islam yang terumuskan dalam teori *ushûl al-fiqh* (*legal theory*) dan *qawâ'id al-fiqh* (*legal maxim*), dengan model berfikir deduktif dalam bentuk teori *qiyâs* atau juga kaidah *lughawiyah*, dan terkadang

³⁰² A. Qadri Azizy, *Reformasi Bermadzhab, Sebuah Ikhtiar Menuju Ijtihad Sainifik-Modern*, *Op.cit.*, hlm. 14.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Hasjim Abbas, *Loc.cit.*

berfikir induktif dalam bentuk teori *maslahah*, *istihsân*, *'urf*, *istishhâb* bahkan juga *maqâshid syari'ah*. Implikasi adanya peran nalar mujtahid (aspek kognitif-teoritis) adalah melekatnya corak *ikhtilâf* pada fikih mengingat masing-masing mujtahid pasti berbeda kapasitas keilmuannya dan juga dalam penggunaan teorinya.

Aspek fikih, oleh *Wahbah al-Zuhaily* diistilahkan dengan *janib al-'amali*, maksudnya fikih hanya berkaitan dengan tata cara berperilaku.³⁰⁵ Dengan kata lain, objek kajian fikih adalah perilaku manusia sehingga hasil penggalian hukum yang disebut dengan fikih juga harus bersifat terapan praktis, bukan normatif. Hal inilah yang membedakan fikih dengan disiplin ilmu tauhid, ilmu kalam, ilmu akhlak dan tasawuf. Mujtahid sebelum merumuskan fikih pasti telah memiliki pengalaman praktis dengann fikih dalam lingkungan yang melingkupi kehidupannya. Pengalaman praktis individu mujtahid dalam melaksanakan hukum Islam sedikit banyak mempengaruhi perilaku dan corak pemikirannya, mengingat mujtahid menurut Nasaruddin Umar juga merupakan anak zamannya yang tidak mudah melepaskan diri dari pengaruh lingkungannya.³⁰⁶

Salah satu bukti konkrit betapa faktor lingkungan sosial budaya menjadi pertimbangan mujtahid dalam merumuskan fikih adalah munculnya dua pendapat *Imâm Syâfi'i* yang dikenal dengan *qawl qadim* (pendapat di Iraq dan *qawl jadid* (pendapat di Mesir).³⁰⁷ Perbedaan pendapat *Imâm Syâfi'i* ini jelas disebabkan karena keanekaragaman faktor sosial, budaya, letak geografis antara Iraq (Baghdad)

³⁰⁵ Wahbah Al-Zuhayli, *Usul al-Fiqh*, Vol. I, *Op.cit.*, hlm. 16.

³⁰⁶ Nasaruddin Umar, *Argumen Kesetaraan Jender Perspektif al-Qur'an*, (Jakarta: Dian Rakyat, 2010), hlm. 275.

³⁰⁷ M. Atho Muzdhar, *Membaca Gelombang Ijtihad antara Tradisi dan Liberasi*, (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998), hlm. 107.

dan Mesir. Bukti lain, betapa faktor geografis dan demografis mempengaruhi kodifikasi fikih adalah munculnya mazhab kedaerahan, seperti mazhab hijazi (Mekkah dan Madinah), ‘iraqi (Kufah dan Bashrah), Syami (Syiria) dan Misri (Mesir). Kesemua mazhab ini memiliki perbedaan produk hukum satu dengan lainnya.³⁰⁸

Menurut pengamatan Qadri Azizy, istilah mazhab kedaerahan muncul lebih awal dari pada mazhab individual. Setelah mazhab yang dinisbahkan pada sebuah daerah, barulah muncul istilah mazhab yang dinisbatkan pada individu, seperti mazhab Hanafiyah di Iraq yang dinisbatkan pada *Abu Hanifah* (w. 150 H / 767 M), mazhab *Malikiyah* di Madinah yang dinisbatkan pada *Imâm Malik* (w 179 H / 795 M), mazhab *Syâfi’iyah* yang dinisbatkan pada *Imâm Syâfi’i* (w 204 H / 819 M), mazhab *Hanabilah* yang dinisbatkan pada *Ahmad Ibnu Hanbal* (w. 241 H / 855 M). Semua mazhab ini memiliki corak pemikiran dan produk hukum yang berbeda-beda karena perbedaan faktor geografis dan sosial-budaya.³⁰⁹ Bahkan liberalis Islam, *Abdullah Ahmed Al-Na’im* mengatakan, termasuk penyebab perbedaan mazhab adalah faktor kondisi politik sejak tahun sekitar 750 M.³¹⁰

Dengan demikian, ilmu fikih memiliki tiga aspek yang tak terpisahkan, yakni aspek kewahyuan (*janîb al-syar’i*), aspek kognitif-teoritis (*janâb al-nazâr*), dan aspek praktis (*janîb al-‘amaliy*). Dengan kata lain, fikih merupakan hasil komunikasi antara wahyu, nalar mujtahid dan realitas sosial lingkungan

³⁰⁸ A. Qadri Azizy, *Ekleksitisme*, *Op.cit.*, hlm. 21-22.

³⁰⁹ *Ibid.*, dan Abdullah Ahmed al-Na’im, *Dekontruksi Syari’ah*, terj: Ahmad Suaedy dan Amiruddin Ar-Rany, (Jogjakarta: LKiS, 2011), hlm. 28-29.

³¹⁰ *Ibid.*, Saat itu, era Abbasiyah awal mulai terjadi proses konsolidasi dan sistematisasi karya ahli hukum tertentu dan murid-murid mereka ke dalam pemikiran mazhab syariah tersendiri.

masyarakat. Dengan aspek kewahyuan, menjadi wajar jika fikih disebut sebagai hukum Tuhan karena landasan utama fikih adalah wahyu. Namun, peranan nalar mujtahid dan realitas sosial lingkungan masyarakat menjadi peran penentu dalam rumusan fikih karena *nash* tidak akan dapat berbicara kecuali dengan adanya mujtahid. Sedang mujtahid sulit terlepas dari pengaruh *'urf*. Dengan kata lain, penentu hukum yang dominan adalah mujtahid dan *'urf*.

Hal ini menunjukkan rumusan fikih sarat dengan pengaruh kondisi tempat dan realitas sosial-budaya, sehingga mengakibatkan fikih memiliki corak ikhtilâf yang selalu melekat. Mengingat *'urf* merupakan faktor terjadinya perbedaan pendapat *fuqahâ'* maka *'urf* dapat menjadi pertimbangan pemilihan mazhab.

'Urf dapat diinterpretasikan dengan representasi sosial sebagaimana telah diungkap oleh *Mustafa Abu Ujailah* dan *al-Burnu*.³¹¹ Interpretasi ini didasarkan pada dua hal, yakni sifat dasar *'urf*, yakni diakui mayoritas masyarakat (ghalib), telah berlaku kontinyu (*mutharid/istimrâr*) serta telah terlaksana berulang kali (*mu'awadah*).³¹² Sifat dasar itu muncul karena proses terbentuknya *'urf* berawal dari kebutuhan dan kesepakatan masyarakat atas sistem (*nizhâm*) yang mengatur kehidupan bersama untuk mencapai maslahat dan keadilan sosial agar terhindar dari bahaya dan kerusakan. Kemudian sistem tersebut dilaksanakan oleh mayoritas masyarakat lalu dilaksanakan secara kontinyu dan berulang-ulang sehingga *'urf* memiliki otoritas yang mampu menghakimi dan memiliki kedaulatan bagi masyarakat.³¹³

³¹¹ Ujailah, *Op.cit.*, hlm. 11.

³¹² Abd al-Karim Zaidan, *Loc.cit.*

³¹³ *Ibid.*, hlm. 44.

Meninggalkan sistem yang telah menjadi kebutuhan akan berakibat pada kesengsaraan masyarakat dan ketimpangan sosial. Mempertahankannya berarti mengimplementasikan asas penerapan syariat yang menurut *Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah*, *Ibnu 'Abidin* dan *Shâlih 'Awad* berupa maslahat yang mengandung kemudahan dan menghilangkan kesulitan atau bahaya, menjaga kemaslahatan seluruh manusia, dan mewujudkan keadilan bagi seluruh manusia.³¹⁴ Ketiga asas tersebut bermuara pada mewujudkan *maslahat* dan menghilangkan *mafsadat*.³¹⁵

Maslahat oleh mayoritas *fuqahâ'* yang diungkap *Shâlih 'Awad* diartikan dengan hikmah yang muncul dari penerapan hukum, baik berupa menarik maslahat (*jalb al-mashâlih*), menyempurnakan manfaat (*takmilât al-mashâlih*), menolak kerusakan (*daf' al-mafsadât*), maupun meminimalisir kerusakan (*taqlil al-mafsadât*).³¹⁶ Sedangkan maslahat menurut *al-Syâthibi* merupakan prinsip-prinsip asasi yang digali dari *nash syarâ'* sehingga penerapannya akan menimbulkan pemeliharaan atas lima tujuan syariah (*maqâshid syari'ah*) berupa agama, jiwa, keturunan, harta dan akal.³¹⁷

Maqâshid syari'at antara hukum satu dengan lainnya berbeda tekanannya. Perihal ibadah lebih ditekankan pada pemeliharaan agama, hukum adat lebih ditekankan pada pemeliharaan jiwa dan akal, hukum *mu'amalat* (interaksi sosial) lebih diutamakan penekanannya pada pemeliharaan keturunan dan harta. Jika *mu'amalat* berhubungan erat dengan kebiasaan maka juga menekankan *maqâshid* berupa pemeliharaan jiwa dan akal. Maka kepemilikan hak yang disertai dengan

³¹⁴ Shâlih 'Awad, *Athar*, *Op.cit.*, hlm. 25-27.

³¹⁵ Ibnu al-Qayyim Al-Jauziyah, *I'lam al-Muwaqqi'in*, *Loc.cit.*

³¹⁶ Shâlih 'Awad, *Athar*, *Op.cit.*, hlm. 100.

³¹⁷ Al-Syathibi, *al-Muwafaqat*, Vol. IV, *Op.cit.*, hlm. 20.

akad seperti nikah penekanan *maqâshid syari'ah*-nya lebih pada pemeliharaan jiwa, akal, keturunan dan harta.³¹⁸

Adapun implementasi maslahat menurut *al-Syâthibi* harus dilihat dari dalam realitas (*mawâqî' al-wujûd*) dan hubungannya dengan *khithâbi* wahyu (*ta'alluq al-khithâbi al-syar'i bihâ*). Dengan kata lain, sesuatu dapat dikategorikan maslahat jika telah dibuktikan dalam kenyataan dan memiliki dasar pembenar dari *nash syarâ'*. Pembuktian maslahat secara praktis tidak dapat dilakukan hanya dengan sekali, melainkan harus dengan pengakuan '*urf*'.³¹⁹ Oleh Karena Itu, sangat tepat jika 'Abd Al-Karim Zaidan dan Shâlih 'Awad mendefinisikan '*urf*' sah adalah '*urf*' yang tidak menyalahi *nash-nash syarâ'*', maslahat *mu'tabarâh*, dan tidak menarik pada asumsi kuat (*rajih*) kerusakan dan bahaya.³²⁰ Pemikiran *al-Syâthibi* ini lebih kepada fungsi maslahat sebagai tujuan hukum (*maqâshid syari'ah*).

Ketika maslahat atau *maqâshid syari'ah* merupakan prinsip syariah yang digali dari *nash syarâ'* sehingga maslahat atau *maqâshid syari'ah* merupakan dalil yang setara dengan *nash* maka wajar pemikiran ini mengilhami pemikiran baru bahwa hukum dapat didasarkan pada maslahat atau *maqâshid syari'ah*. Pemikiran ini lebih pada fungsi maslahat sebagai dalil hukum (*adillah syar'iyah*). Oleh Karena Itu, wajar sebagian besar *fuqahâ'* menempatkan maslahat sebagai '*illat* hukum'.³²¹ Pemikiran semacam ini salah satunya dicetuskan *Al-Thufiy*. Bahkan ia menyatakan bahwa penentuan masalah tidak perlu petunjuk *nash* ataupun *ijmâ'*, tetapi bisa

³¹⁸ *Ibid.*, hlm. 18-20.

³¹⁹ *Ibid.*, hlm. 44-46.

³²⁰ Abd al-Karim Zaidan, *Al-Wajiz, Op.cit.*, hlm. 253.

³²¹ *Ibid.*, hlm. 100.

hanya atas dasar *'urf*.³²² Alasannya adalah karena maslahat *dharûriy* dapat melampaui *nash syarâ'*. Namun, demikian *Al-Thufiy* menilai hal ini tidak berlaku pada bidang ibadah *mahdhah*, karena merupakan hak prerogatif Allah SWT.³²³

Sekalipun terdapat perbedaan, keduanya sepakat menyatakan maslahat tidaklah sama sekali berada di luar *nash* karena *nash* berada dalam wilayah umum sebagai dasar bagi bangunan konsep maslahat atau *maqâshid al-syarî'ah*.

Pemikiran *Shâlih 'Awad*, *Al-Syâthibi* dan *Al-Thufiy* ini menunjukkan adanya hubungan tak terpisahkan antara maslahat dan *'urf*. Bahkan, dapat dikatakan bahwa *'urf* adalah bentuk praktis dari maslahat yang bersifat abstrak, dan maslahat hanya dapat dinyatakan dengan jelas sebagai sumber hukum dengan cara dibuktikan oleh praktek dan pengakuan *'urf*.

Selain memberi pengertian bahwa *'urf* merupakan dalil yang setara dengan *nash syarâ'* karena kandungan maslahat pada *'urf*, pemikiran di atas juga memberi pengertian bahwa kedudukan *'urf* lebih tinggi dari pada maslahat itu sendiri karena kemaslahatannya telah nyata dan dapat dibuktikan, tidak sebagaimana konsep maslahat yang masih abstrak.

Konsekwensi logis dari pemikiran tersebut adalah keluasan jangkauan peran *'urf* dalam pembentukan fikih, yakni sebagai *'illat* hukum. Peran *'urf* sebagai *'illat* hukum merupakan kewajaran ketika *'urf* pasti mengandung maslahat sehingga

³²² Amir Mu'allim, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, (Yogyakarta: UII Press, 1999), hlm. 53.

³²³ Pengertian *maqashid dharuriyah* menurut *Al-Syathibi* adalah pemeliharaan maqa sid yang berimplikasi pada penghapusan segala bentuk kesulitan serta bahaya dan menarik manfaat, baik di dunia maupun akhirat. Lihat *Al-Syathibi, al-Muwafaqat, Loc.cit.*

berkedudukan selayaknya maslahat, di mana maslahat oleh sebagian besar *fuqahâ'* dapat diposisikan sebagai *'illat*.³²⁴

Pemikiran *'illat* hukum berupa maslahat atau hikmah dalam tataran praktis lebih banyak ditunjukkan dalam model penalaran *al-qawâ'id al-fiqhiyah* atau *al-asybâh wa al-nazhâir* mengingat mekanisme penalarannya serupa dengan *qiyâs 'illat*. Hanya saja menurut Abdul Mun'im, *qiyâs* membatasi kiprahnya pada *'illat* yang konkrit, objektif dan terukur. Sedangkan *al-qawâ'id al-fiqhiyah* bersandar pada maslahat atau hikmah hukum yang abstrak dan bisa juga subjektif.³²⁵

Menurut *Abdul Mun'im*, pemikiran *'illat* berupa maslahat sebagaimana model *al-qawâ'id al-fiqhiyah* terlahir dari konsep *munâsib* pada teori *qiyâs*.³²⁶ Singkatnya, *'illat* harus memiliki persesuaian dengan hikmah sebagai tujuan syariat berupa maslahat, yakni menarik manfaat dan menolak bahaya.³²⁷

Abdul Mun'im mencontohkan hikmah atau maslahat sebagai *'illat* hukum dalam penalaran *al-asybâh wa al-nazhâir* salah satunya tentang hukum perwalian (wilayah). Dalam *nash* al-Qur'an dinyatakan bahwa anak laki-laki yang masih kecil, urusan harta dibebankan pada wali. Keadaan masih kecil inilah yang dijadikan *'illat*. Sehingga dengan cara kerja *qiyâs*, anak perempuan yang memiliki sifat yang sama, yakni masih kecil terkena hukum perwalian. Hukum perwalian juga diberlakukan bagi orang gila. Namun, bukan karena keadaan masih kecil, tetapi pada sifat tidak memiliki kecakapan hukum dalam merawat harta. Dalam hal

³²⁴ Shâlih 'Awad, *Loc.cit.*

³²⁵ Abdul Mun'im, *Op.cit.*, hlm. 171.

³²⁶ *Ibid.*, hlm. 160.

³²⁷ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu al-Ushul al-Fiqh*, (Damaskus: Dar al-Qalam, 1978), hlm. 69 dan 71.

ini hikmah menjadi penentu hukum, yakni sifat tidak cakap hukum menjadi titik penyama antara anak kecil dan gila. Namun, hukum perwalian juga diterapkan pada idiot (*safih*) karena sering menyia-nyiakan harta, sekalipun bukan tergolong memiliki sifat masih kecil dan tidak cakap hukum, Namun, idiot juga butuh perwalian karena tidak dewasa dalam berfikir. Keadaan tidak dewasa inilah yang menjadi titik penyama antara anak kecil, gila dan idiot. Keadaan tidak dewasa ini mendesak diterapkannya perwalian pada ketiganya karena jika tidak maka kemungkinan besar terjadi bahaya (*dharûrât*). Padahal dalam kaidah fikih bahaya harus dihilangkan³²⁸ dan menghilangkan atau menghindar dari bahaya adalah bentuk maslahat.

Ketika maslahat dapat dijadikan sebagai *'illat* hukum maka *'urf* pastinya juga dapat berperan sebagai *'illat* hukum karena *'urf* pasti mengandung maslahat sebab *'urf* terbentuk berdasar maslahat bersama dan maslahat yang nyata hanya dapat dibuktikan dengan *'urf*. Oleh karena itu, kaidah fikih menyerap *'urf* sebagai kaidah pokok dan cabang. Adapun kaidah pokok yang menunjukkan peran *'urf* sebagai *'illat* adalah:

العادة محكمة³²⁹

Kaidah senada:

إستعمال الناس حجة يجب العمل بها³³⁰

Penyerapan *'urf* atau adat sebagai kaidah fikih merupakan kewajaran karena sesuai dengan model penalaran kaidah fikih yang berdasarkan pada maslahat, di

³²⁸ Abdul Mun'im, *Loc.cit.*

³²⁹ Ali Haidar, *Loc.cit.* hlm. 65.

³³⁰ *Ibid.*, hlm. 69.

mana *'urf* menjadi *'illat* hukum karena dinilai mengandung maslahat. Dengan demikian, *'urf* memiliki peran utama dalam pembentukan fikih perkawinan berupa peran sebagai *'illat* hukum. Oleh karena itu hukum yang didasarkan pada *'urf* memiliki kekuatan setara *nash syarâ'* sebagaimana diterangkan dalam kaidah:

الثابت بالمعروف كالثبت بدليل شرعي³³¹

الثابت بالعرف كالثابت بالنص³³²

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص³³³

Dengan adanya peran utama tersebut, *'urf* juga memiliki peran pendamping atau minor dalam pembentukan fikih, yakni sebagai memperjelas maksud *nash syarâ'* dan sebagai penentu pemberlakuan *nash syarâ'* yang terbangun berdasarkan *'urf*.

Peran *'urf* sebagai petunjuk maksud *nash syarâ'* bentuknya sebagai *mukhassis* bagi *nash* yang umum atau sebagai *taqyid* bagi *nash* yang mutlak.³³⁴ Sebagaimana telah disimpulkan dalam pembahasan seputar pertentangan *'urf* dengan *nash*, bahwa semua mazhab mengakui fungsi *'urf* sebagai *takhshish* atau *taqyid*. Fungsi ini dirumuskan *Syâfi'iyah* dalam kaidah:

كلّ ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف³³⁵

Fungsi minor *'urf* yang kedua adalah penentu pemberlakuan *nash syarâ'* yang terbangun berdasar *'urf*. Artinya, keberlakuan *nash* yang memiliki *'illat* berupa *'urf* atau *nash* yang terbangun berdasarkan kondisi sosial era *wurûd al-nash*

³³¹ *Ibid.*, hlm. 80.

³³² *Ibid.*

³³³ *Ibid.*, hlm. 82.

³³⁴ Shâlih 'Awad, *Loc.cit.* hlm. 211.

³³⁵ 'Abd al-Rahman Al-Suyuthi, *al-Asybah wa al-Nazha'ir*, *Op.cit.*, hlm. 98.

maka hukumnya tergantung pada *'urf*. Fungsi ini dirumuskan oleh *Abu Yusuf* murid *Abu Hanifah* dan *Ibnu Taimiyah*.³³⁶

Praktisnya, ketika terdapat *nash* yang terbangun atas *'urf*, jika terjadi perubahan *'urf* di kemudian hari maka *nash* tersebut berlaku sesuai *'urf*. Pendapat ini dibenarkan *Al-Burnu* karena fungsi *'urf* yang semacam itu sama halnya dengan mengamalkan kandungan dalam *nash* tersebut dan sesuai dengan asas syariat, yakni memudahkan dan menghilangkan kesulitan mengingat *'urf* yang baru itu telah berlaku mengikat dan menjadi kebutuhan.³³⁷ Bahkan *Shâlih 'Awad* mengatakan bahwa mayoritas *fuqahâ' muta'akhir* mengikuti pendapat *Abu Yusuf* tersebut.³³⁸ *Mustafa Ahmad Zarqa* dan *Shâlih 'Awad* menilai pendapat ini lebih kuat dasarnya dan logis mengingat hukum selalu bergantung pada *'illat* hukumnya.³³⁹ Sebagaimana kaidah:

الحكم يدور مع علته وجودا وعدما³⁴⁰

Berdasarkan asas maslahat tersebut, cakupan kaidah *'urf* ini menurut mayoritas *fuqahâ'* secara umum adalah segala aktivitas kemanusiaan (*'ibadah*, *mu'âmalah*, *al-ahwâl al-syakhshiyah*, *ta'zir* dan hubungan luar negeri), di antaranya adalah:

1. Segala hal yang berhubungan dengan usia kedewasaan, masa menstruasi, nifas atau menopause.

³³⁶ *Al-Burnu, Op.cit.*, hlm. 227-228.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Shâlih 'Awad, Loc.cit.*, hlm. 220.

³³⁹ *Zarqa, Op.cit.*, hlm. 923.

³⁴⁰ *Mukhtar Yahya, Op.cit.*, hlm. 550.

2. Kadar (minimal-maksimal) dalam najis yang ditoleransi atau dalam gerakan yang bisa membatalkan shalat.
3. Kadar kesinambungan urutan rukun *wudhu'* bagi orang yang selalu hadas, antara shalat pertama dan kedua dalam shalat jamak, antara khutbah dan pelaksanaan shalat jum'at dan antara *ijâb* dan *qabûl* dalam pernikahan.
4. Ukuran penguasaan hak milik orang lain dalam *ghasab*.
5. Standar takaran dan timbangan dalam jual beli atau batasan dalam penyerahan barang dan penerimaan dalam transaksi jual beli, salam, gadai dan hibah antara barang yang bisa dipegang, tidak bisa dipegang dan tidak bisa dipindah.
6. Standar pemakaian dalam memanfaatkan barang dan pemberian upah dalam akad sewa dan perburuhan.
7. Pemahaman redaksi dalam masalah wakaf, wasiat atau sumpah.
8. Masalah yang berhubungan dengan hak tetangga dan irigasi dalam lahan pertanian.
9. Masalah-masalah yang berhubungan dengan perkawinan seperti *khitbah*, *kafaah*, *nafkah*, dan *mut'ah*.
10. Masalah-masalah yang berhubungan dengan hukuman *ta'zir*.³⁴¹

Banyaknya cakupan *'urf* tersebut memperkuat pendapat *Mustafa Dîb al-Bughâ* dan *Abu Sanah* yang menyatakan secara global berbagai mazhab fikih menetapkan hukum berdasarkan *'urf*.³⁴² Bahkan, dapat dikatakan *'urf* merupakan sumber hukum disepakati karena keseluruhan mazhab menggunakannya. Dengan

³⁴¹ Al-Mubarakî, *Op.cit.*, hlm. 202-228.

³⁴² Abu Ujailah, *Op.cit.*, hlm. 149-151.

demikian, *'urf* dapat dipastikan memiliki peran penting dalam pembentukan fikih, bahkan fikih sarat dipengaruhi oleh *'urf*.

Adanya peran signifikan *'urf* dalam pembentukan fikih ini memiliki konsekwensi logis bahwa *'urf* dapat dijadikan sebagai metode untuk pembaharuan hukum fikih. Begitupun karakter fikih yang sarat dipengaruhi *'urf* karena adanya komunikasi nalar mujtahid dengan kondisi sosial sebagai penerjemah wahyu memiliki konsekwensi logis bahwa fikih selalu menerima perubahan dan selalu bersifat reseptif. Kedua konsekwensi ini berimbang dan sesuai dengan rumusan *Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah*:

تغيّر الفتوي واختلافها يحسب بتغيّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعيود
343

Dengan demikian, penerapan *'urf* sebagai peran penentu hukum (*'illat*) menjadikan fikih perkawinan benar-benar menempati posisi sebagai hukum yang reseptif atas problematika kontemporer dan kearifan lokal sehingga mampu menciptakan cita-cita luhur syariat, yakni menciptakan kemaslahatan umat.

B. Hak *Ijbâr* Wali dalam Perspektif *'Urf*

Sebagaimana telah dijelaskan bahwa *'illat* hak *Ijbâr* atau bolehnya wali memaksakan pernikahan pada anaknya ada dua pendapat, yakni sifat gadis (*bikârah*) dan sifat anak-anak (*sighâr*). Gadis (*al-bikr*) dipersonifikasikan sebagai perempuan yang tidak mengetahui tentang tujuan dan maslahat nikah, karena kondisi *'urf* pada saat perumusan fikih tersebut, anak gadis sebelum menikah hidup

³⁴³ Ibnu al-Qayyim Al-Jauziyah, *I'lam al-Muwaqqi'in*, *Loc.cit.*

satu rumah bersama orang tuanya dan tidak pernah berinteraksi dengan laki-laki lain sehingga dianggap belum mampu memilih laki-laki yang tepat sebagai suami. Hal ini berarti belum mengetahui tujuan (*maqâshid*) dan akibat nikah.

Mengingat salah satu syarat *'illat* haruslah terukur maka kondisi tidak tahu tentang tujuan dan maslahat nikah merupakan kondisi yang abstrak dan tidak terukur, sehingga kegadisan yang ditunjukkan dengan belum hilangnya tanda keperawanan karena belum pernah bersetubuh dan menikah ditentukan sebagai *'illat*.³⁴⁴

Sedangkan *'illat* sifat anak-anak (*sighâr*) dirumuskan dengan pertimbangan bahwa sifat kegadisan menjadi lemah sebagai *'illat* ketika terdapat ketentuan tentang gadis dewasa, sebab dewasa merupakan kriteria pokok cakap hukum. Tidak cakap hukum hanyalah dimiliki oleh anak kecil sehingga setiap tindakannya membutuhkan perwalian. Orang yang cakap hukum tidak membutuhkan perwalian sehingga tidak boleh dipaksa.³⁴⁵

Cara penentuan *'illat sighâr* ini dengan menentukan makna sifat kegadisan (*bikârah*) dalam *nash* hadis yang kemudian dihubungkan dengan makna sifat anak-anak (*sighâr*) sekiranya keduanya memiliki satu makna yang dapat mempersatukan. Pemaknaan semacam ini di sebut *dilalat al-iqtida'*.³⁴⁶

Gadis dipersonifikasikan sebagai perempuan yang tidak mengetahui tentang tujuan dan maslahat nikah. Sedangkan anak kecil dipersonifikasikan sebagai orang yang tidak memiliki efektifitas fungsi akal (*qusur al-'aqli*) sehingga dinilai tidak

³⁴⁴ Ibnu Rusyd, *Loc.cit.*, hlm. 4.

³⁴⁵ Al-Sarakhsi, *Loc.cit.*, hlm. 3-4.

³⁴⁶ *Dilalat al-Iqtida'* adalah penunjukan lafadz terhadap makna melalui perkiraan yang tepat dengan membubuhkan sebuah kata atau makna penghubung. Mukhtar Yahya, *loc.cit.*, hlm. 302.

cakap hukum.³⁴⁷ Keduanya sama-sama mengandung makna tidak mampu mempertimbangkan kemaslahatan diri, sehingga keduanya dianggap kehilangan hak persetujuan. Tidak mampu mempertimbangkan kemaslahatan diri merupakan kata lain dari tidak dewasa.³⁴⁸ Dengan model pemaknaan ini, *'illat* berupa *sighâr* menjadi tidak keluar dari teks hadis. Tidak dewasa sebenarnya tidak dapat dijadikan *'illat* sebab sifatnya subjektif, abstrak dan tidak terukur. Hal ini tidak sesuai dengan teori *maslik al-'illat*.³⁴⁹ Oleh Karena Itu, tidak dewasa pantas disebut sebagai hikmah.

Kedua *'illat*, baik *sighâr* maupun *bikârah* merupakan representasi dari sosok yang belum dewasa. Keadaan belum dewasa merupakan hikmah yang dinilai menghilangkan otoritas sebagai subjek hukum yang menjadikan persetujuannya tidak dianggap sehingga dapat dipaksa menikah oleh walinya.

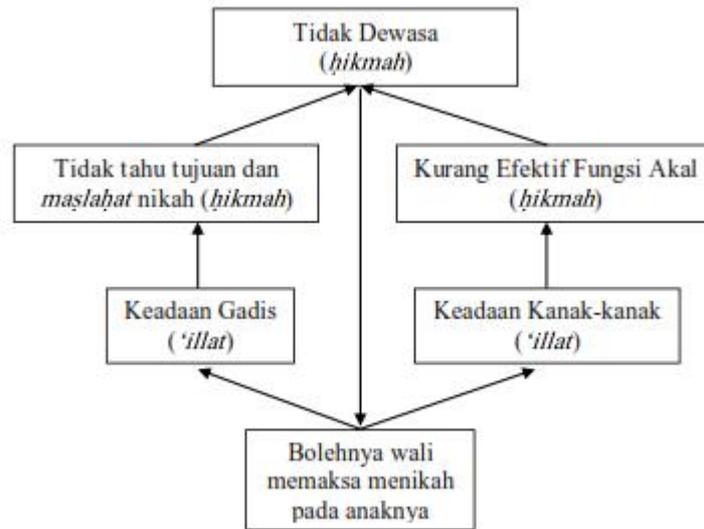
Telah dijelaskan bahwa hikmah dapat dijadikan sebagai *'illat* hukum sebagaimana model penalaran *al-qawâ'id al-fiqhiyah* atau *al-asybâh wa al-nazhâir*, yakni dengan mencari kesamaan sifat dalam satu kategori atau genus.³⁵⁰ Terkait tidak dewasa sebagai *'illat* hukum dengan model penalaran ini telah diungkap dalam pencarian *'illat* berupa *sighâr*. Namun, untuk lebih jelasnya, sebagaimana dalam bagan berikut:

³⁴⁷ Al-Siwasi, *Loc.cit.*, hlm. 261.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Abdul Wahab Khallaf, *Loc.cit.*

³⁵⁰ Abdul Mun'im, *Loc.cit.*



Oleh Karena Itu, dapat dibenarkan jika hikmah, tidak dewasa oleh *fuqahâ'* mazhab *Malikiyah* dijadikan sebagai *'illat* dalam merumuskan hukum hak *Ijbâr* pada perawan tua. Jika perawan tua tidak mampu mengasumsikan berbagai masalahat untuk dirinya maka dia dianggap tidak dewasa sehingga berlaku baginya hukum gadis (*al-bikr*) yang boleh dipaksa. Sedangkan jika dianggap mampu mengasumsikan berbagai masalahat untuk dirinya maka dia dianggap dewasa sehingga baginya tidak boleh dipaksa walinya untuk menikah sebagaimana janda.³⁵¹ Dengan demikian, dapat dirumuskan bahwa *'illat* hak *Ijbâr* adalah sifat tidak dewasa. Sementara itu, kedewasaan dalam ilmu *ushûl al-fiqh* penentuannya dikembalikan pada *'urf*.³⁵²

Kedewasaan menikah tentunya berbeda dengan kedewasaan secara umum karena menikah memiliki *maqâshid* yang berbeda dengan perilaku lainnya. Di Indonesia dan negara-negara mayoritas Muslim di dunia, kedewasaan dalam

³⁵¹ Syams al-Din al-Qurthûbi. *Al-Kafi fi Fiqh Ahl al-Madinah*, (Riyad: Maktabat al-Riyad al-Haditsiyah, 1980), hlm. 523-524.

³⁵² Al-Mubarakî, *Loc.cit*.

pernikahan memiliki ukuran tersendiri, yakni ditentukan dengan batasan usia. Tentang batasannya, masing-masing negara berbeda-beda. Hal ini menunjukkan bahwa penentuan kedewasaan dikembalikan pada *'urf*. Berikut usia kedewasaan menikah di negara-negara Muslim dunia.³⁵³

Tabel 4. 1 Usia Dewasa Menikah di Negara Muslim Dunia

Negara	Usia Laki-laki (tahun)	Usia Perempuan (tahun)
Aljazair	21	18
Bangladesh	21	18
Mesir	18	16
Indonesia	19	16
Irak	18	18
Jordania	16	15
Libanon	18	17
Libya	18	16
Malaysia	18	16
Maroko	18	15
Yaman Utara	15	15
Pakistan	18	16
Somalia	18	18
Yaman Selatan	18	16
Suriah	18	17
Tunisia	19	17
Turki	17	15

Adanya pembatasan usia dewasa menikah tersebut menjadikan pernikahan di bawah usia tersebut sangat tidak dianjurkan. Menanggapi pendapat fikih mazhab yang tidak membatasi usia kawin, sehingga anak-anak yang belum dewasa pun dibenarkan kawin, dengan berdalil kepada tindakan Rasulullah SAW ketika beliau menikahi *Siti 'Aisyah* dalam usia masih sangat belia, yaitu 6 tahun. Hendaknya

³⁵³ Ramlan Yusuf Rangkuti, *Pembatasan Usia Kawin dan Persetujuan Calon Mempelai Dalam Perspektif Hukum Islam*, Equality, Vol. 13, No. 1 (Pebruari, 2008), hlm. 70.

kasus itu dilihat sebagai pengecualian atau kekhususan, sebagaimana Nabi Muhammad SAW beristeri lebih dari empat orang.³⁵⁴

Amir Syarifuddin, merujuk dalam QS. *An-Nisa'* ayat 6 sebagai dasar penetapan batas usia kawin. Amir Syarifuddin menjelaskan bahwa ayat tersebut selama ini dipahami pemakaiannya hanya dalam konteks batas waktu untuk memberikan harta pada anak yatim, padahal ayat tersebut juga mengandung arti usia dewasa menikah.³⁵⁵

Sayyid Sabiq dan *Al-Shan'aniy* menganjurkan para wali nikah untuk tidak menikahkan anak perempuannya yang masih kecil. Jika tetap dinikahkan maka anak tersebut memiliki hak *khiyâr* (memilih antara meneruskan pernikahan atau membatalkannya) ketika dewasa. Hal ini didasarkan pada pernikahan *Umamah binti Hamzah* ketika masih kecil, dan ketika *Umamah* sudah dewasa lalu Nabi Muhammad SAW memberikan hak *khiyâr* padanya.³⁵⁶

Selain itu, dasar pernikahan anak kecil berupa hadis tentang usia '*Aisyah* ketika menikah dengan Rasulullah SAW mengalami berbagai perbedaan dan tidak ada kesepakatan tentang usia '*Aisyah*. Satu hadis menyatakan usianya tujuh tahun dan hadis yang lain enam tahun:

عن عائشة قالت تزوجني النبي صلي الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين وبني بي وأنا بنت تسع سنين.³⁵⁷

³⁵⁴ Ahmad Rafiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gama Media, 2001), hlm. 11.

³⁵⁵ Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran Dalam Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, 1990), hlm. 114.

³⁵⁶ Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah*, Vol. III (Kairo: Dar al-Fath, 2004), hlm. 16.

³⁵⁷ Muslim, *Al-Jami' Al-Sahih*, Vol. IV, No. Ideks 3544, 3545, *Loc. cit.*, hlm. 142.

عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت تزوّجني رسول الله صلي الله عليه وسلم لسبع سنين و دخل عليّ لتسع سنين.³⁵⁸

Selain tidak ada kesepakatan usia ‘*Aisyah*, hadis tersebut sifatnya sebatas informasi dari ‘*Aisyah*. Tidak dijumpai *khithâbi* yang harus diikuti atau ditinggalkan.³⁵⁹ Ketika demikian maka hukum menikahi dan menikahkan perempuan di bawah usia dewasa lebih baik dikembalikan kepada tujuan nikah. Artinya, asumsi kuat bahwa perempuan di bawah usia dewasa yang menikah tidak akan mampu mengimplementasikan tujuan nikah dan mengerjakan kewajiban sebagai pasangan nikah. Oleh Karena Itu, wajar jika *Thahir al-Haddâd* menyatakan bahwa nikah paksa dan nikah di bawah usia dewasa bertentangan dengan surat *Al-Nisa’* ayat 9, karena menenggelamkan keturunan dalam bahaya dan tidak sejahtera.³⁶⁰ Pendapat ini sangat logis mengingat asumsi kuat bahwa perempuan belum dewasa jika dinikahkan tidak menemukan kemaslahatan.

Selain itu, ‘*urf* merupakan cara terbaik untuk menentukan hukum nikah di bawah usia, sebab adanya ‘*urf* tentang usia dewasa menikah berarti di sisi lain terdapat ‘*urf* tentang tidak berlakunya nikah di bawah usia dewasa. Dengan demikian, pernikahan di bawah usia dewasa hukumnya dilarang.

Perumusan usia dewasa menikah melalui ‘*urf* dikarenakan kedewasaan secara umum dikembalikan pada ‘*urf*. Konsekwensinya usia dewasa menikah berbeda-

³⁵⁸ Al-Baihaqi, *Sunan Al-Baihaqi*, Vol. VIII, No. Indeks 14028, *Op.cit.*, hlm. 114.

³⁵⁹ Helmi Karim, *Kedewasaan Untuk Menikah, Problematika Hukum Islam Kontemporer*, Chuzaimah T. Yanggo, et.all (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002), hlm. 81.

³⁶⁰ Tahir al-Haddad, *Perempuan dalam Syariat dan Masyarakat*, Terj. M. Adib Bisri (Jakarta: Pustaka Firdaus, 1993), hlm. 61-62.

beda di berbagai negara Muslim dunia karena menyesuaikan *'urf* masing-masing daerah. Ketika kedewasaan (usia dewasa) menjadi *'illat* hukum hak *Ijbâr* maka ketentuan hak *Ijbâr* di dunia pun juga berbeda-beda. Berikut pemberlakuan hak *Ijbâr* di beberapa negara Muslim dunia.³⁶¹

Tabel 4. 2 Persetujuan Mempelai di Negara Muslim Dunia

Negara	Ketentuan Persetujuan Mempelai
Irak	Harus ada persetujuan kedua calon mempelai dan menghukum orang yang memaksakan pernikahan
Syiria	Perempuan boleh menikah tanpa persetujuan wali jika pernikahannya setara (<i>se-kufû</i>). Jika tidak setara, wali boleh membatalkannya.
Aljazair	Harus ada persetujuan kedua calon mempelai, tidak dibenarkan adanya pemaksaan wali untuk menikahkan anaknya, dan wali harus menikahkan anak gadisnya sekalipun dengan pilihan anaknya sendiri.
Tunisia	Harus ada persetujuan kedua mempelai.
Maroko	Harus ada wali dan persetujuannya tapi melarang nikah paksa oleh wali. Kesimpulan: harus ada persetujuan wali dan anak.
Singapura	Menganjurkan persetujuan kedua calon mempelai, tapi tidak harus.
Malaysia	Pernikahan paksa akan dihukum: Persetujuan calon mempelai sebuah keharusan.
Yordania	Harus ada izin wali bagi gadis dan tidak ada kejelasan mengenai hak <i>ijbâr</i> .

Muslim dunia menunjukkan bahwa hukum *Ijbâr* dikembalikan pada *'urf* mengingat usia kedewasaan dan hukum pernikahan di bawah usia dewasa juga dikembalikan pada *'urf*. Dengan demikian, wali tidak boleh memaksa anak perempuan yang dewasa maupun yang masih anak-anak untuk menikah, begitu juga wali tidak boleh menikahkan anaknya yang masih kecil.

Rumusan fikih klasik tentang hak *Ijbâr* menurut *Al-Qardhawi* telah terkontaminasi oleh kondisi *'urf* pada masa itu. Tradisi yang berlaku pada waktu itu, gaya hidup perempuan lebih bersifat pasif, eksklusif dan terputus dari pergaulan

³⁶¹ Ramlan Yusuf Rangkuti, *Pembatasan Usia*, *Op.cit.*, hlm. 71-72.

laki-laki sehingga untuk menentukan jodohnya sendiri pun malu dan dinilai tidak layak. Kondisi ini telah berbeda dengan zaman sekarang.

Tuduhan konsepsi hak *Ijbâr* terkontaminasi kebiasaan masyarakat pada saat perumusannya diakui juga oleh *Mustafa Ahmad Zarqa* dan *Mustafa Abu 'Ujailah*. Mereka menyatakan, hadis yang dijadikan dasar hak *Ijbâr* terbentuk berdasarkan 'urf yang berlaku pada saat itu (*al-'urf al-muqârin*). Salah satu buktinya adalah kebiasaan perempuan mengungkapkan persetujuan dengan diam karena rasa malu untuk mengungkapkan rasa senangnya ketika akan dinikahkan. Kemudian dipahami *fuqahâ'* klasik bahwa tanpa persetujuan perempuan, pernikahan dapat dilaksanakan. Kebiasaan tersebut erat berhubungan dengan sistem pendidikannya dan peradaban, sehingga kebiasaan tersebut masih memiliki kemungkinan berubah di beberapa tempat dengan sistem pendidikan dan peradaban yang berbeda.³⁶²

Nasaruddin Umar juga menyatakan bahwa karya fikih klasik terpengaruh dan terikat dengan kondisi sosial budaya yang melingkupi tempat perumusannya.³⁶³ Termasuk ketentuan hak *Ijbâr* menurutnya tergolong terpengaruh 'urf dan bias jender di kawasan Jazirah Arab karena meniadakan otoritas perempuan untuk menentukan pilihannya.³⁶⁴

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa fikih tentang hak *Ijbâr* terbangun atas hadis yang memiliki 'illat berupa 'urf. Oleh Karena Itu, pelaksanaan hadis tersebut tergantung pada 'urf, sebagaimana yang telah diungkap *Ibnu Taimiyah* dan *Abu Yusuf*.

³⁶² Zarqa, *al-Fiqh, Op.cit.*, hlm. 910-911.

³⁶³ Nasaruddin Umar, *Op.cit.*, hlm. 271.

³⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 125.

Yusuf Al-Qardhawi menjelaskan bahwa praktek nikah paksa merupakan akibat dari kerancuan pemahaman. Alasannya, hadis yang dijadikan dasar hak *Ijbâr* dipahami maknanya dengan tidak adanya hak persetujuan. Padahal pemaksaan (*Ijbâr*) nikah terhadap perempuan dengan orang yang tidak dikehendaki bagaikan memaksanya untuk masuk dalam neraka *jahim*, karena menikah tanpa dasar cinta dan kehendak, sulit mencapai kebahagiaan dan kepatutan.

Rumusan hak *Ijbâr* tersebut menurut *Qardawi, Nasaruddin Umar, Mustafa Ahmad Zarqa* dan *Mustafa Abu 'Ujailah* telah terkontaminasi 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 dinilai tidak layak dalam memilih laki-laki.

Dengan kaca mata gender Nasruddin Umar mengatakan bahwa kawasan Timur Tengah pada masa kodifikasi fikih mazhab merupakan kawasan yang masyarakatnya patriarkis sehingga melahirkan fikih bercorak patriarkis.³⁶⁵ Oleh Karena Itu, seharusnya hak memilih jodoh adalah hak perempuan, bukan hak istimewa wali (ayah).³⁶⁶

Kondisi sosial dan lingkungan pada saat perumusan fikih klasik memang membentuk kepribadian wanita eksklusif yang berdiam di rumah, jauh dari pergaulan dengan masyarakat luas, kurang menikmati pendidikan, kurang aktif

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Nasaruddin Umar, *Teologi Reproduksi, dalam Bias Jender dalam Pemahaman Islam*, ed. Sri Suhandjati Sukri, et al. (Yogyakarta: Pusat Studi Jender IAIN Wali Songo, 2002), hlm. 25-26.

berkarir dan berpengalaman dalam bidang ekonomi, politik dan sosial sehingga sedikit ditemukan perempuan yang bergerak di bidang tersebut.³⁶⁷

Kebiasaan tersebut pada akhirnya mempengaruhi rumusan fikih hak *Ijbâr*, sehingga perempuan saat itu dinilai kurang proporsional dalam memilih jodoh. Bahkan perempuan secara umum dipersonifikasikan sebagai sosok yang mudah tertipu dan buruk pertimbangannya terlebih ketika memiliki kehendak yang menggebu-gebu.³⁶⁸ Penilaian ini wajar mengingat *'urf* wanita saat itu tidak pernah berinteraksi dengan laki-laki, sehingga layak jika orang tua berkepentingan untuk menghindarkan dari kesalahan fatal pernikahan.

Kebiasaan tersebut sebenarnya telah terjadi sejak era *tasyri'*. Hal ini dibuktikan dengan hadis klarifikasi *Siti 'Aisyah* yang menyatakan bahwa gadis pada saat itu didominasi rasa malu sehingga ungkapannya lebih sering menggunakan bahasa tubuh dari pada verbal. Oleh Karena Itu, kebijakan Rasulullah SAW sikap diam dianggap sebagai persetujuan. Namun, kebijakan tersebut kemudian dipahami *fuqahâ'* sebagai petunjuk bahwa tanpa meminta persetujuan perempuan yang akan menikah dianggap sama dengan adanya persetujuan.

Kondisi masyarakat yang cenderung eksklusif, memberlakukan tradisi pingitan dan membatasi pergaulan di luar rumah itu bertahan di Hijaz sampai era fikih klasik karena Hijaz jauh dari kontaminasi kebudayaan luar.³⁶⁹ Oleh Karena Itu, gadis dewasa dipersonifikasikan fikih daerah Hijaz sebagai sosok yang yang

³⁶⁷ Djazimah Muqoddas, *Kontroversi Hakim Perempuan Pada Peradilan Islam di Negara-Negara Islam*, (Yogyakarta: LkiS, 2011), hlm. 227

³⁶⁸ Al-Siwasi, *Op.cit.*, hlm. 257.

³⁶⁹ Djazimah Muqoddas, *Loc.cit.*, hlm. 227.

belum mengetahui atau belum dewasa tentang tujuan dan maslahat nikah.³⁷⁰ Pada gilirannya, hal ini mempengaruhi rumusan fikih yang memberlakukan hak *Ijbâr* pada gadis sekalipun telah dewasa sebagaimana fikih *Malikiyah*, *Syâfi'iyah* dan *Hanabilah*.

Berbeda dengan kondisi masyarakat Iraq yang heterogen karena telah terjadi akulturasi budaya persia sehingga masyarakatnya cenderung rasionalis. Kondisi ini membentuk kebiasaan perempuan yang sedikit lebih liberal dan bebas,³⁷¹ yang pada gilirannya berpengaruh pada rumusan fikih tentang tidak berlakunya *Ijbâr* bagi gadis dewasa sebagaimana fikih *Hanafiyah*.

Oleh Karena Itu, *fuqahâ'* kontemporer merumuskan bahwa persetujuan mempelai perempuan baik gadis maupun janda merupakan syarat, sehingga pernikahan paksa dihukumkan batal, berdosa dan melanggar ketentuan *nash*. Ketentuan tersebut pasti didasarkan pada 'urf saat ini. Di antara *fuqahâ'* kontemporer yang berpendapat demikian adalah *Sayyid Sabiq*,³⁷² *Riffat Hassan*,³⁷³ *Asghar Ali Engineer*,³⁷⁴ dan *Yusuf Al-Qardhawi*.

³⁷⁰ Al-Sarakhsi, *al-Mabsut*, *Loc.cit.*

³⁷¹ *Loc.cit.*

³⁷² Syaikh Sabiq, *Loc.cit.*

³⁷³ Rifat Hasan menilai hak *ijbar* bertentangan dengan Q.S *al-Nisa'* ayat 19:

يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَنْدَهُبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾

³⁷⁴ Asghar menilai bahwa persetujuan merupakan pokok pernikahan sesuai Q.S *al-Nisa'* ayat 19 (lihat di atas) Namun persetujuan keluarga juga penting sebagaimana Q.S *al-Nisa'* ayat 25:

وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنَ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُم مِّنَ بَعْضٍ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرِ مُسْفَحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَٰلِكَ لِمَنْ حَشِيَ أَلْعَنَتُ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٥﴾

Mereka menilai bahwa perkawinan merupakan pergaulan abadi antara suami istri sehingga butuh keserasian, persahabatan dan cinta kasih. Semua itu tidak akan terwujud jika salah satu pihak tidak menyetujui pernikahan. *Fuqahâ'* kontemporer teramati lebih mengedepankan persetujuan pelaku nikah dan meniadakan hak *Ijbâr*. Signifikansi persetujuan inilah yang membedakan dengan formulasi hak *Ijbâr* perspektif *fuqahâ'* salaf.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hak *Ijbâr* merupakan produk nalar *fuqahâ'* yang terbentuk berdasarkan '*urf*. Kesimpulan ini didasarkan pada tiga hal. Pertama, '*illat* hukumnya berupa '*urf*. Kedua, hadis yang dijadikan landasan hukum merupakan telaah sosiologis era wurud al-hadis berupa '*urf* sehingga keberlakuan hadis tergantung pada '*urf*, dan yang ketiga bahwa kondisi '*urf* yang melingkupi mujtahid mendorong adanya produk hukum berupa hak *Ijbâr* karena '*urf* perempuan pada saat itu terbiasa dalam tradisi pingitan dan minimnya interaksi sosial serta minimnya akses pendidikan secara bebas di luar rumah seperti saat ini sehingga dinilai tidak layak menentukan calon suami.

Praktek persetujuan serta perkawinan di bawah usia dewasa di Indonesia telah memiliki sistematika hukum (*nizhâm*) yang mengatur secara efektif, sehingga segala kepatutan perilaku teridentifikasi berdasarkan sistem yang telah ada. Sistem yang dimaksud adalah Kompilasi Hukum Islam, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, dan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

Sistem-sistem tersebut pada mulanya memang berupa hukum buatan penguasa yang berfungsi sebagai alat rekayasa sosial (*social engineering*) sebagaimana teori yang diungkap *Rosque Pound*.³⁷⁵ Kini, sistem hukum tersebut telah menjadi pedoman masyarakat Indonesia, sehingga dapat dikatakan bahwa hukum tersebut telah menjadi persepsi atau konsepsi umum yang memiliki otoritas yang mampu menghakimi dan memiliki kedaulatan bagi masyarakat sehingga dapat di sebut sebagai '*urf*', sebagaimana teori yang diungkap *Mustafa Ahmad Zarqa* dan *Mustafa Abu 'Ujailah* bahwa '*urf*' dapat bermula dari peraturan penguasa.³⁷⁶

Di Indonesia, usia dewasa nikah dijelaskan dalam KHI (Kompilasi Hukum Islam) dan Undang-Undang No 1 Tahun. 1974 Tentang Perkawinan, yakni usia 21 (dua puluh satu) tahun,³⁷⁷ atau minimal 19 (sembilan belas) bagi laki-laki dan 16 (enam belas) tahun bagi perempuan.³⁷⁸ Perbedaannya, bahwa pelaku nikah yang berusia 21 tahun tidak memerlukan perizinan orang tua atau wali, sedangkan pelaku nikah di bawah usia 21 tahun memerlukan perizinan orang tua atau wali selama usianya tidak kurang dari 19 (sembilan belas) bagi laki-laki dan 16 (enam belas).³⁷⁹ Sedangkan bagi pelaku nikah yang menyimpang dari usia minimum tersebut perlu dilakukan perizinan dan persetujuan dari pengadilan agama dalam bentuk dispensasi nikah yang diajukan oleh orang tua atau walinya.³⁸⁰

³⁷⁵ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, (Bandung: Angkasa, 1980), hlm. 112.

³⁷⁶ Zarqa, *Loc.cit.*, hlm. 43-44.

³⁷⁷ Pasal 6 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan., pasal 15 ayat (2) KHI.

³⁷⁸ Pasal 7 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan., pasal 15 ayat (2) KHI.

³⁷⁹ Pasal 6 ayat (2) s.d ayat (6), pasal 7 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan., pasal 15 ayat (1) dan (2) KHI.

³⁸⁰ Pasal 6 ayat (2) s.d ayat (6), pasal 7 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan., pasal 15 ayat (2) KHI.

Usia dewasa nikah dalam Undang-undang dan KHI teramati ada dua, yakni usia dewasa secara sempurna yakni 21 tahun dan usia minimum dewasa yakni 19 bagi laki-laki dan 16 bagi perempuan. Konsekwensinya, jika pelaku nikah usianya dewasa secara sempurna maka tidak perlu persetujuan wali, sedangkan jika pelaku nikah usianya menginjak usia minimum dewasa maka perlu persetujuan orang tua atau wali.

Sekalipun bagi pelaku nikah yang usianya masih tergolong minimum dewasa, dalam pasal 6 ayat (1) UU No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan pasal 16 KHI dijelaskan, syarat perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai.³⁸¹ Bahkan, pernikahan tanpa persetujuan tidak dapat dilaksanakan,³⁸² atau bahkan jika pernikahan dilaksanakan dengan cara paksa atau adanya ancaman maka dapat dilakukan pembatalan perkawinan oleh suami atau istri yang dipaksa atau diancam.³⁸³

Ketentuan usia minimum dewasa untuk menikah adalah 19 tahun bagi laki-laki dan 16 bagi perempuan secara tidak langsung memberikan petunjuk bahwa pernikahan yang dilakukan di bawah usia tersebut hukumnya dilarang. Sedangkan ketentuan dispensasi nikah hanyalah ketentuan yang sifatnya kasuistik jika terjadi sesuatu yang mendorong untuk melakukan penyimpangan usia nikah.

Bagi orang tua atau wali tidak dapat memaksakan perkawinan, baik pada pada mempelai yang telah ataupun yang belum mencapai usia minimum dewasa (19 tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan) sebab pernikahan di Indonesia

³⁸¹ Pasal 6 ayat (1) UU No 1 Th. 1974 Tentang Perkawinan dan pasal 16 KHI.

³⁸² Pasal 17 ayat (1) dan (2) KHI.

³⁸³ Pasal 27 UU No 1 Th. 1974 Tentang Perkawinan dan pasal 71 KHI.

memiliki asas persetujuan kedua belah pihak sebagaimana pasal 6 ayat (1) UU No 1 Th. 1974 Tentang Perkawinan dan pasal 16 KHI.

Ketentuan tersebut telah berlaku secara umum dalam masyarakat Indonesia sebab peristiwa pernikahan haruslah dicatatkan.³⁸⁴ Praktik pernikahan dan pencatatan ini diatur dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Undang-undang Nomor 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk.

Pencatatan nikah dilakukan oleh pegawai pencatat nikah di setiap kecamatan. Produk yang dikeluarkan dari adanya pencatatan nikah adalah akta nikah. Dalam Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975, dijelaskan bahwa akta nikah memuat beberapa hal, di antaranya adalah identitas pelaku nikah, izin wali bagi pelaku nikah yang di bawah usia 21 tahun, dispensasi dan izin pengadilan bagi pelaku nikah di bawah usia 19 tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan, serta bukti persetujuan mempelai.³⁸⁵

Praktek pencatatan perkawinan ini menjadi penting untuk mengetahui persetujuan mempelai dan usia mempelai, sehingga pemaksaan pernikahan dan praktek pernikahan di bawah usia minimum dewasa dapat dihindarkan. Praktek pencatatan perkawinan inilah yang menjadi bukti bahwa undang-undang perkawinan telah diberlakukan secara umum di tengah masyarakat Indonesia.

³⁸⁴ Pasal 2 ayat (2) UU No 1 Th. 1974 Tentang Perkawinan., pasal 5 ayat (1) KHI.

³⁸⁵ Pasal 12 Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

Dengan demikian, tidak berlakunya praktek nikah paksa dan nikah di bawah usia dewasa di Indonesia dapat dikategorikan ‘*urf*’ karena Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan dapat dikatakan telah berlaku secara mayoritas dan mengikat.

Praktek ‘*urf*’ semacam ini tergolong ‘*urf*’ sah sebab memiliki dampak maslahat dan tidak bertentangan dengan *nash syarâ*. Gadis dewasa memiliki otoritas persetujuan sehingga walinya tidak dapat memaksakan pernikahan merupakan hukum yang disandarkan pada hadis tentang janda dan gadis yang diriwayatkan *Ibnu ‘Abbas* dan *Abu Hurairah*, sebagaimana pendapat keseluruhan mazhab *Hanafiyah* di antaranya *Abu Hanifah*, Muhammad, *Abu Yusuf*,³⁸⁶ *Kamal al-Din al-Siwasi*,³⁸⁷ *al-Sharkhasi*,³⁸⁸ sebagian mazhab *Malikiyah* yakni *Ibnu Rusyd* dan *Ibnu Lubb*,³⁸⁹ serta sebagian mazhab *Hanabilah*, yakni salah satu pendapat *Ahmad bin Hanbal*, *Abu Ja’far*, *Al-Zarkasyi*, *Ibnu Taimiyah*,³⁹⁰ dan *Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah*.³⁹¹

Sedangkan ‘*urf*’ pernikahan di bawah usia juga tidak bertentangan dengan hadis tentang pernikahan ‘*Aisyah* dengan Rasulullah SAW yang teramati sifatnya sebatas informasi dari ‘*Aisyah*’ dan tidak dijumpai *khithâbi* yang harus diikuti,³⁹² sehingga layak mengikuti pendapat Ahmad Rafiq yang menyatakan hendaknya peristiwa tersebut dinilai sebagai pengecualian atau kekhususan sebagaimana Nabi

³⁸⁶ Al-Sarakhsi, *Op.cit.*, hlm. 387-389.

³⁸⁷ Al-Siwasi, *Loc.cit.*, hlm. 261.

³⁸⁸ Al-Sarakhsi, *al-Mabsut*, Vol. IV, *Op.cit.*, hlm. 180, Vol. V, *Op.cit.*, hlm. 3.

³⁸⁹ Al-Tasuli, *Loc.cit.*, hlm. 423.

³⁹⁰ Al-Mardawi, *Loc.cit.*

³⁹¹ Al-Jauziyah, *Loc.cit.*

³⁹² Helmi Karim, “*Kedewasaan Untuk Menikah*”, *Problematika Hukum Islam Kontemporer*, ed. Chuzaimah T. Yanggo, et.all (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002), hlm. 81.

beristeri lebih dari empat orang.³⁹³ Selain itu, secara logika sulit dibayangkan bagaimana Rasulullah SAW yang usianya 50 tahun menikahi 'Aisyah yang masih 6 tahun. Ketentuan tentang batas minimum usia bolehnya melakukan pernikahan di Indonesia juga memiliki dasar *nash*, yakni QS. *An-Nisa* ' ayat 6, sehingga memaksa anak kecil untuk menikah juga menjadi dilarang:

وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ
 وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا
 فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا



Pernikahan paksa dan pernikahan di bawah usia banyak memiliki efek negatif, di antaranya adalah kegoncangan psikologis yang pasti dialami korban pemaksaan pernikahan.³⁹⁴ Selain itu tujuan pernikahan sebagaimana dirumuskan *Al-Ghazali*,³⁹⁵ berupa memperbanyak keturunan, menyalurkan hasrat seksual, mengatur dan mendidik rumah tangga sulit tercapai. Kedewasaan berpikir, bersikap serta kondisi mental yang belum matang berpotensi menjadi penyebab ketidakharmonisan pola hubungan dalam berkeluarga sehingga silit menciptakan keluarga yang bahagia, sakinah, mawaddah dan rahmah. Hal ini, bertentangan dengan tujuan membangun rumah tangga.³⁹⁶

³⁹³ Ahmad Rafiq, *Loc.cit.*

³⁹⁴ Pera Sopariyanti, *Menilai Kawin Paksa Perspektif Fiqh Dan Perlindungan Anak*, (Jakarta: Rahima, 2008), hlm. 30-32.

³⁹⁵ Al-Ghazali, *Loc.cit.*

³⁹⁶ *Loc.cit.*

Di sisi lain, hak dan kewajiban dalam pernikahan juga sulit dipenuhi pelaku nikah yang belum dewasa. Bahkan, juga berdampak negatif pada kesehatan reproduksi. Selain itu, di Indonesia juga dapat digolongkan sebagai tindak pidana, sebagaimana yang dialami Syekh Puji. Kondisi demikian, mengisyaratkan keharusan penerapan *'urf* dari pada menerapkan fikih klasik, bahkan jika *'urf* ditinggalkan akan berakibat pada kesengsaraan masyarakat dan ketimpangan sosial. Mempertahankan *'urf* berarti mengimplementasikan maslahat yang teramati bermuara pada pemeliharaan keseluruhan lima tujuan syariah berupa agama, jiwa, keturunan, harta dan akal. Dengan demikian, maslahat yang terkandung dalam *'urf* sangat konkrit sehingga sangat tepat jika *'urf* menempati fungsinya sebagai *'illat* dalam reformulasi hak *Ijbâr* di Indonesia.