BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Gambaran Umum Objek Penelitian

1. Gambaran umum ilmu Fikih

a. Pengertian Ilmu Fikih

Secara Etimologi, fikih berasal dari kata faqqaha yufaqhuhu fiqhan yang berarti pemahaman. Pemahaman sebagaimana dimaksud di sini, adalah pemahaman tentang agama Islam. Dengan demikian, fikih menunjuk pada arti memahami agama Islam secara utuh dan komprehensif. Kata fikih yang secara bahasa berarti pemahaman atau pengertian ini diambil dari firman Allah Swt¹:

قَالُوا يَشْعِبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرُكَ فِيْنَا
ضَعِيفًا وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْنَا بَعِزِينَ

Artinya: *"mereka berkata: "Hai Syu'aib, Kami tidak banyak mengerti tentang apa yang kamu katakan itu dan Sesungguhnya Kami benar-benar melihat kamu seorang yang lemah di antara kami; kalau tidaklah karena keluargamu tentulah Kami telah merajam kamu, sedang kamupun bukanlah seorang yang berwibawa di sisi kami."*²

Kalimat fikih mempunyai beberapa Term, diantaranya yaitu:

- 1) Al-ilmu, pada dasarnya Term al-ilmu memiliki dua pengertian, Yaitu dalam arti pengetahuan yang mencapai tingkat keyakinan (al-yaqin) dan dalam arti pengetahuan yang hanya sampai pada tingkat dugaan (al-dlan). Dalam definisi di atas, al-ilmu yang dimaksud lebih dimaknai dengan arti yang kedua,

¹ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, (Surabaya: Pena Salsabila, 2013), 1-2.

² Al-Qu'an dan Terjemah, Surat Al-Huud ayat 91.

yaitu pengetahuan yang hanya taraf dugaan atau asumsi. Karena mayoritas ketentuan fiqh bersifat asumtif karena digali dari dalil-dalil yang bersifat dlanniyat.

- 2) Al-ahkam, adalah jamak dari kata al-hukm yang memiliki arti putusan. Al-hukm berarti ketentuan-ketentuan Syari'ah yang berkaitan dengan perbuatan manusia yang berasal dari Allah Swt. seperti wajib, sunah, makruh, haram dan mubah.
- 3) As-syar'iyah, merupakan sifat atau adjektif hukum-hukum yang berarti bersifat syar'i. Karena itu, pengetahuan tentang hukum-hukum yang bersifat aqli tidak disebut fikih. Demikian juga, pengetahuan tentang hukum-hukum yang bersifat inderawi tidak juga disebut sebagai fikih. Demikian halnya, hukum positif yang dibuat oleh sebuah pemerintah dan hukum adat yang disepakati di suatu daerah tidak termasuk fikih.
- 4) Al-amaliyyah, berarti bersifat praktis. Hukum-hukum yang tidak bersifat amaliyah misalnya hukum-hukum i'tiqadiyyah tidak termasuk fikih. Hukum i'tiqadiyah misalnya pengetahuan bahwa Allah Swt. itu esa tidak termasuk fiqh. Demikian juga, hukum-hukum yang bersifat qalbiyah-khuluqiyah seperti ikhlas, riya', dan sebagainya tidak pula termasuk hukum fikih.
- 5) Al-muktasab, berarti bahwa fiqh itu digali dengan usaha yang sungguh-sungguh. Dengan demikian, hukum fiqh syar'i amaly yang tidak digali dengan usaha yang sungguh-sungguh, dalam definisi ini, tidak termasuk fiqh. Karena itu, pengetahuan kita tentang sholat, zakat, kewajiban haji, dan ketentuan yang bersifat dlaruri, tidak termasuk fiqh.
- 6) Al-adillah at-tafshiliyyah berarti dalil-dalil yang terperinci. Dalil-dalil yang ijmal (bersifat global) tidak termasuk fikih, melainkan masuk dalam ranah studi ushul fikih. Dalil ijmal misalnya 'am, khas, mujmal, muqayyad, ijma', qiyas dan lain sebagainya.³

³ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 2-3.

b. Pembidangan dalam fikih

Pembidangan ilmu Fikih dibagi menjadi dua bagian yaitu: bidang Fikih 'ibadah mahdhah yaitu aturan yang mengatur hubungan muslim dengan Allah Swt. dan bidang fikih muamalah dalam arti yang luas. Bidang fikih muamalah dalam arti yang luas di bagi menjadi beberapa bidang, diantaranya yaitu⁴:

- 1) Bidang al-ahwal al-syaksyah atau hukum keluarga.

Bidang al-Ahwal al-Syaksyah, yaitu ilmu yang mengatur antara suami istri, anak, dan keluarga. Pokok kajiannya meliputi fikih munakahat, fikih mawaris, wasiat, dan wakaf.⁵

- 2) Bidang fikih muamalah (dalam artisempit) al ahkam al madaniyah.

Bidang ini membahas tentang jual beli (bai'), membeli barang yang belum jadi, dengan disebutkan sifat-sifatnya dan jenisnya (sallam) gadai (ar-Rahn), kepailitan (taflis), pengampunan (hajru), perdamaian (al-sulh), pemindahan utang (al-hiwalah), jaminan hutang (ad-dhaman al-kafalah), perorangan dagang (syarikah), perwakilan (wikalah), titipan (al-wadi'ah), pinjaman-meminjam (ai-ariyah), merampas atau merusak harta orang lain (al qhash), hak membeli paksa (syuf'ah), memberi modal dengan bagi untung (qiradh), penggarapan tanah (almuzaroh'ah musaqoh), sewa-menyewa (al-ji'alah), membuka tanah baru (ihya al-mawat) dan barang temuan (luqathah).⁶

- 3) Bidang fikih jinayah atau al ahkam al jinayah

Fiqh Jinayah membahas pengertian tindakan pidana (jarimah), macam jarimah, unsur-unsur jarimah yang meliputi aturan pidana, perbuatan pidana, dan pelaku pidana. Kaidah kaidah dalam penafsiran hukum, asas legalitas, masa berlakunya

⁴ HA. Djazuli, *Ilmu Fiqih, Penggalian, Perkembangan dan Penerapan Hukum Islam*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2005), 44.

⁵ HA. Djazuli, *Ilmu Fiqih, Penggalian, Perkembangan dan Penerapan Hukum Islam*, 47.

⁶ HA. Djazuli, *Ilmu Fiqih, Penggalian, Perkembangan dan Penerapan Hukum Islam*, 50.

aturan pidana dan lingkungan berlakunya aturan pidana. Fiqh jinayah juga membahas hukuman Qishas untuk pembunuhan sengaja, semi sengaja, dan kesalahan disertai dengan rukun dan syaratnya.

Fiqh Jinayah juga mengkaji tentang hudud seperti had perzinahan, unsurnya, sanksinya, pembuktiannya, pelaksanaan hukuman dan hapusnya hukuman zina, juga tentang had menuduh zina (qadhzaf), unsur-unsurnya, gugatannya, pembuktiannya, sanksinya, dan hapusnya hukuman qadzaf. Demikian juga tentang had minuman keras beserta unsur-unsurnya, hukumannya dan cara melaksanakan hukumannya, bukti-buktinya dan halanganhalangannya pelaksanaan hukuman. Di samping itu, juga had pencurian, unsur-unsurnya, pembuktiannya, hukumannya, percobaan pencurian, pelaksanaan hukuman, dan hapusnya hukuman. Demikian juga, Fiqh Jinayah juga membahas tentang pembegalan (al-hirabah), pengertiannya, bukti-buktinya, sanksinya, cara pelaksanaan hukuman, hapusnya hukuman, tanggung jawab pidana, dan tanggung jawab perdata di perampok. Pemberontakan (Al-Baghyu), pengertiannya, unsur-unsurnya, sanksinya, hukuman pokok, pengganti dan tambahan, kesempatan untuk bertobat. Selain itu juga, Fiqh Jinayah juga membahas jarimah takzir sebagai sanksi yang dibuat oleh ulil Amri yang memiliki daya preventif dan represif (al-radd wa al-jazm) yang diancamkan kepada kejahatan-kejahatan hudud, qishash, dan diyat yang tidak memenuhi syarat, kejahatan yang ditentukan di dalam al-Qur'an dan al-Hadits yang di tentukan di dalam al-Qur'an dan atau al-Hadits yang tidak disebutkan sanksinya.

4) Bidang fikih qodh'a atau al-ahkam al-mura fa'ah.

Fikih qadha ini membahas tentang proses penyelesaian perkara di pengadilan. Fikih ini membahas tentang hakim, putusan yang dijatuhkan, hak yan di langgar, penggugat dalam kasus perdata atau penguasa dalam kasus pidana dan tergugat dalam kasus perdata atau tersangka dalam kasus pidana dan

tergugat dalam kasus perdata atau tersangka dalam kasus pidana. Fiqh ini juga membincang syarat-syarat seorang hakim, Tentang pembuktian, seperti pengakuan, keterangan dan saksi, sumpah, qorinah, keputusan hakim dengan mengikuti mazhab tertentu, gugatan terhadap hak yang dilanggar haruslah jelas. Kedudukan yang sama antara penggugat dan tergugat, kedua-suanya harus didengar keterangannya.⁷

5) Bidang fikih siyasyah

Fikih siyasyah membahas tentang hubungan antara seseorang pemimpin dengan yang di pimpinnya atau antara lembaga-lembaga kekuasaan di dalam masyarakat dengan rakyatnya. Pembahasan fikih siyasyah ini luas sekali, yang meliputi antara ahlul halli wal-aqdi, hak dan kewajiban rakyat, kekuasaan peradilan, pengaturan orang-orang yang pergi haji, kekuasaan yang berhubungan dengan peraturan ekonomi, harta fai, ghanimah, jizyah, kharaj, baitul mal, hubungan muslim dan non muslim dalam akad, hubungan muslim dan non muslim dalam kasus pidana, hubungan internasional dalam keadaan perang dan damai, perjanjian internasional, penyerahan penjahat, perwakilan-perwakilan asing serta tamu-tamu asing.

Secara global, kumpulan materi fiqh siyasyah dapat dikelompokkan sebagai berikut:

- (a) Siyasyah dusturiah yang membahas tentang hubungan rakyat dengan pemerintah.
- (b) Siyasyah maliyah yang membahas tentang perekonomian dalam masyarakat.
- (c) Siyasyah dauliyah yang membahas tentang hubungan-hubungan Internasional baik dalam keadaan perang maupun dalam keadaan damai.

Sementara itu, bidang ibadah mahdhah adalah keterkaitan hubungan manusia dengan Allah Swt. Bidang fikih ibadah ini meliputi: taharah, Shalat, zakat dan harta-harta yang wajib di zakati, puasa wajib dan sunnah, I'tikaf, ibadah haji, jihad, sumpah,

⁷ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 22.

nazar, kurban, sembelihan, berburu, aqiqoh, makanan dan minuman.⁸

c. Sejarah perkembangan ilmu fikih

Muhammad Khudari Bek (ahli fiqh dari Mesir) membagi periodisasi fikih menjadi enam periode, diantaranya yaitu:

1) periode risalah

Periode ini dimulai pada zaman kerasulan nabi Muhammad SAW sampai wafatnya Nabi SAW (11 H./632 M.). Pada periode ini kekuasaan penentuan hukum sepenuhnya berada di tangan Rasulullah SAW. Sumber hukum ketika itu adalah Al-Qur'an dan sunnah Nabi SAW. Pengertian fiqh pada masa itu identik dengan syarat, karena penentuan hukum terhadap suatu masalah seluruhnya bermuara kepada Rasulullah SAW.

Periode awal ini juga dapat dibagi menjadi periode Makkah dan periode Madinah. Pada periode Makkah, risalah Nabi Muhammad SAW lebih banyak tertuju pada masalah aqidah. Ayat hukum yang turun pada periode ini tidak banyak jumlahnya, dan itu pun masih dalam rangkaian mewujudkan revolusi aqidah untuk mengubah sistem kepercayaan masyarakat jahiliyah menuju penghambaan kepada Allah SWT semata. Pada periode Madinah, ayat-ayat tentang hukum turun secara bertahap. Pada masa ini seluruh persoalan hukum diturunkan Allah SWT, baik yang menyangkut masalah ibadah maupun muamalah. Oleh karenanya, periode Madinah ini disebut juga oleh ulama fikih sebagai periode revolusi sosial dan politik.

2) periode al-Khulafaur Rasyiddin

Periode ini dimulai sejak wafatnya Nabi Muhammad SAW sampai Mu'awiyah bin Abu Sufyan memegang pemerintahan Islam pada tahun 41 H/661 M. Sumber hukum fikih pada periode ini, disamping Al-Qur'an dan sunnah Nabi SAW, juga ditandai dengan munculnya berbagai ijihad para

⁸ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 23-24.

sahabat. Ijtihad ini dilakukan ketika persoalan yang akan ditentukan hukumnya tidak dijumpai secara jelas dalam nash.

Pada masa ini, khususnya setelah Umar bin al-Khattab menjadi khalifah (13 H./634 M.), ijtihad sudah merupakan upaya yang luas dalam memecahkan berbagai persoalan hukum yang muncul di tengah masyarakat. Persoalan hukum pada periode ini sudah semakin kompleks dengan semakin banyaknya pemeluk Islam dari berbagai etnis dengan budaya masing-masing. Pada periode ini, untuk pertama kali para fuqaha berbenturan dengan budaya, moral, etika dan nilai-nilai kemanusiaan dalam suatu masyarakat majemuk. Hal ini terjadi karena daerah-daerah yang ditaklukkan Islam sudah sangat luas dan masing-masing memiliki budaya, tradisi, situasi dan kondisi yang menantang para fuqaha dari kalangan sahabat untuk memberikan hukum dalam persoalan-persoalan baru tersebut.⁹

3) periode awal pertumbuhan fikih.

Masa ini dimulai pada pertengahan abad ke-1 sampai awal abad ke-2 H. Periode ketiga ini merupakan titik awal pertumbuhan fikih sebagai salah satu disiplin ilmu dalam Islam. Dengan bertebarannya para sahabat ke berbagai daerah semenjak masa al-Khulafaur Rasyiddin (terutama sejak Usman bin Affan menduduki jabatan Khalifah, 33 H./644 M), munculnya berbagai fatwa dan ijtihad hukum yang berbeda antara satu daerah dengan daerah lain, sesuai dengan situasi dan kondisi masyarakat daerah tersebut.

Seperti dicatat dalam sejarah, di Irak, Ibnu Mas'ud muncul sebagai fuqaha yang menjawab berbagai persoalan hukum yang dihadapinya di sana. Dalam hal ini sistem sosial masyarakat Irak jauh berbeda dengan masyarakat Hedzjaz atau Hijaz (Makkah dan Madinah). Saat itu, di Irak telah terjadi

⁹ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 133-135.

pembaurnan etnik Arab dengan etnik Persia, sementara masyarakat di Hedjaz lebih bersifat homogen.

Dalam menghadapi berbagai masalah hukum, Ibnu Mas'ud mengikuti pola yang telah di tempuh Umar bin al-Khattab, yaitu lebih berorientasi pada kepentingan dan kemaslahatan umat tanpa terlalu terikat dengan makna harfiah teks-teks suci. Sikap ini diambil Umar bin al-Khattab dan Ibnu Mas'ud karena situasi dan kondisi masyarakat ketika itu tidak sama dengan saat teks suci diturunkan. Atas dasar ini, penggunaan nalar (analisis) dalam berijtihad lebih dominan. Dari perkembangan ini muncul madrasah atau aliran ra'yu (akal) (Ahlulhadits dan Ahlurra'yi).

Sementara itu, di Madinah yang masyarakatnya lebih homogen, Zaid bin Sabit (11 SH./611 M.-45 H./665 M.) dan Abdullah bin Umar bin al-Khattab (Ibnu Umar) bertindak menjawab berbagai persoalan hukum yang muncul di daerah itu. Sedangkan di Makkah, yang bertindak menjawab berbagai persoalan hukum adalah Abdullah bin Abbas (Ibnu Abbas) dan sahabat lainnya. Pola dalam menjawab persoalan hukum oleh para fuqaha Madinah dan Makkah sama, yaitu berpegang kuat pada Al-Qur'an dan hadits Nabi SAW. Hal ini dimungkinkan karena di kedua kota inilah wahyu dan sunnah Rasulullah SAW diturunkan, sehingga para sahabat yang berada di dua kota ini memiliki banyak hadits. Oleh karenanya, pola fuqaha Makkah dan Madinah dalam menangani berbagai persoalan hukum jauh berbeda dengan pola yang digunakan fuqaha di Irak. Cara-cara yang ditempuh para sahabat di Makkah dan Madinah menjadi cikal bakal bagi munculnya aliran ahlul hadits.¹⁰

4) periode keemasan

Periode ini dimulai dari awal abad ke-2 sampai pada pertengahan abad ke-4 H. Dalam periode sejarah peradaban Islam, periode ini termasuk dalam periode Kemajuan Islam Pertama (700-1000). Seperti periode

¹⁰ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 135-137.

sebelumnya, ciri khas yang menonjol pada periode ini adalah semangat ijtihad yang tinggi dikalangan ulama, sehingga berbagai pemikiran tentang ilmu pengetahuan berkembang. Perkembangan pemikiran ini tidak saja dalam bidang ilmu agama, tetapi juga dalam bidang-bidang ilmu pengetahuan umum lainnya.

Dinasti Abbasiyah (132 H./750 M.-656 H./1258 M.) yang naik ke panggung pemerintahan menggantikan Dinasti Umayyah memiliki tradisi keilmuan yang kuat, sehingga perhatian para penguasa Abbasiyah terhadap berbagai bidang ilmu sangat besar. Para penguasa awal Dinasti Abbasiyah sangat mendorong fuqaha untuk melakukan ijtihad dalam mencari formulasi fikih guna menghadapi persoalan sosial yang semakin kompleks. Perhatian para penguasa Abbasiyah terhadap fikih misalnya dapat dilihat ketika Khalifah Harun ar-Rasyid (memerintah 786-809) meminta Imam Malik untuk mengajar kedua anaknya, al-Amin dan al-Ma'mun. Disamping itu, Khalifah Harun ar-Rasyid juga meminta kepada Imam Abu Yusuf untuk menyusun buku yang mengatur masalah administrasi, keuangan, ketatanegaraan dan pertanian.

Imam Abu Yusuf memenuhi permintaan khalifah ini dengan menyusun buku yang berjudul al-Kharaj. Ketika Abu Ja'far al-Mansur (memerintah 754-775) menjadi khalifah, ia juga meminta Imam Malik untuk menulis sebuah kitab fiqh yang akan dijadikan pegangan resmi pemerintah dan lembaga peradilan. Atas dasar inilah Imam Malik menyusun bukunya yang berjudul al-Muwaththa' (Yang Disepakati).

Pada awal periode keemasan ini, pertentangan antara ahlu hadith dan ahlu ra'yi semakin tajam, sehingga menimbulkan semangat berijtihad bagi masing-masing aliran. Semangat para fuqaha melakukan ijtihad dalam periode ini juga mengawali munculnya mazhab-mazhab fikih, yaitu Mazhab Hanafi, Maliki, Syafi'i, dan Hanbali. Upaya ijtihad tidak hanya dilakukan untuk keperluan praktis masa

itu, tetapi juga membahas persoalan-persoalan yang mungkin akan terjadi yang dikenal dengan istilah *fiqh taqdiri* (fikih hipotetis).¹¹

5) periode tahrir, takhrij dan tarjih dalam mazhab fikih

Periode ini dimulai dari pertengahan abad ke-4 sampai pertengahan abad ke-7 H. Yang dimaksudkan dengan tahrir, takhrij, dan tarjih adalah upaya yang dilakukan ulama masing-masing mazhab dalam mengomentari, memperjelas dan mengulas pendapat para imam mereka. Periode ini ditandai dengan melemahnya semangat *ijtihad* di kalangan ulama fikih. Ulama fikih lebih banyak berpegang pada hasil *ijtihad* yang telah dilakukan oleh imam mazhab mereka masing-masing, sehingga *mujtahid mustaqill* (*mujtahid mandiri*) tidak ada lagi. Sekalipun ada ulama fikih yang ber*ijtihad*, maka *ijtihadnya* tidak terlepas dari prinsip mazhab yang mereka anut. Artinya ulama fikih tersebut hanya berstatus sebagai *mujtahid fi al-mazhab* (*mujtahid yang melakukan ijtihad berdasarkan prinsip yang ada dalam mazhabnya*).

6) periode kemunduran fikih

Masa ini dimulai pada pertengahan abad ke-7 H. sampai munculnya *Majalah al-Ahkam al-'Adliyyah* (*Hukum Perdata Kerajaan Turki Usmani*) pada 26 Sya'ban 1293. Perkembangan fikih pada periode ini merupakan lanjutan dari perkembangan fikih yang semakin menurun pada periode sebelumnya. Periode ini dalam sejarah perkembangan fikih dikenal juga dengan periode *taqlid* secara membabi buta.

Pada masa ini, ulama fikih lebih banyak memberikan penjelasan terhadap kandungan kitab fikih yang telah disusun dalam mazhab masing-masing. Penjelasan yang dibuat bisa berbentuk mukhtasar (*ringkasan*) dari buku-buku yang muktabar (*terpandang*) dalam mazhab atau *hasyiah* dan *takrir* (*memperluas dan mempertegas pengertian lafal yang*

¹¹ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 137-139.

di kandung buku mazhab), tanpa menguraikan tujuan ilmiah dari kerja hasyiah dan takrir tersebut.¹²

7) periode pengkodifikasian fikih

Periode ini di mulai sejak munculnya Majalah al-Ahkam al-Adliyyah sampai sekarang. Upaya pengkodifikasian fiqh pada masa ini semakin berkembang luas, sehingga berbagai negara Islam memiliki kodifikasi hukum tertentu dan dalam mazhab tertentu pula, misalnya dalam bidang pertanahan, perdagangan dan hukum keluarga.

Kontak yang semakin intensif antara negara muslim dan Barat mengakibatkan pengaruh hukum Barat sedikit demi sedikit masuk ke dalam hukum yang berlaku di negara muslim. Disamping itu, bermunculan pula ulama fiqh yang menghendaki terlepasnya pemikiran ulama fiqh dari keterikatan madzhab tertentu dan mencanangkan gerakan ijtihad digairahkan kembali.

Mustafa Ahmad az-Zarqa mengemukakan bahwa ada tiga ciri yang mewarnai perkembangan fiqh pada periode ini, sebagai berikut:

- (a) Munculnya upaya pengkodifikasian fiqh sesuai dengan tuntutan situasi dan zaman.
- (b) Upaya pengkodifikasian fiqh semakin luas.
- (c) Munculnya upaya pengkodifikasian berbagai hukum fiqh yang tidak terikat sama sekali dengan mazhab fiqh tertentu.

Dalam perkembangan selanjutnya, khususnya di zaman modern, ulama fikih mempunyai kecenderungan kuat untuk melihat berbagai pendapat dari berbagai madzhab fikih sebagai satu kesatuan yang tidak dipisahkan. Dengan demikian, ketegangan antar pengikut mazhab mulai mereda. Sejak saat itu, kajian fiqh tidak lagi terikat pada salah satu mazhab, tetapi telah mengambil bentuk kajian komparatif dari berbagai mazhab, yang dikenal dengan istilah fiqh muqaran.¹³

¹² M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 139-143.

¹³ M. Nor Harisudin, *Pengantar Ilmu Fiqih*, 143-146.

2. Gambaran umum hukum positif Indonesia

a. Sistem hukum Indonesia

Sistem hukum Indonesia merupakan sistem yang berlaku di Indonesia sebagai sumber hukum bagi pengadilan, para hakim, untuk memformulasikan putusan, dan juga pada saat yang sama meliputi nilai-nilai atau ideal yang melandasinya. Setiap bangsa memiliki sistem hukumnya sendiri, beserta sistem nilai yang melandasinya, termasuk Indonesia.¹⁴

Pemahaman yang memadai terhadap sumber ataupun bahan yang berasal dari sumber-sumber hukum di Indonesia merupakan komponen konkret dari struktur atau bangunan hukum sistem hukum Indonesia, yang meliputi peraturan perundang-undangan, putusan-putusan pengadilan, kebiasaan, serta kaidah-kaidah non positif lainnya, bahwa setiap isu hukum harus diselesaikan dalam kerangka sistem hukum yang berlaku, atau dengan mengacu pada sumber itu.¹⁵

Sistem hukum merupakan struktur formal, sistem hukum Indonesia adalah struktur formal kaidah-kaidah hukum yang berlaku dan asas-asas yang mendasarinya, yang pada gilirannya didasarkan Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesiadan dijiwai oleh Falsafah Pancasila.

Unsur-unsur hukum positif Indonesia (sistem kaidah) meliputi:

- 1) Undang-undang atau perundang-undangan beserta asas-asas yang berkaitan dengannya.
- 2) Kebiasaan dan atau adat yang telah diterima sebagai hukum.
- 3) Keputusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewisjde*).
- 4) Traktat atau perjanjian internasional.

Di samping sistem kaidah yang berlaku di Indonesia seperti yang disebutkan di atas, termasuk pula sub sistem kaidah di dalam penerapan kaidah dan asas-asasnya,

¹⁴ Titon Slamet, *Pengantar Sistem Hukum Indonesia*, (Bandung: PT. Alumni, 2009), 19.

¹⁵ Titon Slamet, *Pengantar Sistem Hukum Indonesia*, 42-43.

seperti: peradilan, kejaksaan, kepolisian, dan sub sistem lembaga masyarakat. Sub sistem lainnya adalah pengembangan hukum nasional berencana oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, gejala sosial dalam konteks telaahan sosiologi-budaya di Indonesia, dan politik hukum Nasional.¹⁶

Badan Pembinaan Hukum Nasional seperti yang dikuti oleh Satya Arinanto, memberikan pengertian sistem hukum dengan unsur-unsurnya sebagai berikut¹⁷:

- 1) Materi hukum (tatanan hukum) yang terdiri atas
 - (a) Perencanaan hukum.
 - (b) Pembentukan hukum.
 - (c) Penelitian hukum.
 - (d) Pengembangan hukum.
- 2) Aparatur hukum adalah mereka yang mempunyai tugas dan fungsi penyuluhan, penerapan, penegakan, dan pelayanan hukum.
- 3) Sarana dan prasarana hukum yang sifatnya fisik.
- 4) Budaya hukum dari masyarakat dan pejabat.
- 5) Pendidikan hukum.

Hukum di Indonesia pada dasarnya telah mengalami perubahan yang mendasar dari awal. Dimulai dari sejak bangsa Indonesia merdeka dengan ditetapkannya Undang-undang Dasar 1945 (UUD 1945), sampai kepada perubahan UUD 1945 pasca reformasi pada tahun 1998, yang telah mengalami perubahan sebanyak 4 (empat) kali dari amandemen kesatu dalam Sidang Tahunan MPR tahun 1999, amandemen kedua dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 2000, amandemen ketiga dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 2001, dan amandemen keempat dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 2002. Perubahan UUD 1945 menjadikan sistem hukum di Indonesia juga mengalami perubahan, yang berbeda pada saat ditetapkan setelah merdeka.

¹⁶ Mochtar Kusuma Atmaja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, (Bandung: PT. Alumni, 2009), 121.

¹⁷ Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006), 14-15.

b. Tata hukum Indonesia

Tata hukum merupakan hukum positif yang berlaku di suatu masyarakat tertentu, di wilayah tertentu, di saat atau waktu tertentu, yang dijalankan oleh suatu otoritas yang dengan sengaja ditunjuk untuk, bagi penataan kehidupan masyarakatnya melalui suatu kaidah atau norma.

Masyarakat yang telah menetapkan tata hukumnya dan secara bersama-sama, tunduk dan patuh kepada tata hukum itu, disebut masyarakat hukum. Sebagai suatu tatanan, keseluruhan dari bagian-bagian itu saling berhubungan, menentukan, dan mengimbangi satu dengan lainnya.¹⁸

Tata hukum yang berlaku di Indonesia merupakan hukum yang berlaku dewasa ini di Indonesia yang sebagian berasal dari warisan kolonial dan hukum yang ada setelah kemerdekaan. Hukum di Indonesia dari segi tata hukum terdiri atas hukum-hukum yang berlaku sekarang ini, baik hukum publik yang antara lain hukum tata usaha, hukum pidana, dan hukum internasional publik, serta hukum privat diantaranya adalah hukum sipil, hukum dagang, dan sebagainya.¹⁹

Proklamasi kemerdekaan Indonesia oleh Soekarno dan Muhammad Hatta pada tanggal 17 Agustus 1945 pada dasarnya merupakan landasan untuk mengganti tata hukum kolonial menjadi tata hukum nasional. Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Perundangan Republik Indonesia menyatakan bahwa proklamasi kemerdekaan Indonesia yang diumumkan oleh Bung Karno dan Bung Hatta atas nama Bangsa Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945 adalah detik pendjebolan tertib hukum kolonial dan sekaligus detik pembangunan tertib hukum nasional, tertib hukum Indonesia.

¹⁸ Kusumadi Pudjosewono, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2001), 62.

¹⁹ Soedjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Rajawali Press, 2010), 41.

Berlakunya tata hukum Indonesia secara yuridis adalah melalui Pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945. Pasal II Aturan Peralihan dalam UUD menyatakan bahwa hukum-hukum yang berlaku sebelum Indonesia merdeka masih tetap diberlakukan, termasuk badan-badan hukum yang ada pada saat Indonesia belum merdeka juga tetap diadakan setelah Indonesia merdeka. Maksud diadakannya Pasal II Aturan Peralihan dalam UUD 1945 adalah untuk mencegah kekosongan hukum dan kekosongan kekuasaan setelah Indonesia merdeka.²⁰

c. Sejarah perkembangan hukum positif indonesia

Periodisasi hukum di Indonesia dapat dibagi dalam empat tahapan kesejarahan, yaitu periode kolonialisme, periode revolusi fisik hingga demokrasi liberal, periode demokrasi terpimpin sampai Orde Baru, dan periode pasca orde baru (era reformasi). Periodisasi itu seperti yang tersebut di bawah ini, yaitu:

- 1) Periode Kolonialisme terbagi dalam
 - (a) Periode Vereenigde Oost Indie Compagnie (VOC).
 - (b) Periode liberal Belanda.
 - (c) Periode politik etis sampai kolonialisme Jepang.
- 2) Periode revolusi fisik hingga demokrasi liberal.
- 3) Periode demokrasi terpimpin sampai orde baru.
- 4) Periode demokrasi terpimpin.
- 5) Periode orde baru.
- 6) Periode pasca orde baru (era reformasi).

Periode Vereenigde Oost Indie Compagnie (VOC) dapat ditandai dengan penerapan hukum-hukum yang Belanda-sentris dengan tujuan utamanya adalah melakukan eksploitasi secara ekonomi dan sebagai upaya untuk mengatasi krisis ekonomi di Belanda, mendisiplinkan para pribumi melalui cara-cara yang otoriter, dan sebagai upaya perlindungan kepada pegawai-pegawai VOC termasuk para pendatang yang berasal dari eropa. Pada periode Liberal Belanda ini, tekanan dari kelompok liberal di parlemen maka pada

²⁰ Herman dan Manan Sailan, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Makassar: Badan Penerbit Universitas Negeri Makassar, 2012), 10.

tahun 1848 di negeri Belanda ditetapkan *grondwet* (undang-undang dasar) yang memerintahkan bahwa semua pengaturan untuk keperluan pemerintahan negeri jajahan (termasuk APBN) harus dibuat dalam bentuk undang-undang (*wet*). Parlemen pusat yang ada di Belanda dengan demikian dapat melakukan campur tangan dalam proses politik-hukum negeri jajahan Belanda.

Para pemimpin negara pada awal kemerdekaan tidak mempunyai cukup waktu untuk membangun tatanan hukum, sehingga melalui Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 diberlakukan kembali hukum-hukum yang berlaku pada zaman Indonesia belum merdeka. Periode revolusi fisik ini tidak banyak yang dapat dilakukan oleh para pemimpin bangsa dalam melakukan perubahan-perubahan terhadap hukum. Pada awal periode ini dilakukan pembaruan dalam bidang peradilan dengan tujuan dekoloniasasi dan nasionalisasi, dengan jalan meneruskan unifikasi badan-badan peradilan dengan jalan penyederhanaan, serta dengan mengurangi dan membatasi peran badan-badan pengadilan adat dan *swapraja*, kecuali badan-badan pengadilan agama yang bahkan dikuatkan dengan pendirian Mahkamah Islam Tinggi.

Periode demokrasi liberal melalui Undang-undang Dasar Sementara 1945 yang progresif dalam hal pengakuan terhadap hak asasi manusia, pembaruan hukum dan tata peradilan tidak banyak mengalami perkembangan. Dikotomi antara hukum dengan peradilan adat dalam upaya kodifikasi dan unifikasi menjadi hukum nasional yang dapat beradaptasi dengan perkembangan ekonomi dan tata hubungan internasional menjadi sesuatu yang dilematis, sehingga para politisi dan yuris kesulitan untuk bergerak dan melakukan pembaruan.²¹

Perubahan dari sistem pemerintahan parlementer menjadi presidensial, diawali melalui Dekrit Presiden pada tanggal 5 Juli 1959 untuk kembali ke UUD 1945.

²¹ Herman dan Manan Sailan, *Pengantar Hukum Indonesia*, 12-15.

Upaya menanggalkan hukum kolonial yang liberal dan berbau asing menjadikan wajah kelembagaan hukum dan tata peradilan menjadi merosot wibawanya karena tunduk di bawah lembaga eksekutif, korupsi merajalela dalam lembaga peradilan mulai dari aparat kepolisian, kejaksaan, aparat pengadilan, hakim, dan pengacara. Langkah-langkah pemerintah dalam dinamika hukum dan lembaga peradilan adalah:

- 1) Menghapus doktrin pemisahan kekuasaan, dan lembaga peradilan berada di bawah lembaga eksekutif.
- 2) Lambang hukum dewi keadilan diganti dengan pohon beringin yang berarti pengayoman.
- 3) Melalui Undang-undang No. 19 Tahun 1964 dan Undang-undang No. 13 Tahun 1965 memberikan kemungkinan kepada lembaga eksekutif untuk mencampuri proses peradilan.
- 4) Hukum perdata yang berasal dari masa kolonial tidak berlaku, hanya sebagai rujukan saja, sehingga hakim diharapkan mengembangkan putusan-putusan yang lebih situasional dan kontekstual.

Kejatuhan rezim Orde Lama melalui demokrasi terpimpinnya, yang kemudian digantikan oleh Orde Baru menandai peran militer, khususnya angkatan darat yang menguasai pemerintahan, dibantu pula oleh para ekonom-teknokrat liberal. Orde Baru melakukan upaya awalnya dengan cara penyingkiran hukum dalam proses politik dan pemerintahan.

Orde Baru melakukan pembekuan terhadap pelaksanaan Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria (UUPA), dan pada saat yang bersamaan membuat undang-undang yang memudahkan investasi asing di Indonesia, misalnya Undang-undang Penanaman Modal Asing, Undang-undang Kehutanan, dan Undang-undang Pertambangan. Peradilan pada era Orde Baru menjadi tidak mandiri karena berada di bawah pengaruh pemerintah.²²

²² Herman dan Manan Sailan, *Pengantar Hukum Indonesia*, 15-16.

Kejatuhan Orde Baru diawali dengan krisis moneter dan juga oleh desakan masyarakat untuk melakukan pembaruan sosial, ekonomi, politik, serta segala bidang kehidupan di masyarakat yang selama ini tidak mendapatkan tempat sebagaimana mestinya. Era reformasi muncul sebagai jawaban terhadap permasalahan kemasyarakatan yang ada pada era Orde Baru dalam segala bidang. Pembaruan (reformasi) yang ada pada era pasca Orde Baru adalah²³:

- 1) Pembaruan sistem politik dan ketatanegaraan.
- 2) Pembaruan sistem hukum dan hak asasi manusia.
- 3) Pembaruan sistem ekonomi.
- 4) Pembaruan dalam segala aspek kehidupan masyarakat.

B. Deskripsi Data Penelitian

1. Batasan memukul istri yang nusyuz menurut fikih

Dijelaskan dalam kitab Mausuah Al-Fiqhiyah Al-Kuwaitiyyah bahwasanya batasan pemukulan terhadap istri yang nusyuz adalah sebagai berikut:

وقال الهيثمي: لا تضرب الى فى البيت, ويفرق على بدنها, ولا يواليتها فى موضع لئلا يعظم ضرره, وقالوا: لا يبلغ ضرب حرة اربعين وغيرها عشرين.

Ibnu Hajar Haitami berkata: *tidak boleh dipukul kecuali dipukul di dalam rumah dan pisah ranjang karena supaya tidak ada kemudharatan yang besar. ulama syafiiyah berpendapat tidak boleh sampai memukul orang yang merdeka melebihi 40 kali pukulan dan tidak boleh melebihi 20 bagi orang yang belum merdeka.*

وقال الحنابلة: يجتنب الوجهه تكرمه له, والبطن والمواضع المخوفة خشية القتل, والمواضع المستحسنة لئلا يشوهها, ويكون الضرب عشرة اسواط فاقل.

²³ Herman dan Manan Sailan, *Pengantar Hukum Indonesia*, 16.

Ulama madzhab Hanabilah berkata: *sebaiknya tidak memukul wajah sebagai upaya untuk memulyakan atau penghormatan dn sebaiknya menjauhi memukul perut dan tempat-tempat yang dikhawatirkan bisa membunuh dan pukulan itu dibatasi sampai sepuluh atau lebih sedikit.*²⁴

وقال الشافعية: في الاوجه المعتمد عندهم والحنابلة في المذهب: ان للزوج ان يؤذّب زوجته ان نشزرت بضربها بسوط او عصا ضربا غير مبرح ولا مدم ولا شائن, وقال المالكية وبعض الشافعية والحنابلة: يؤذّبها بضربها بالسواك ونحوه او بممنديل ملفوف اوبيده, لا بسوط ولا بعصا ولا بخشب. لان المقصود التاءديب.

Ulama Syafiiyyah berkata: *dalam pendapat yang muktamad dan ulama-ulama Hanabilah dalam madzhabnya: sungguh seorang suami boleh memberikan pelajaran kepada istrinya ketika istrinya benar-benar terbukti melakukan nusyuz dengan cara memukulnya tetapi dengan syarat memukulnya tidak boleh sampai melukai dan menyebabkan cacat permanen. ulama madzhab Malikiyah dan sebagian madzhab Syafiiyyah dan hanabilah : seorang suami boleh memberi pelajaran kepada istrinya yang diketahui melakukan nusyuz dengan memukulnya dengan kayu siwak atau dengan sapu tangan yang digulung atau dilipat atau dengan tangannya sendiri bukan dengan cambuk atau dengan tongkat atau dengan kayu. alasannya karena yang dimaksud dengan memukul itu memberi pelajaran atau mendidik bukan untuk menyakiti.*

ونص شافعية والحنابلة على ان الزوج ان جازله الضرب لتاءديب امرائه لتشوزها فالاولى له العفو

²⁴ Majmu'atun Min Al-Muallifina, *al-Mausu'ah al-Fiqhiyah al-Kuwaitiyah*, 299.

لأعن الحق لنفسه والمصلحته, قال السافعية: ترك
الضرب بالكلية افضل, وقال الحنابلة: الاغولى ترك
ضربها ابقاء للمودنة وفى ضرب المرأة للنسوز قال
المالكية: لم ياءمرالله عزوجل فى شئ من كتابه
الضرب صراحة الا هنا اى الضرب للتعزير على
النشوز وفى المدودالعظام, فساوى معصيتهن
باءزواجهن بمعصية الكبائرز

Madzhab Syafiiyah dan Hanabilah memberi nash tentang masalah seorang suami boleh memukul istrinya untuk memberi pelajaran ketika seorang istri itu melakukan nusyuz itu yang lebih utama bagi seorang suami tadi itu memaafkannya karena pada hakekatnya untuk kebaikan dirinya sendiri dan untuk kemaslahatan dirinya suami. Ulama Syafiiyah berpendapat lebih utama meninggalkan memukul secara keseluruhan. pendapat madzhab Hanabilah meninggalkan memukul atau tidak memukul itu ebih utama untuk menjaga tetapnya atau berlangsungnya mawaddah atau kasih sayang. Dalam masalah memukul perempuan yang melakukan nusyuz ulama Malikiyah berpendapat bahwasanya Allah itu tidak memerintahkan apapun dalam Al-quran dengan memukul yang jelas kecuali dalam masalah ini yaitu memukul untuk mentakzir atau memberi pelajaran sebab nusyuz dan dalam hukum-hukum had yang besar maka statusnya ini antara durhakanya istri kepada suaminya dihukumi sama dengan melakukan dosa besar.²⁵

2. Batasan memukul istri menurut hukum positif Indonesia

Salah satu aspek hukum dalam upaya membantu korban tindak kekerasan dalam rumah tangga adalah perundang-undangan. sampai saat ini perundang-undangan yang dipergunakan atau menjadi rujukan para penegak

²⁵ Majmu'atun Min Al-Muallifina, *al-Mausu'ah al-Fiqhiyah al-Kuwaitiyah*, 299-300.

hukum dalam menangani kasus-kasus kekerasan dalam rumah tangga adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). dan istilah yang biasa digunakan dalam kedua kitab undang-undang tersebut terkait dengan tindak kekerasan adalah penganiayaan. diantara jenis penganiayaan yang terdapat dalam kitab perundang-undangan tersebut adalah sebagai berikut²⁶:

- a. penganiayaan ringan, apabila penganiayaan itu tidak menimbulkan penyakit atau halangan untuk menjalankan pekerjaan, jabatan atau pencaharian, yang diancam dengan pidana penjara paling lama tiga bulan atau denda paling banyak tiga ratus rupiah. Hukuman ini dapat bertambah sepertiga bagi pelaku yang menganiaya orang yang bekerja padanya atau sebagai bawahannya (Pasal 352 KUHP).
- b. Penganiayaan dengan rencana, apabila sebelum perbuatannya dilaksanakan telah direncanakan atau disiapkan lebih dahulu untuk pelaksanaannya. penganiayaan dengan rencana diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun, jika teraniaya menderita luka berat pelakunya dipidana penjara paling lama tujuh tahun, jika teraniaya sampai mati maka pelakunya dipidana paling lama sembilan tahun (Pasal 353 KUHP).
- c. Penganiayaan berat, apabila perbuatan itu dilakukan dengan sengaja untuk melukai orang lain maka pelakunya diancam dengan pidana penjara paling lama delapan tahun, jika teraniaya sampai mati maka pelakunya dipidana penjara paling lama sepuluh tahun (Pasal 154 KUHP).

sedangkan di dalam Undan-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) selain melindungi hak-hak asasi tersangka atau terdakwa juga melindungi hak asasi orang yang menjadi korban tindak pidana, serta pihak lain yang dirugikan

²⁶ Saoki, *Batas Hak Suami dalam Memperlakukan Istri Saat Nusyuz dan Sanksi Pidananya*, Al-HUKAMA: the Indonesian Journal of Islamic Family Law, 06, No. 02, 2016, 265-266.

dalam kasus pidana. hal ini diatur dalam KUHAP Bab XIII tentang penggabungan perkara gugatan ganti kerugian, yaitu dalam pasal 98 sampai dengan pasal 101.²⁷

setelah disahkannya Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga pada tanggal 22 bulan september tahun 2004 yang lalu, upaya penghapusan tindak kekerasan dalam rumah tangga khususnya terhadap kaum perempuan kiranya telah mendapat pijakan yuridis yang kokoh.²⁸ Kekerasan dalam rumah tangga sebagaimana dimaksudkan dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tersebut, dalam Bab 1 Tentang Ketentuan Umum Pasal 1 adalah setiap perbuatan terhadap seseorang terutama perempuan, yang berakibat timbulnya kesengsaraan atau penderitaan secara fisik, seksual, psikologis, dan/atau penelantaran rumah tangga termasuk ancaman untuk melakukan perbuatan, pemaksaan, atau perampasan kemerdekaan secara melawan hukum dalam lingkup rumah tangga.²⁹

Diantara jenis-jenis kekerasan yang terjadi, kekerasan terhadap perempuan banyak mendapat perhatian karena sifat dan dampaknya yang luas bagi kehidupan kaum perempuan khususnya dalam masyarakat umumnya. Kekerasan jenis ini mempunyai akar yang dalam faktor budaya menempatkan perempuan pada posisi yang timpang dalam hubungannya dengan laki-laki. Perlakuan salah dan ketidakadilan yang diderita perempuan tidak mungkin dikoreksi hanya dengan melakukan pembaharuan sistem peradilan pidana. Dalam kenyataan sistem peradilan pidana dan dimobilisasi untuk menjadi alat yang lebih efektif dalam menindak, mencegah, dan merespon perbuatan kekerasan terhadap perempuan.³⁰

²⁷ M. Djamil Latif, *Aneka Hukum Perceraian di Indonesia*, cet. II, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981), 42.

²⁸ Saoki, *Batas Hak Suami dalam Memperlakukan Istri Saat Nusyuz dan Sanksi Pidananya*, 266-267.

²⁹ Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Beberapa Aspek Sosiologi Hukum*, (Bandung: Alumni, 2000), 101.

³⁰ C. W. Supriadi, *Perempuan Dan Kekerasan Dalam Perkawinan*, (Bandung: Mandar Maju, 2001), 14.

Undang-Undang No. 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (PKDRT) hadir untuk mengatur adanya tindak kekerasan dalam rumah tangga seperti yang tercantum dalam Pasal 5 yaitu: Setiap orang dilarang melakukan tindakan kekerasan dalam rumah tangga terhadap orang dalam lingkup rumah tangganya, dengan cara³¹:

- a. Kekerasan fisik
- b. kekerasan psikis
- c. kekerasan seksual
- d. penelantaran rumah tangga

keempat larangan diatas, diperjelas lagi oleh pasal 6,7,8 dan 9 yang merupakan batasan-batasan tindakan kekerasan yang di atur dalam Undang-undang ini, diantaranya yaitu³²:

1. perbuatan fisik merupakan perbuatan yang mengakibatkan rasa sakit, jatuh sakit dan luka berat.
2. perbuatan psikis merupakan perbuatan yang mengakibatkan ketakutan, hilangnya rasa percaya diri, hilangnya kemampuan untuk bertindak, rasa tidak berdaya dan penderitaan psikis berat pada seseorang.
3. perbuatan seksual merupakan perbuatan yang berupa pemaksaan hubungan seksual, pemaksaan hubungan seksual dengan cara tidak wajar atau tidak disukai, pemaksaan hubungan seksual dengan orang lain untuk tujuan komersial.
4. penelantaran rumah tangga yang merupakan perbuatan yang mengakibatkan ketergantungan ekonomi dengan cara membatasi dan melarang istri untuk bekerja yang layak sehingga istri berada di bawah kendali sang suami.

dalam Undang-undang PKDRT kekerasan fisik adalah perbuatan yang mengakibatkan rasa sakit, jatuh sakit, atau

³¹ Nanda Yunisa, *Undang-undang R.I. Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT)*, (Jakarta: Permata Press, 2014), 4

³² Muhammad Taufik Makarao, *Hukum Perlindungan Anak dan Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2013), 178-279.

luka berat.³³ kekerasan fisik merupakan bentuk kekerasan yang secara langsung dirasakan oleh fisik, misalnya memukul dan membunuh.³⁴ korban kekerasan fisik biasanya ia telah mengalami kekerasan psikis sebelum dan sesudahnya. kekerasan fisik bisa muncul dalam berbagai bentuk dan rupa, mulai dari menampar, menempeleng, memukul, membanting, menendang, membenturkan ke benda lain sampai bisa menusuk dengan pisau bahkan membakar.³⁵ Adapun sanksi yang diberikan kepada pelaku tindak kekerasan dalam rumah tangga dalam bentuk kekerasan fisik dijelaskan dalam pasal 44 bahwa³⁶:

- a. setiap orang yang melakukan perbuatan kekerasan fisik dalam lingkup rumah tangga sebagaimana dimaksud dalam pasal 5 huruf a dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau denda paling banyak Rp 15.000.000, 00 (luma belas juta rupiah)
- b. dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mengakibatkan korban mendapat jatuh sakit atau luka berat, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun atau denda paling banyak Rp 30.000.000, 00 (tiga puluh juta rupiah).
- c. dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mengakibatkan matinya korban, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun atau denda paling banyak Rp 45.000.000, 00 (empat puluh lima juta rupiah).
- d. dalam hal perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat satu (1) dilakukan oleh suami terhadap istri atau sebaliknya yang tidak menimbulkan penyakit atau

³³ Pasal 6 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga.

³⁴ Mustofa Hasan, *Pengantar Hukum Keluarga*, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2011), 364.

³⁵ Faqihuddin Abdul Kodir Dkk, *Referensi Bagi Hakim Peradilan Agama Tentang Kekerasan Dalam Rumah Tangga*, (Jakarta: Komnas Perempuan, 2008), 32.

³⁶ Muhammad Taufik Makarao Dkk, *Hukum Perlindungan Anak dan Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2013), 210.

halangan untuk menjalankan pekerjaan jabatan atau mata pencaharian atau kegiatan sehari-hari, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) bulan atau denda paling banyak Rp. 3.000.000, 00 (tiga juta rupiah).

3. Persamaan dan perbedaan batasan memukul istri menurut fikih dan hukum positif Indonesia

dari penjelasan mengenai batasan memukul istri yang nusyuz menurut fikih dan menurut hukum positif Indonesia yang telah dijelaskan di atas, dapat diketahui bahwa secara umum, persamaan yang dimiliki antara fikih dan hukum positif dalam hal batasan pemukulan terhadap istri adalah sama-sama menentang adanya kekerasan dalam bentuk apapun dan sama-sama memberikan batasan tidak boleh sampai memberikan rasa sakit ketika seorang suami memberikan pukulan kepada istrinya.

Sedangkan perbedaan yang dimiliki antara hukum islam dengan hukum positif Indonesia adalah sebagai berikut:

1. Ruang lingkungannya berbeda, dalam hukum islam batasannya hanya antara suami dan istri saja, sedangkan dalam hukum positif ruang lingkup kekerasan dalam rumah tangga mencakup seluruh anggota keluarga bahkan siapa saja yang tinggal dan menetap dalam sebuah keluarga.
2. Dalam fikih, apabila pukulan telah melewati batas maka jalan keluarnya hanyalah perceraian, sedangkan dalam hukum positif Indonesia apabila terjadi pemukulan yang menyebabkan luka maka diancam dengan hukuman penjara atau denda.
3. Hukum islam menganggap bahwa suami dan istri mempunyai kedudukan yang berbeda namun seimbang, sedangkan dalam hukum positif kedudukan antara suami dan istri dianggap sama dan setara.
4. Kalau dalam islam ada ketentuan bagian tubuh mana yang diperbolehkan untuk dipukul bahkan ada ketentuan memukul dengan menggunakan alat tertentu sebagai media pemukulan, sedangkan dalam hukum positif menganggap bahwa segala macam pukulan

termasuk dalam kekerasan dalam rumah tangga dan merupakan sebuah tindak pidana.

5. Hukum positif lebih menekankan pada akibat dari pukulan sedangkan hukum islam penekanannya hanya kepada keras atau ringannya suatu pukulan.

C. Analisis Data Penelitian

Dalam Islam dikenal istilah nusyuz yang memiliki arti durhaka kepada suami yakni menentang kehendak suami tanpa alasan yang diterima menurut hukum syara' tindakan tersebut dipandang durhaka. Apabila istri durhaka, suami hendaknya tidak bersifat tempramental, ia harus menasehatinya dengan lemah lembut dan penuh dengan rasa kasih sayang. Apabila sudah dinasehati, tetapi masih terus durhaka, hendaklah suami berpisah tidur dengan istri, dan jika masih juga belum sadar maka suami diperbolehkan untuk memukulnya, tetapi dengan pukulan yang terukur.

Maksud dari pukulan yang terukur adalah pukulan yang tidak menimbulkan rasa sakit, tidak membekas, dan tidak dilakukan hanya pada satu tempat saja. Walaupun secara tekstual syari'at Islam membolehkan suami memukul istri yang nusyuz, akan tetapi bagaimanapun harus diperhatikan penjelasan Rasulullah dalam menetapkan syarat-syarat diperbolehkannya tindakan pemukulan tersebut, yaitu pemukulan harus dimaksudkan untuk mendidik istri yang nusyuz supaya sang istri jera dan tidak mengulangnya lagi. Pemukulan tidak boleh dimaksudkan untuk menghina derajat atau martabat wanita dan menyakiti istrinya dan tidak boleh dilakukan dengan motivasi mengganggu atau tindakan balas dendam.

1. Analisis batasan memukul dalam Fikih

Ulama-ulama fikih dalam masalah pemukulan mendefinisikannya dengan pengertian yang masih umum, yaitu suatu perbuatan yang menyakitkan badan, baik meninggalkan bekas atau tidak dan dengan menggunakan alat atau tidak.³⁷ kalimat dharaba kalau diteliti lebih lanjut sebenarnya berasal dari fiil madhi

³⁷ Shaleh bi Ghanim Al-Saldani, *Nusyuz*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2004), 57.

dharaba yadhribu yang di dalam Al-Qur'an kata ini mempunyai banyak arti³⁸:

- a. jika dalam ayat واضربوهن jelas bahwa kalimat tersebut merupakan fiil amar yang berasal dari fiil madhi bermakna pukul, artinya seseorang yang menjatuhkan sesuatu dari anggota tangannya kepada orang lain.
- b. untuk ayat وضرب الله مثلا kalimat fiil madhi bukan berarti pukul, namun mempunyai arti i'tibar (perumpamaan)
- c. jika untuk ayat ان اضرب بعصاك الحجر artinya fiil amar yang tersebut sama artinya dengan pukul, perbedaannya hanyalah dengan menggunakan suatu alat.

Pukulan di dalam kajian ilmu fikih dibedakan menjadi dua istilah, yaitu:

- a. *Dharb mubarrih*, ialah pukulan yang keras hingga dikhawatirkan akan mematahkan tulang, menghilangkan nyawa, atau membuat cacat anggota tubuh. pukulan seperti ini dilarang oleh syariat dan termasuk perkara yang diharamkan.
- b. *Dharb ghairu mubarrih*, ialah pukulan ringan yang tidak mengucurkan darah serta tidak dikhawatirkan menimbulkan kebinasaan jiwa atau cacat pada tubuh, patah tulang dan sebagainya.

pukulan jenis kedua ini menurut syariat boleh diberikan kepada istri yang berbuat nusyuz, bermaksiat dan melakukan pelanggaran syariah, setelah dilakukan mauidhah dan hajr.³⁹ Para fuqoha mengatakan bahwa dharb ghairu mubarrih adalah pukulan yang tidak melukai istri, tidak mematahkan tulangnya, tidak membuat bekas yang jelek pada tubuhnya dan tidak boleh di arahkan pada wajah karena wajah merupakan tempat terkumpulnya kecantikan. pukulan tersebut juga harus berpencar pada tubuhnya (tidak diarahkan hanya pada satu tempat). tidak boleh satu tempat dipukul terus-

³⁸ Risalah Basri Harahap, *Hak Suami dan Batasannya dalam memperlakukan Istri Saat Nusyuz*, 155.

³⁹ Shalih bi Ghanim As-Sadlan, *an-Nusyuz "Dhowabituhu, haalatuhu, Asbabuhu, Turqul Wiqoyah Minhu Wasaili Ilajih fi Du'i Al-Qur'an wa Sunnah*, (Riyadh: al-Mamlakah al-Arabiyah as-Su'udiyah, 1996), 44-45.

menerus, agar tidak menimbulkan bahaya yang besar pada bagian tubuh tersebut. di antara fukoha ada yang menyatakan bahwa sepantasnya pukulan itu dilakukan dengan menggunakan sapu tangan yang dililit atau dengan tangan suami, tidak boleh dengan cambuk atau tongkat.⁴⁰

Menurut Muhammad Ali Al-Sabuni dan Wahbah Al-Zuhaili , ketika melakukan pukulan harus menghindari bagian muka, karena muka merupakan bagian tubuh yang paling dihormati, bagian perut dan bagian tubuh lainnya yang dapat menyebabkan kematian karena pemukulan ini bukan bermaksud mencederai apalagi membunuh istri yang nusyuz melainkan untuk merubah sikap nusyuznya. Memukul hanya pada satu tempat karena akan merubah rasa sakit dan akan memperbesar kemungkinan timbulnya bahaya.⁴¹

Meskipun para ulama mempunyai pandangan yang berbeda-beda dalam hal pembatasan pemukulan terhadap istri yang nusyuz, tetapi para ulama mempunyai pandangan yang hampir sama mengenai solusi atau jalan terbaik yang seharusnya diambil oleh seorang suami dalam hal menghadapi istrinya yang nusyuz, diantaranya yaitu⁴²:

- a. Ulama madzhab Syafiiyah dan madzhab Hanbaliyah memberi nash tentang masalah seorang suami yang boleh memukul istrinya untuk memberi pelajaran ketika seorang istri melakukan nusyuz, yaitu bahwa yang lebih utama bagi seorang suami untuk memaafkan perbuatan istrinya karena pada hakekatnya itu untuk kebaikan dirinya sendiri dan untuk kemaslahatan dirinya.
- b. Ulama madzhab Syafiiyah berpendapat lebih utama meninggalkan memukul secara keseluruhan. Sedangkan pendapat dari ulama madzhab Hanbaliyah

⁴⁰ Abu Ja'far At-Thabari, *Tafsir jaami' al-Bayan fii ta'wil Al-Qur'an*, (Mesir: Mu'asasah ar-Risalah, 2000), 315.

⁴¹ Muhammad Ali Al-Sabuni, *Rawai'ul Bayan Tafsir ayat al-Ahkam min Al-Qur'an*, (Beirut: Dar al ihya, 1997), 466.

⁴² Majmu'atun Min Al-Muallifina, *al-Mausu'ah al-Fiqhiyah al-Kuwaitiyah*, 299-300.

berpendapat bahwa meninggalkan memukul atau tidak memukul itu lebih utama karena untuk menjaga tetapnya atau berlangsungnya mawaddah atau kasih sayang dalam berkeluarga.

- c. Ulama madzhab Malikiyah dalam masalah memukul perempuan yang melakukan nusyuz berpendapat bahwasanya Allah itu tidak memerintahkan apapun dalam Al-quran dengan memukul yang jelas kecuali dalam masalah ini, yaitu memukul untuk mentakzir atau memberi pelajaran karena nusyuz dan dalam hukum-hukum had yang besar maka statusnya ini antara durhaknya istri kepada suaminya dihukumi sama dengan melakukan dosa besar.

2. Analisis batasan memukul dalam hukum positif

Dalam hukum positif indonesia pemukulan termasuk dalam tindakan pidana kekerasan dalam rumah tangga (KDRT) yang diatur dalam No.23 Tahun 2004 tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga (KDRT). Sebelum disahkannya UU No 23 Tahun 2004 pengaturan mengenai pemukulan suami terhadap istri (KDRT) diatur dalam pasal 351 dan 356 KUHP namun dalam KUHP tidak mengatur secara khusus masalah kekerasan dalam rumah tangga sehingga tidak dapat memberikan perlindungan hukum yang maksimal kepada perempuan maka muncul inisiatif yang membentuk undang undang secara khusus yang membahas masalah KDRT sehingga disusunlah UU No.23 tahun 2004 Tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga.

Kebolehan suami terhadap istri sebenarnya sangat rentan mengakitnya terjadinya kekerasan terhadap istri kita tidak dapat mengukur sejauh mana dampak yang timbul akibat pemukulan tersebut baik dampak fisik terlebih dampak psikis, dan pemukulan yang berakibat fisik maupun psikis ini telah dilarang oleh undang undang sebagaimana diatur dalam pasal 5 UU No.23 Tahun 2004 yang berbunyi sebagai berikut :

Setiap orang dilarang melakukan kekerasan dalam rumah tangga terhadap orang dalam lingkup rumah tangganya dengan cara :

- a. Kekerasan fisik
- b. Kekerasan psikis
- c. Kekerasan seksual
- d. Penelantaran rumah tangga

Sedangkan yang dimaksud kekerasan dalam rumah tangga disini diatur dalam pasal 1 UU No 23 tahun 2004 yang berbunyi sebagai berikut kekerasan dalam rumah tangga adalah setiap perbuatan terhadap seseorang terutama perempuan yang dapat menimbulkan kesengsaran atau penderitaan secara fisik, seksual, psikologis, atau penelantaran rumah tangga termasuk ancaman untuk melakukan perbuatan pemaksaan atau perampasan kemerdekaan secara melawan hukum dalam lingkup rumah tangga.

Inti dari ayat tersebut adalah setiap perbuatan yang mengakibatkan penderitaan fisik, seksual, psikologis dan penelantaran, sehingga perbuatan yang dilakukan suami terhadap istri yang mengakibatkan perasaan tertekan atau penderitaan fisik dapat dikategorikan sebagai tindakan kekerasan dalam rumah tangga. Terlebih lagi jika yang dilakukan adalah kekerasan fisik, maka hal itu akan lebih jelas.

Diantara kelebihan yang dimiliki fikih dalam hal batasan pemukulan suami terhadap istrinya yang nusyuz adalah kedudukan suami dalam sebuah keluarga dapat terjamin, karena dalam fikih suami dianggap sebagai kepala rumah tangga yang harus dihormati dan ditaati oleh istri dan suami mempunyai hak penuh atas tindakan-tindakan yang akan dilakukan kepada istrinya supaya istrinya tidak durhaka baik kepada suami maupun kepada Allah SWT diantaranya yaitu dengan cara pukulan.

Ali Al-Sabuni dalam kitab tafsirnya menyatakan bahwa suami berkewajiban meyakinkan istrinya yang nusyuz dengan bentuk-bentuk terapi yang ditetapkan oleh Allah SWT yaitu dengan memberi nasehat, tak menggaulinya dan tidak berkomunikasi dengannya, serta memukulnya dengan tidak keras. Menurutnya cara ini adalah tahap demi tahap penyembuhan nusyuz istri oleh suaminya. Perbuatan memukul istri ketika nusyuz

harus benar-benar dipahami oleh suami. Yang pertama harus dipahami adalah memukul merupakan tahapan ketiga setelah menasehati dan pisah ranjang. Karena itu, istri yang nusyuz tidak diperbolehkan langsung dipukul, walaupun dengan alasan mendidik sekalipun.

Adapun kekurangan-kekurangan yang ada pada batasan memukul istri dalam fikih adalah banyak sekali kasus-kasus pemukulan suami terhadap istrinya dengan mengatasnamakan kebolehan memukul dalam islam sehingga dalam prakteknya, banyak sekali kasus-kasus yang melampaui batasan-batasan yang telah digariskan.

Dalam hukum positif Indonesia, perkawinan dianggap sebagai suatu kontrak perjanjian sebagaimana perjanjian-perjanjian perdata pada umumnya. Jika ada yang melanggar kesepakatan, maka diperbolehkan menempuh jalur hukum. Jika terjadi kekerasan antar anggota keluarga, oleh undang-undang nomor 23 tahun 2004 dinyatakan sebagai tindak pidana. Di sini tampak inkonsistensi, sehingga hasilnya tidak bisa maksimal. bagaimanapun, sebagian masyarakat Indonesia masih menganggap bahwa saling melaporkan kekerasan yang terjadi merupakan tindakan yang tabu. Mereka masih banyak memilih mengahiri kehidupan rumah tangga dengan bercerai. Dengan demikian, undang-undang nomor 23 tahun 2004 yang memidanakan kekerasan dalam rumah tangga masih terganjal oleh kultur dan hukum islam. Apalagi dalam undang-undang tersebut KDRT merupakan delik aduan.

Disamping itu, bunyi sanksi pidana pun lemah karena semuanya disanksi dengan kata paling lama atau didenda paling banyak, kecuali sanksi pidana KDRT seksual. Ini pun hanya pada kekerasan seksual yang berakibat fatal, yaitu dengan tidak sembuh sama sekali, gangguan berfikir, gangguan kejiwaan, gugur kandungan dan tidak berfungsinya alat reproduksi.