



A. Kondisi Umum Objek Penelitian

1. Perceraian di Pengadilan Agama Kabupaten Malang

Perceraian merupakan salah satu perkara yang termasuk dalam kategori perkawinan, dan bagi pasangan suami istri yang beragama Islam dan berkeinginan untuk melakukan perceraian, maka sesuai dengan aturan yang tercantum di dalamnya sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 49 Ayat (1) Huruf a Undang-undang Nomor 50

Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, perkara tersebut harus diajukan di Pengadilan Agama karena menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama.

Pengadilan Agama Kabupaten Malang selaku salah satu lembaga peradilan yang berada di Kabupaten Malang mempunyai kewajiban untuk memeriksa kasus-kasus yang menjadi kewenangannya baik kewenangan yang berkaitan dengan wilayah yurisdiksi (kewenangan relatif) dan juga kewenangan yang berkaitan dengan jenis perkara (kewenangan absolut).

Perceraian merupakan perkara yang sangat dominan yang ditangani oleh setiap pengadilan agama yang setiap tahun rata-rata mengalami peningkatan, begitu juga dengan Pengadilan Agama Kabupaten Malang yang dalam kurun waktu bulan Januari hingga Agustus tahun 2014 telah menerima 1677 perkara permohonan cerai dan 3219 perkara gugat cerai. Jadi total perkara Perceraian yang masuk ke Pengadilan Agama pada tahun 2014, baik permohonan maupun gugatan berjumlah 4896 perkara.¹ Berikut rincian jenis perkara yang masuk ke Pengadilan Agama kabupaten Malang dalam kurun waktu bulan Januari sampai Agustus Tahun 2014 beserta persentasenya:

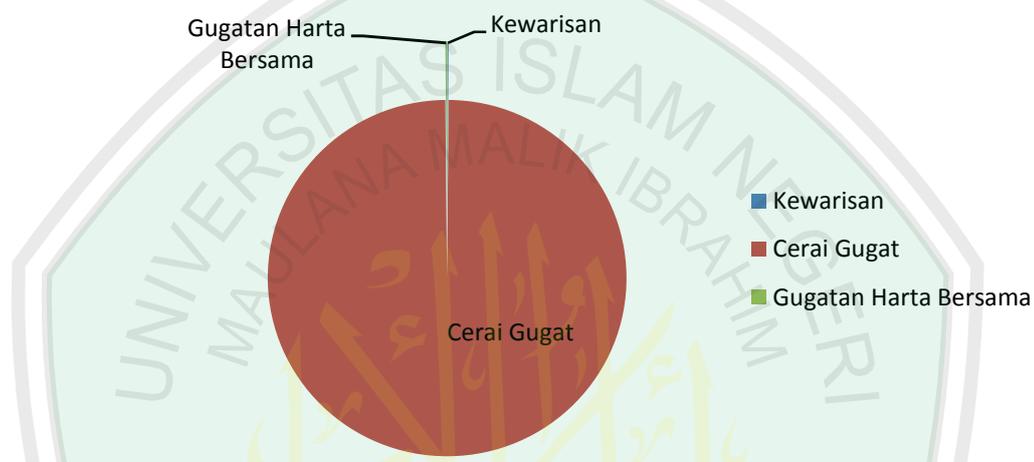
a. Perkara Gugatan yang Masuk ke PA Kabupaten Malang Tahun 2014

No	Jenis Perkara	Jumlah	Persentase
----	---------------	--------	------------

¹www.pa-malangkab.go.id

1	Cerai Gugat	3219	99,72%
2	Gugatan Harta Bersama	5	0.15%
3	Kewarisan	4	0,13%
JUMLAH		3228	100%

Perkara gugatan yang Masuk ke PA Kab Malang
Tahun 2014

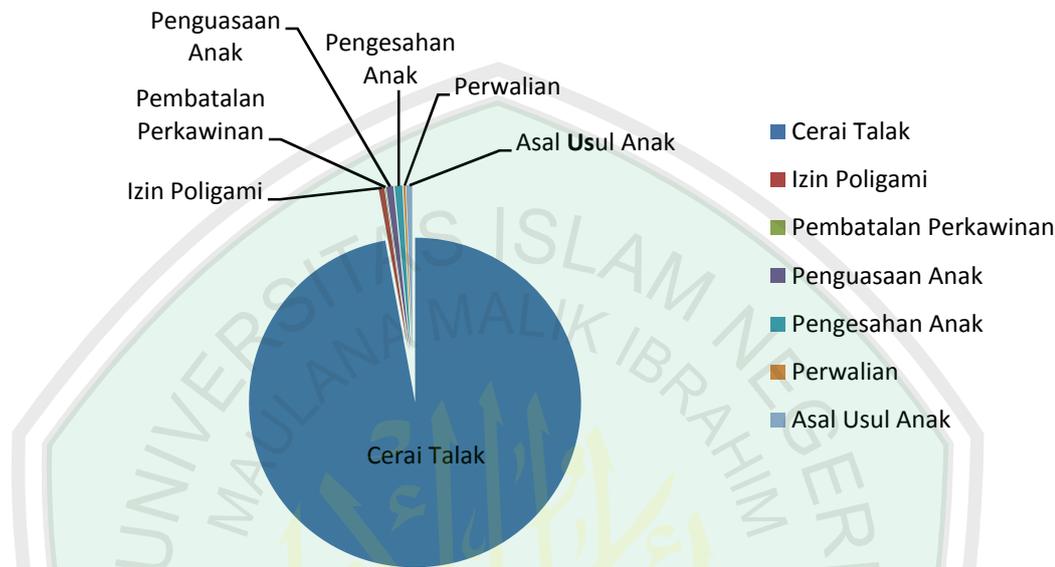


b. Perkara Permohonan yang Masuk ke PA Kabupaten Malang

Tahun 2014

No	Jenis Perkara	Jumlah	Persentase
1	Cerai Talak	1677	83.85%
2	Izin Poligami	10	0.5%
3	Pembatalan Perkawinan	1	0.05%
4	Penguasaan Anak	12	0.6%
5	Pengesahan Anak	13	0.65%
6	Perwalian	4	0.2%
7	Asal-usul Anak	10	0.5%
8	Wali Adhol	25	1.25%
9	Isbath Nikah	203	10.15%
10	Dispensasi Kawin	24	24%
11	Penetapan Ahli Waris	20	1.2%
12	Hibah	1	0.05%
JUMLAH		2000	100%

Perkara Permohonan Yang Masuk ke PA Kab Malang Tahun 2014



Dari data di atas, dapat diketahui bahwa pada dalam kurun waktu bulan Januari hingga Agustus tahun 2014 perkara yang paling banyak masuk ke Pengadilan Agama Kabupaten Malang adalah perkara gugat cerai, yaitu sebanyak 3219 perkara. Sedangkan perkara permohonan Cerai Talak yang masuk ke Pengadilan Agama Kabupaten Malang dalam kurun waktu bulan Januari hingga Agustus tahun 2014 sebanyak 1677 perkara, atau sebesar 97% dari total 2000 perkara permohonan yang masuk dalam Pengadilan Agama Kabupaten Malang.²

²www.pa-malangkab.go.id

B. Paparan Data

Dalam penelitian ini, data yang paling utama merupakan data primer adalah hasil wawancara. Karena penelitian ini merupakan penelitian tentang pandangan hakim terhadap sebuah perbedaan konsep cerai talak dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Hukum Fiqih. Oleh karena itu peneliti melakukan penggalan informasi dengan melakukan wawancara kepada beberapa hakim yang bertugas di Pengadilan Agama Kabupaten Malang untuk mengetahui respon dan pendapat mereka sebagai pemberi keadilan bagi orang-orang yang membutuhkannya.

Dari hasil wawancara yang dilakukan oleh peneliti, didapatkan beberapa pendapat dari para hakim terkait dengan rumusan masalah yang telah ditentukan oleh peneliti diantaranya:

1. Bagaimanakah pandangan hakim Pengadilan Agama Kabupaten Malang terhadap kontradiksi legalitas pengucapan talak menurut Fiqih Empat Madzhab dan Kompilasi Hukum Islam (KHI)?

Mengenai pandangan hakim terhadap kontradiksi legalitas pengucapan talak menurut Fiqih Empat Madzhab dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) M. Nur Syafiuddin, S.Ag., M.H. yang mengatakan

“sebelum kita membahas perbedaan KHI dan Fiqih kita harus tau dulu asal-usul dan latar belakang keduanya” hal yang melatarbelakangi kemunculan Kompilasi Hukum Islam dan juga Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan itu adalah untuk membangun sebuah politik hukum yaitu untuk lebih tertib administrasi seperti sabda Allah dalam Al-Qur'an فكتبوه , dan juga untuk memberikan asas

mempersulit perceraian biar orang-orang nggak seenaknya sendiri kalau mau cerai dan nikah”.³

Menurut beliau dalam menanggapi masalah perbedaan konsep antara KHI dan Fiqih Islam maka terlebih dahulu kita harus mengetahui asal-usul dan sejarah kedua sumber hukum tersebut. Seperti yang telah kita ketahui bersama bahwa Fiqih Islam bersumber dari hasil Ijtihad para Fuqoha' yang di dasarkan pada Al-Qur'an dan Hadits untuk menjawab tantangan zaman pada masa itu, sedangkan KHI merupakan intisari dari kitab-kitab Fiqih yang jumlahnya lebih dari 21 kitab turast dan termasuk di dalamnya adalah kitab-kitab Fiqih *Madzahibil Arba'ah* yang dicetuskan oleh para ulama', hakim, DPR, aktifis dan para ahli ilmu lainnya, sedangkan latarbelakang diciptakannya Kompilasi Hukum Islam dan juga Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan adalah untuk membangun sebuah politik hukum yaitu untuk menertibkan administrasi dalam sebuah perbuatan hukum seperti halnya yang di firmankan oleh Allah yang menerangkan bahwa sayogyanya segala bentuk perbuatan muamalah atau transaksi antar dua pihak itu harus dicatat, untuk menimbulkan sebuah bukti yang mungkin akan dibutuhkan dikemudian hari, selain itu juga untuk memunculkan asas mempersulit perceraian bagi orang-orang yang tidak mempunyai tanggung jawab terhadap

³M. Nur Syafiuddin, *wawancara* (Panjen, Selasa 26 Mei 2015), pukul 12.58 WIB.

pasangan dan keluarga agar mereka tidak dengan mudah melakukan perceraian dan pernikahan semau mereka.

Selanjutnya mengenai perbedaan konsep antara KHI dan Fiqih beliau mengatakan:

“sebenarnya KHI kan juga merupakan Fiqih karena sumbernya juga dari Fiqih dan bahkan tidak cuman KHI undang-undang lain seperti 1/74 juga fiqih, walaupun isinya di peruntukkan untuk semua masyarakat Indonesia yang agamanya beda-beda tapi bahasanya yang digunakan adalah bahasa fiqih, jadi menurut saya KHI dan Fiqih itu hanya sebuah Khilafiyah seperti halnya penetapan tanggal 1 Ramadhan dan tanggal 1 Syawwal yang hamper setiap tahun nggak ada yang sama, Selain itu dalam Fiqih kan juga ada madzhab yang berbeda-beda dan mereka pun pasti memiliki pendapat yang berbeda-beda pula dalam setiap masalah, ya seperti itulah antara KHI dan Fiqih.”⁴

Menurut beliau pada dasarnya KHI juga merupakan Fiqih karena sumber dan asalnya juga dari fiqih-fiqih yang adadan kemudian di kodifikasi menjadi KHI, dan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan pun juga merupakan fikih bahkan beliau mengatakan bahwa UU No 1 tahun 1974 tersebut adalah ruh dan embrio dari KHI, walaupun pada dasarnya Undang-undang tersebut membahas mengenai perkawinan secara global atau menyeluruh dan tidak di khususkan bagi orang yang beragama Islam, namun bahasa yang digunakan dalam Undang-undang tersebut adalah bahasa yang digunakan dalam Fiqih sepertihalnya syarat, rukun, wali dan lain-lain. Menurut beliau perbedaan antara KHI dan Fiqih adalah merupakan

⁴M. Nur Syafiuddin, *wawancara* (Panjen, Selasa 26 Mei 2015). pukul 12.58 WIB.

sebuah *Khilafiyah* yang akan sulit untuk mempertemukan keduanya. Seperti halnya dalam Fiqih yang juga terdapat madzhab yang memiliki pendapat yang berbeda-beda dalam setiap masalah.

Hal ini sejalan dengan pendapat Ahmad Zaenal Fanani, S.H.I., M.SI. yang mengatakan:

“KHI itu Fiqihnya Indonesia jadi ya berbeda dengan Fiqih Klasik, Fiqih Klasik itu صالح لزمه dan KHI itu . Sudah barang tentu keduanya berbeda karena fiqih klasik ada untuk masalah pada waktu itu, sedangkan KHI ada untuk masalah yang muncul pada masa sekarang. Masyarakat bebas memilih yang mana aja namun dengan konsekuensi masing-masing. Walaupun keduanya berbeda, namun tujuannya tetap sama yaitu untuk menjalankan dan menegakkan”⁵.

Beliau mengatakan bahwa memang perbedaan antara KHI dan Fiqih adalah sebuah *Khilafiyah* karena memang pada dasarnya kedua hal memiliki tujuan yang sama, adanya KHI maupun Fiqih Klasik adalah bertujuan yaitu untuk melaksanakan *Maqashid al-Syari'ah* walaupun dalam pelaksanaannya berbeda dan juga menggunakan konsep yang berbeda pula namun keduanya sama-sama menjunjung tinggi *Maqashid Syari'ah* tersebut. Namun memang keduanya tidak dapat disandingkan karena berada dalam konteks zamana dan kondisi yang berbeda. Tetapi menurut beliau tidak semua yang diatur dalam KHI sesuai dengan apa yang telah diatur oleh Fiqih Klasik dan beliau mengatakan bahwa perlu adanya pengkajian ulang yang lebih mendalam lagi untuk membahas masalah tersebut sebelum disahkan

⁵Ahmad Zaenal Fanani, *wawancara* (Panjen, Senin 01 Juni 2015). pukul 14.00 WIB.

dan di undangkan dalam KHI. Tetapi dalam masalah cerai beliau mengatakan bahwa tidak ada pertentangan antara KHI dan Fiqih, walaupun konsep yang ditawarkan antara keduanya memang berbeda namun tujuan atau *غَايَةُ الْعَلَّةِ* antara cerai dalam KHI dan Fiqih Klasik adalah sama yaitu untuk memutuskan tali pernikahan dan memisahkan antara pasangan suami istri.

Perbedaan tersebut menurut beliau adalah suatu hal yang wajar dan tidak apa-apa, karena fiqih berbeda dengan Al-Qur'an. Fiqih adalah produk manusia yang pasti mempunyai batas dan kapasitas kebenaran karena manusia mempunyai pemikiran yang akal yang berbeda-beda sesuai keadaan dan lingkungan dimana dia berada. Sedangkan Al-Qur'an adalah produk dan ciptaan *Al-Khaliq* Allah SWT yang tidak terpengaruh dan tidak berubah, karena itu Al-Qur'an kebenarannya tidak terbatas dan sepanjang masa. Jadi beliau menganggap perubahan dan perbedaan antar produk manusia itu wajar dan biasa.

Berbeda dengan pendapat Drs. Masykur Rosih yang mengatakan bahwa antara KHI dan Fiqih tidak ada pertentangan. Karena KHI merupakan Fiqih yang sesuai dengan bangsa dan masyarakat Indonesia dan tidak ada perbedaan antara KHI dan Fiqih. Beliau mengatakan "KHI itu Fiqih yang sesuai dengan Indonesia dan tidak ada pertentangan antara KHI dengan Fiqih karena KHI merupakan

kodifikasi dari Fiqih, jadi sudah pasti tidak ada pertentangan di dalamnya karena keduanya berasal dari muara yang sama”⁶

Sependapat dengan Drs. Masykur Rosih, Drs. Waryono, M.H. juga mengatakan

“saya rasa antara Fiqih dan KHI itu tidak ada perbedaan dan pertentangan karena keduanya sama-sama mencari mashlahah baik bagi suami, istri dan anak. Justru dengan adanya KHI dan UU perkawinan perceraian itu tidak dijadikan sebagai hal yang sepele yang dengan seandainya dilakukan dan diucapkan, dan juga akan meminimalisir madlarat yang ditimbulkan oleh laki-laki atau perempuan yang tidak bertanggungjawab. Selain itu juga mengurangi tingkat perceraian karena dalam Undang-undang ada tahapan mediasi sebelum perkara disidangkan”⁷

Beliau berpendapat bahwa tidak ada pertentangan antara KHI dan Fiqih, karena keduanya sama-sama memperjuangkan kemaslahatan bagi suami, Istri dan Anak, Selain itu keduanya juga sama-sama merupakan Hukum Fiqih. Beliau juga mengatakan bahwa keberadaan KHI sangat berperan untuk meminimalisir perceraian dan meminimalisir kesewenang-wenangan suami terhadap istri, karena seperti yang kita ketahui bahwa pada dasarnya otoritas penjatuhan talak berada pada suami, hal tersebut akan menimbulkan diskrimasi jika otoritas tersebut disandang oleh laki-laki yang tidak bertanggungjawab, dan juga hadirnya KHI dinilai meminimalisir pasangan-pasangan yang dengan sengaja memutuskan ikatan pernikahannya dengan berbagai alasan guna mendapatkan tujuan

⁶Masykur Rosih, *wawancara* (Panjen, Selasa 26 Mei 2015). pukul 13.15 WIB.

⁷Waryono, *wawancara* (Panjen, Rabu 27 Mei 2015). pukul 15.00 WIB.

mereka masing-masing, karena dalam hukum positif diatur mengenai hal-hal yang bisa dijadikan alasan untuk mengajukan perceraian dan dapat diterima di Pengadilan.

Beliau juga mengatakan bahwa KHI merupakan Fiqih yang sesuai bagi kondisi masyarakat yang hidup dalam kondisi saat ini di Indonesia, karena jika diterapkan Fiqih klasik maka tidak akan cocok dengan kondisi masyarakat Indonesia pada masa saat ini.

Selanjutnya mengenai penghitungan dan penjatuhan talak M. Nur Syafiuddin, S.Ag., M.Hberkata:

“mayoritas perkara cerai talak itu diputus dengan putusan *Raj'i*, namun sebenarnya ada kemungkinan perkara tersebut tidak diputus *Raj'i* yaitu jika para pihak bisa membuktikan bahwa sudah pernah mengucapkan talak baik satu, dua, atau tiga kali maka perkara tersebut akan di putus sesuai dengan pernyataan yang telah dibuktikan tersebut, namun hal tersebut sangat minim dan kebanyakan pasti juga tetap diputus *Raj'i*”⁸

Beliau berpendapat bahwa pada dasarnya talak yang dianggap sah dan dihitung adalah talak yang dijatuhkan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yaitu yang di jatuhkan di depan para majelis hakim dalam persidangan Pengadilan dan talak tersebut mempunyai kekuatan hukum yang mengikat bagi pelakunya yang dibuktikan dengan akta cerai. Sedangkan talak yang dijatuhkan diluar persidangan jika ditinjau dari kaca mata hukum positif maka talak tersebut dianggap tidak sah dan tidak dihitung dalam jumlah talak,

⁸M. Nur Syafiuddin, *wawancara*(Panjen, Selasa 26 Mei 2015). pukul 12.58 WIB.

namun jika dilihat dari kaca mata hukum fiqih, maka talak tersebut tetap sah dan tetap masuk dalam hitungan. Sedangkan talak yang telah diucapkan di luar persidangan dan kemudian diajukan pada Pengadilan Agama untuk mendapatkan legalitas hukum menurut M. Nur Syafiuddin putusannya akan memiliki beberapa kemungkinan, antara lain adalah:

- a. Jika suami sebagai pemohon atau istri sebagai termohon tidak menyatakan bahwa pernah menjatuhkan talak atau pernah dijatuhi talak sebelum perkara tersebut di ajukan ke pengadilan Agama, maka putusan yang akan diberikan oleh hakim nanti adalah talak *Raj'i*;
- b. Jika suami sebagai pemohon atau istri sebagai termohon menyatakan bahwa pernah menjatuhkan talak atau pernah dijatuhi talak sebelum perkara tersebut di ajukan ke pengadilan, namun keduanya tidak dapat membuktikan pernyataan tersebut dengan alat bukti yang disahkan oleh undang-undang yang berlaku, maka talak yang dijatuhkan di luar pengadilan tersebut dianggap tidak sah dan tidak masuk dalam hitungan talak, sehingga putusan yang akan diberikan oleh hakim nanti adalah talak *Raj'i*;
- c. Jika suami sebagai pemohon atau istri sebagai termohon menyatakan bahwa pernah menjatuhkan talak atau pernah dijatuhi talak sebelum perkara tersebut di ajukan ke pengadilan,

dan dapat membuktikan pernyataan tersebut dengan alat bukti yang disahkan oleh undang-undang yang berlaku, maka talak yang dijatuhkan di luar pengadilan tersebut dianggap sah dan termasuk dalam hitungan talak, sehingga putusan yang akan diberikan oleh hakim nanti adalah memberikan izin talak sesuai dengan apa yang dinyatakan dan dibuktikan tersebut. Namun menurut M. Nur Syafiuddin mayoritas tetap akan diputus dengan talak *Raj'i*.

Dalam hal ini Ahmad ZaenalFanani mempunyai pendapat yang sama dengan M. Nur Syafiuddin, Beliau berkata:

“ada kemungkinan cerai talak tidak diputus dengan *raj'i*, namun hal tersebut sangat jarang sekali terjadi, tergantung pertimbangan majelis dalam memutuskan perkara itu”⁹

Beliau berpendapat bahwa ada kemungkinan dalam perkara cerai talak tidak diputus dengan putusan talak *raj'i* bilamana majelis hakim memiliki pertimbangan lain sehingga membuat majelis hakim tidak memberikan putusan talak *raj'i*, namun hal ini sangat jarang sekali terjadi.

Berbeda dengan. Waryono yang mengatakan bahwa:

⁹Ahmad ZaenalFanani, *wawancara*. (Panjen, Senin 01 Juni 2015). pukul 14.00 WIB.

“semua cerai talak putusannya pasti *raj'i* walaupun para pihak mengaku telah mentalak sebelumnya dan bisa membuktikan, karena memang sudah tercantum dalam peraturan”.¹⁰

Menurut pendapat beliau semua cerai talak yang diajukan pada Pengadilan Agama putusannya akan tetap *raj'i*, walaupun para pihak menyatakan pernah menjatuhkan talak atau dijatuhi talak sebelumnya dan dapat membuktikan pernyataannya dengan alat bukti yang disahkan oleh perundang-undangan maka hal tersebut tidak akan berpengaruh pada perubahan putusan talak *raj'i*, karena menurut beliau pernyataan seperti itu termasuk kategori bukti dalam penyelidikan tentang ketidak harmonisan pasangan rumah tangga tersebut dan memang sudah tidak dapat dirukunkan lagi, selain itu mengenai putusan cerai talak juga telah diatur dalam peraturan yang berlaku baik dalam KHI, UU nomor 1 tahun 1974, jadi sebagai hakim harus menganut pada pedoman yang ada dalam memberikan putusan.

Hal tersebut sama dengan pendapat Masykur Rosih yang mengatakan:

“semua cerai talak itu diputus *raj'i*, karena memang peraturan yang ada mengatur demikian”¹¹

Lebih lanjut mengenai permasalahan yang kedua yaitu:

¹⁰Waryono, *wawancara* (Panjen, Rabu 27 Mei 2015). pukul 15.00 WIB.

¹¹Masykur Rosih, *wawancara* (Panjen, Selasa 26 Mei 2015). pukul 13.15 WIB.

2. Bagaimanakah argumen hakim Pengadilan Agama Kabupaten Malang dalam memutuskan cerai talak yang lebih condong pada Kompilasi Hukum Islam (KHI) daripada Fiqih Empat Madzhab?

Dalam masalah pemberian putusan Ahmad Zaenal Fanani mengatakan:

“dalam memberikan putusan biasanya saya melihat kronologi dan bentuk perkara yang sedang saya tangani dan mencari dasar hukum yang sesuai dengan perkara tersebut untuk memberi putusan, sehingga saya memiliki pondasi yang kuat dalam memberikan putusan, karena hakim juga bertugas untuk selalu menganalisis secara kritis mendalam terhadap UU yang akan dijadikan dasar untuk memberi putusan”¹²

Menurut pendapat beliau dalam pemberian putusan tidak harus mengacu pada peraturan undang-undang yang sudah ada, namun bisa juga menjadikan fiqih klasik sebagai dasar dan landasan dalam memberikan putusan, karena menurut beliau hal tersebut tergantung pada perkara yang sedang ditangani, dan juga hakim sebagai seorang pemberi keadilan harus berpikir secara kritis dan cermat dalam mengambil dasar hukum untuk memberikan putusan pada perkara yang ditanganinya.

Bersebrangan dengan pendapat Ahmad Zaenal Fanani, M. Nur Syafiuddin mengatakan:

¹²Ahmad Zaenal Fanani, *wawancara* (Panjen, Senin 01 Juni 2015). pukul 14.00 WIB.

“dalam memberi putusan, selama dalam KHI ada maka harus pakai KHI karena itu juga merupakan hukum fiqih yang telah dikodifikasikan”¹³

Beliau berpendapat bahwa dalam memutuskan suatu perkara, selama perkara tersebut diatur dan ada dalam KHI dan Undang-undang yang terkait dengan perkara tersebut, maka harus memakai peraturan yang harus digunakan adalah peraturan tersebut, karena menurut beliau KHI juga merupakan hukum fiqih yang telah diekstrak dan dikodifikasikan dalam bentuk hukum positif jadi menggunakannya sebagai dasar dalam memberikan putusan harus lebih diutamakan.

Sependapat dengan M. Nur Syafiuddin, Masykur Rosih berkata:

“dalam memutuskan perkara harus memakai KHI, karena itu adalah panduan bagi para hakim, dan juga merupakan intisari dari kitab fiqih”¹⁴

Berdasarkan beliau mengatakan bahwa dalam memberikan putusan hakim harus mengutamakan Kompilasi Hukum Islam (KHI) karena itu sudah menjadi panduan yang harus dijalankan oleh para hakim dalam mengemban amanatnya dan juga KHI merupakan intisari dari fiqih jadi menggunakannya sama halnya dengan menggunakan fiqih yang ada.

Lain halnya dengan Waryono yang mengatakan:

¹³M. Nur Syafiuddin, *wawancara* (Panjen, Selasa 26 Mei 2015). pukul 12.58 WIB.

¹⁴Masykur Rosih, *wawancara* (Panjen, Selasa 26 Mei 2015). pukul 13.15 WIB.

“dalam memberikan putusan harus menggunakan semua disiplin ilmu yang berkaitan, dan juga menggunakan dasar hukum yang berkaitan pula seperti, Al-Qur’an, Hadits, Fiqih, KHI, dan Undang-undang lain yang terkait dengan perkara”¹⁵

Beliau berpendapat bahwa dalam memberikan putusan harus mengacu pada semua elemen, baik itu KHI, Fiqih Klasik, maupun UU yang terkait dengan perkara yang sedang ditangani, namun semuanya digunakan dalam porsi yang berbeda-beda. Karena semuanya mengandung dasar hukum yang dibutuhkan dalam memberikan sebuah putusan.

C. Analisis

Dari hasil wawancara yang telah dipaparkan diatas, dapat dipahami bahwa pandangan hakim dalam menyikapi perbedaan konsep cerai talak dalam KHI dan Fiqih terdapat dua pendapat:

Yang pertama pendapat yang mengatakna bahwa perbedaan antara KHI dan Fiqih adalah merupakan sebuah *Khilafiyah* yang sulit untuk menemukan titik temu antara keduanya. Sedangkan pendapat yang kedua mengatakan bahwa antara KHI dan Fiqih Klasaik tidak terdapat perbedaan dan pertentangan.

¹⁵Waryono, *wawancara* (Panjen, Rabu 27 Mei 2015). pukul 15.00 WIB.

Jika ditinjau dari latarbelakang perbedaan dua pendapat ini, dapat disimpulkan bahwa perbedaan kedua pendapat ini disebabkan karena penggunaan sudut pandang yang berbeda dalam menyikapi dan menanggapi masalah perbedaan konsep antara KHI dan Fiqih. Pendapat yang pertama melihat dari sudut pandang konten dan prosedur yang ditawarkan dari kedua peraturan tersebut yang notabennya keduanya berada dalam masa dan kondisi yang sangat berbeda sehingga disimpulkan bahwa keduanya merupakan hal yang berbeda dan tidak dapat disatukan. Sedangkan pendapat yang kedua melihat dari sudut pandang tujuan yang dicita-citakan dan yang akan dicapai oleh kedua peraturan tersebut, yang pada dasarnya semua peraturan dalam agama Islam pasti bermuara pada tujuan diaadakannya sebuah syari'at yaitu pada *Maqashid Al-Syari'ah*, sehingga mereka mengatakan bahwa kedua peraturan ini sama dan tidak mengandung perbedaan.

Menyikapi hal ini, peneliti lebihsependapat dengan pendapat yang mengatakan bahwa antara KHI dan Fiqih itu berbeda, karena tidak bisa dipungkiri bahwa keduanya bearada pada era dan masa yang berbeda dan sangat tidak mungkin untuk menerapkan peraturan tersebut pada masakini karena sudah tidak sesuai dengan kondisi pada saat ini, dan perlu kita sadari bersama bahwa Fiqih adalah buatan manusia yang sangat mungkin sekali berubah seiring dengan perkembangan manusia dan perubahan zaman, tidak hanya saat ini, pada zaman dahulupun fiqih sudah berubah-ubah sebagai contoh Imam Syafi'i yang merupakan *Fuqoha'* terkemukapun memiliki *Qaul Qadim* dan *Qaul Jadid*, hal ini membuktikan bahwa memang Fiqih dapat

berubah seiring dengan pergeseran zaman dan budaya, walaupun ada kemungkinan peraturan lama tersebut masih sesuai dengan konteks kekinian sehingga masih dapat diterapkan. berbeda dengan Al-Qur'an yang merupakan produk sang *Khaliq* Allah SWT yang kebenarannya sepanjang masa.

Selanjutnya untuk penerapan dua pendapat yang berbeda di atas, dapat meninjaunya dengan menggunakan kaidah fiqh yang berbunyi:

Yang artinya mencegah kerusakan itu harus diutamakan daripada mendapatkan kemashlahatan.

Dalam hal ini penggunaan KHI dan Undang-undang yang terkait dengan perceraian adalah lebih utama, karena adanya KHI dan Undang-undang adalah untuk menjamin beberapa hal yang antaranya adalah:

1. Menertibkan administrasi, karena legalitas yang resmi menurut hukum yang berlaku sangat dibutuhkan untuk kepentingan administrasi lain pasca perceraian, seperti pengajuan nikah lagi, pembuatan Kartu Keluarga (KK), pembuatan Kartu Tanda Penduduk (KTP), pendaftaran sekolah anak dan lain-lain, yang mana hal tersebut tidak dapat diperoleh jika tidak melakukannya sesuai prosedur yang telah ditetapkan.
2. Memberikan perlindungan hukum pasca terjadinya perceraian.
3. Untuk meminimalisir perceraian, karena dalam hukum positif dijelaskan bahwa setiap perkara harus memlalui tahap mediasi atau

perdamaian terlebih dahulu sebelum memasuki proses persidangan, yang mana pada tahapan ini mediator yang bertugas sebagai penghubung aspirasi antara pihak suami dan istri menggali informasi secara mendalam mengenai sebab-sebab terjadinya konflik pada pasangan tersebut hingga pada akar permasalahan yang mengakibatkan keduanya bersikukuh untuk bercerai, selanjutnya mediator menuntun keduanya untuk mengintrospeksi diri dan kesalahan masing-masing selama keduanya hidup bersama setelah itu mediator memberikan stimulus agar keduanya bisa rukun kembali, namun jika tidak bisa maka perkara tersebut akan berlanjut pada proses selanjutnya dalam persidangan hingga pemberian putusan. Walaupun demikian, hakim tetap berkewajiban untuk memberi nasehat kepada kedua pasangan setiap kali persidangan.

Selanjutnya dalam hal penghitungan dan penjatuhan talak juga terdapat dua pendapat yang berbeda, yang antara lain adalah:

Pendapat pertama yang mengatakan bahwa ada kemungkinan cerai yang dijatuhkan diluar persidangan dianggap sah dan termasuk dalam hitungan dan nantinya putusan yang diberikan tidak talak *raj'i*. Sedangkan pendapat kedua yang mengatakan bahwa tidak ada putusan lain bagi perkara cerai talak selain putusan talak *raj'i*.

Dasar golongan pertama berpendapat demikian adalah karena hakim pengadilan agama bersifat pasif yaitu menerima apa yang dinyatakan oleh

para pihak dan dapat dibuktikan oleh mereka tanpa mencari-cari bukti lain, sehingga memungkinkan dalam putusan cerai talak tidak diputus *raj'i* seperti yang telah diatur oleh Undang-undang. sedang kandas golongan kedua berpendapat demikian adalah karena undang-undang adalah sebuah pedoman yang harus dijalankan dan diamalkan oleh hakim, sehingga segala kebijakan dan keputusan yang sudah tertera didalamnya itu yang harus dipakai.

Jika ditinjau dari segi *kemadharatan* yang ada dalam setiap pendapat, menggunakan pendapat yang pertama akan menimbulkan *madharat* yang lebih sedikit dari pada pendapat yang kedua, karena pendapat pertama menggabungkan antara konsep Fiqih klasik dan peraturan perundang-undangan yang ada, jadi hal ini selain tidak bertentangan satu sama lain juga akan menimbulkan *madharat* yang sedikit. dalam konsep Fiqih disebutkan bahwa kapan dan dimanapun talak diucapkan oleh suami kepada istrinya selagi telah memenuhi syarat dan ketentuan yang ada maka talak tersebut dianggap sah dan jatuh talaknya, namun jika talak yang dijatuhkan tersebut tidak dianggap sah, maka nantinya akan menimbulkan keraguan dalam penghitungan talak yang telah dijatuhkan, karena akibat hukum yang timbul jelas berbeda antara talak satu, dua dan tiga. Dan juga pada dasarnya posisi hakim dalam cerai talak hanyalah sebagai pemberi izin, sedangkan otoritas untuk menjatuhkan talak tetap berada pada suami.

Sebagaimana dalam kaidah fiqih yang berbunyi:

إِذَا تَعَارَضَ الْمَفْسَدَتَانِ رُوِيَ أَكْبَرُهُمَا ضَرَارًا بَارِتْغَابِ أَخْفَاهَا

Yang artinya jika terdapat dua kerusakan yang saling berlawanan, maka yang harus diperhatikan adalah yang lebih besar bahayanya dengan melakukan yang lebih ringan bahayanya.

Dalam hal ini menggunakan pendapat pertama mengandung bahaya yang lebih kecil daripada menggunakan pendapat yang kedua.

Selanjutnya mengenai proses pemberian putusan yang dilakukan oleh hakim dan dasar hukum yang digunakan. Dalam hal ini juga terdapat beberapa pendapat yang berbeda pula, yang antarlain adalah sebagai berikut:

Pendapat pertama yang mengatakan bahwa dalam memberikan putusan hakim tidak harus menggunakan peraturan atau undang-undang yang ada namun dapat juga mengacu pada Fiqih Klasik tergantung kondisi perkara yang ditangani, karena pada dasarnya segala peraturan perlu untuk dikritisi terlepas itu undang-undang, KHI, maupun Fiqih. Sedangkan pendapat kedua mengatakan bahwa dalam memberikan putusan harus mengacu pada pedoman yang telah ada yaitu Undang-undang, KHI dan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perkara tersebut. Lalu pendapat yang ketiga mengatakan bahwa dalam memberikan putusan harus menggunakan semua elemen sumber hukum yang ada, baik itu Al-Qur'an, Hadits, Fiqih, maupun undang-undang, karena semuanya diperlukan untuk memberikan sebuah putusan yang sesuai dan pas.

Pada bagian ini, jika ditinjau dari segi *kemashlahatan*, maka menggunakan pendapat yang ketiga akan lebih *mashlahat*, karena pendapat ketiga

menggabungkan semua elemen sumber hukum dalam mencari dasar hukum dan memberikan putusan, karena penggunaan semua elemen tersebut akan memperkuat argumen dan memperkuat putusan yang dihasilkan karena memiliki landasan dari semua sumber hukum. Selain itu juga untuk menghindari perbedaan dan pertentangan konsep yang ada pada setiap sumber hukum.

