

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Tinjauan Penelitian Terdahulu

2.1.1 Dengan Judul “Urgensi pembentukan naskah akademik undang-undang perspektif undang-undang nomor 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan”.¹ Yang memiliki rumusan masalah mengapa *urgent* pembentukan naskah akademik undang-undang perspektif undang-undang nomor 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan. Dengan hasil penelitian pembentukan naskah akademik undang-undang menjadi hal yang *urgent* dikarenakan naskah akademik digunakan sebagai bahan dasar dan konsep awal dalam pembentukan rancangan undang-undang. Oleh karenanya, pembentukan naskah akademik undang-undang harus dilakukan penelitian atau pengkajian secara cermat dan mendalam dengan melibatkan partisipasi masyarakat untuk memberikan masukan baik secara lisan dan/atau tertulis yang dalam naskah akademik, sehingga naskah akademik yang terbentuk nantinya telah memuat aspek yuridis, empiris dan sosiologis yang sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat.

2.1.2 Dengan judul “Pentingnya naskah akademik dalam pembentukan peraturan perundang-undangan untuk mewujudkan hukum aspiratif dan responsif”.² Dengan rumusan masalah Pentingnya naskah akademik dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dengan dalam mewujudkan

¹ Dwiman akhmad firdaus, “Urgensi pembentukan naskah akademik undang-undang perspektif undang-undang nomor 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan”, (Fakultas hukum: Universitas negeri Semarang: Semarang, 2015).

² Abdul Basyir, *Pentingnya naskah akademik dalam pembentukan peraturan perundang-undangan untuk mewujudkan hukum aspiratif dan responsif*, Jurnal Ius, Vol 2, No5 (2014).

hukum aspiratif dan responsif. Dan implikasi hukum rancangan peraturan perundang-undangan yang tidak disertai dengan kajian naskah akademik terhadap permasalahan tersebut. Dengan hasil penelitian Naskah akademik memiliki makna penting dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Sebagai sarana untuk melembagakan atau memformalkan apa yang telah dan berjalan di masyarakat ke dalam peraturan perundang-undangan dengan mengidentifikasi dan menyelesaikan permasalahan hukum yang sedang terjadi dalam masyarakat serta mengantisipasi permasalahan yang akan terjadi pada masa akan datang.

- 2.1.3 Dengan judul “Paradigma baru pembentukan dan analisis peraturan daerah (Studi atas pelayanan publik dan perda keterbukaan informasi publik”.³ Dengan rumusan masalah Pertama, apa yang menjadi dasar pentingnya paradigma baru dalam menganalisis produk hukum daerah yang menggeser paradigma bernegara yang bercorak state oriented maupun civilized oriented menjadi paradigma state and civilized integrited oriented Kedua, bagaimana paradigma state and civilized integrited oriented diimplementasikan. Dengan hasil penelitian yang menjadi dasar pentingnya paradigma baru analisis terhadap produk hukum daerah adalah terletak pada aspek filosofis, yuridis, dan sosiologis yang menggeser paradigma bernegara yang bercorak state oriented maupun civilized oriented menjadi paradigma state and civilized integrited oriented. Bahwa paradigma state and civilized integrited oriented diimplemantasikan dalam

³ Jazim Hamidi, *Paradigma baru pembentukan dan analisis peraturan daerah Studi atas pelayanan publik dan perda keterbukaan informasi publik*, Jurnal Hukum, Vol 18, No 3 (2011).

metode analisis yang berbasis pada karakter berkelanjutan, pembangunan, dan perekayasaan sosial sebagai kerangka pelengkap terhadap metode analisis lama yang memiliki beberapa kelemahan. Seyogyanya pergeseran paradigma *state and civilized integrited oriented* melalui metode *Sustainable, Development, and Engginering Regulation (SDER)* diimplementasikan dalam program legislasi daerah menuju agenda reformasi regulasi yang mensejahterakan. Seyogyanya pemerintah pusat dan daerah melakukan koordinasi dalam hal pengawasan, pendidikan terhadap produk-produk hukum daerah sehingga akan nampak *political will* pemerintah dalam perumusan produk-produk hukum di daerah. Persamaan beberapa penelitian diatas dengan penelitian ini terletak pada objek penelitian yang berfokus kepada Peraturan daerah. Adapun perbedaan penelitian yang dilakukan peneliti terdahulu berfokus pada peraturan daerah yang dihasilkan sedangkan penelitian ini berfokus pada perda yang akan dikaji berdasarkan perspektif *siyash dusturiyah*.

2.2 Tinjauan Teoritis

2.2.1 Tinjauan tentang Al-'Urf

2.2.1.1 Pengertian 'Urf

Kata *العرف (al-'Urf)* secara bahasa berasal dari bahasa Arab, kata ini dibentuk dari huruf *ain, ro* dan *fa*, bentuk kata kerja (*fi'il*)-nya adalah *عرف - يعرف ('arafa-ya'rifu)* yang berarti mengenal atau mengetahui. Bentuk derivatif dari kata ini adalah *al-ma'ruf المَعْرُوف* yang berarti segala sesuatu yang sesuai dengan adat (kepantasan).⁴

⁴ Samsul Munir Amin Totok Jumantoro, *Kamus Ibnu Ushul Fikih*, (Jakarta: Amzah, 2005), h.33.

Sedangkan secara istilah العرف (*al-'Urf*) adalah kebiasaan yang dilakukan oleh kebanyakan masyarakat, baik dalam perkataan maupun perbuatan yang dilakukan secara terus-menerus dan diakui sebagai sesuatu yang baik oleh mereka. Secara lebih rinci terdapat beberapa definisi dari العرف (*al-'Urf*) yaitu:⁵

2.2.1.1.1 Setiap perbuatan yang menetap dalam jiwa, diterima oleh akal dan tabiat manusia yang *salim* menerimanya.

2.2.1.1.2 Setiap yang menjadi adat kebiasaan manusia dan mengulang-ulangnya dari perbuatan yang mereka sepakati. Istilah ini juga bermakna adat yang dilakukan secara bersama-sama (*al-'adat al-jamaah*).

2.2.1.1.3 Setiap adat kebiasaan kebanyakan manusia dan menjadi kebiasaan di beberapa wilayah baik yang dilakukan setiap waktu ataupun pada waktu-waktu tertentu.

Penekanan kepada masalah-masalah muamalat didasarkan kepada kenyataan bahwa sebagian besar penggunaan 'urf lebih kepada masalah muamalah yaitu hubungan antara manusia dengan manusia lainnya. Abdul Wahab Khallaf memberikan definisi sebagai berikut:

الْعُرْفُ هُوَ مَا تَعَارَفَهُ النَّاسُ وَسَارُوا عَلَيْهِ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ أَوْ تَرْكٍ وَيُسَمَّى الْعَادَةَ. وَفِي لِسَانِ الشَّرْعِيِّينَ لَأَفْرَقَ بَيْنَ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ.

Artinya :

al-'Urf ialah sesuatu yang telah diketahui oleh orang banyak dan dikerjakan oleh mereka, dari: perkataan, perbuatan atau (sesuatu) yang ditinggalkan. Hal ini dinamakan pula dengan *al-'Aadah*". Dalam bahasa ahli *syara'* tidak ada perbedaan antara *al-'Urf* dengan *al-'Aadah* (adat).⁶

⁵ Abdurrahman Misno BP, *Reception Through Selection Modification Antropologi Hukum Islam Di Indonesia*, (Yogyakarta: CV Budi Utama, 2016), h.61.

⁶ Sudirman, *Dalam Kitab Abdul Wahab Khallaf Ilmu Ushul Al Fiqh terjemahan Fiqh Kontemporer*, (Yogyakarta: CV Budi Utama, 2018), h.274.

Pengertian menyamakan antara adat dan ‘urf karena dianggap sama-sama sebagai ucapan dan tindakan yang dilakukan oleh manusia secara berulang-ulang sehingga telah menjadi tradisinya (adat kebiasaan).

Dari penjelasan di atas, dapat dipahami bahwa ‘urf terdiri dari dua bentuk yaitu, ‘urf *al-qauli* (kebiasaan dalam bentuk perkataan), misalnya kalimat “engkau saya kembalikan kepada orang tuamu” dalam masyarakat Islam Indonesia mengandung arti talak. Sedangkan ‘urf *al-fi’li* (kebiasaan dalam bentuk perbuatan) seperti transaksi jual-beli barang kebutuhan sehari-hari di pasar, tanpa mengucapkan lafal *ijab* dan *qabul* yang disebut jual-beli *muathah*.⁷

Dari beberapa definisi di atas, dapat disimpulkan pengertian ‘urf adalah apa yang dikenal oleh masyarakat baik berupa perkataan, perbuatan atau aturan-aturan yang telah menjadi kebiasaan bagi masyarakat tersebut. Sehingga tidak menimbulkan penafsiran lain yang berbeda kalangan masyarakat mengenai tradisi tersebut.

2.2.1.2 Syarat-Syarat ‘Urf

Para ulama Ushul menyatakan bahwa suatu ‘urf baru dapat dijadikan sebagai salah satu dalil dalam menetapkan hukum Syara’ apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

‘Urf itu harus berlaku secara umum dalam mayoritas kalangan masyarakat dan keberlakuannya dianut oleh mayoritas masyarakat tersebut, baik itu ‘urf dalam bentuk praktek, perkataan, umum dan khusus.⁸

⁷ Abdurrahman Misno BP, *Reception Through Selection-Modification Antropologi Hukum Islam Di Indonesia*,(Yogyakarta: CV Budi Utama,2016),h. 64.

⁸ Moh Mufid, *Ushul Fiqh Ekonomi dan Keuangan Kontemporer dari Teori ke Aplikasi*, (Prenadamedia Group,2018),h.155.

‘Urf itu memang telah memasyarakat ketika persoalan yang akan ditetapkan hukumnya. Artinya ‘Urf itu lebih dulu ada sebelum ada kasus yang akan ditetapkan hukumnya.⁹

‘Urf tidak bertentangan dengan apa yang diungkapkan secara jelas dalam suatu transaksi. Seperti apabila dalam suatu transaksi dikatakan secara jelas bahwa si pembeli akan membayar uang kirim barang, sementara ‘urf yang berlaku adalah si penjuallah yang menanggung ongkos kirim, maka dalam kasus seperti ‘urf tidak berlaku.¹⁰

‘Urf tidak bertentangan dengan nash, sehingga menyebabkan hukum yang dikandung nash tersebut tidak bisa diterapkan. ‘Urf seperti ini tidak dapat dijadikan dalil syara’ karena kehujjahan ‘urf baru bisa diterima apabila tidak ada nash yang mengandung hukum permasalahan yang dihadapi.

2.2.1.3 Pertentangan ‘Urf Dengan Dalil Syara’

Apabila ada urf yang berlaku dalam masyarakat bertentangan dengan nash baik Alquran al-Karim maupun Hadits, maka para ulama Ushul merincinya sebagai berikut:

Apabila bertentangan dengan nash yang khusus yang menyebabkan tidak berfungsinya hukum yang dikandung dalam nash tersebut, maka dalam kasus ini tentu saja ‘urf tidak dapat dipakai dan dijadikan sebagai dalil. Seperti menceraikan wanita dan mengawininya kembali tanpa sesuka hati oleh laki-laki. ‘Urf seperti ini berlaku dikalangan bangsa Arab sebelum datangnya Islam. Maka kemudian setelah datangnya Islam, syari’at menetapkan iddah.¹¹

⁹ Nazar Bakry, *Fiqh dan Ushul Fiqh*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada,2003),h.238.

¹⁰ Muhammad Yusuf Musa, *Pengantar Studi Fikih Islam*, (Jakarta: Al-Kautsar,2014),h.85.

¹¹ Sucipto, Urf sebagai Metode dan Sumber Penemuan Hukum Islam, *Asas*, Vol 7, No.1,2015, h.33.

Apabila bertentangan dengan nash yang bersifat umum, maka ada perbedaan pendapat didalamnya. Menurut Mushtafa Ahmad az-Zarqa', apabila 'urf itu telah ada ketika datangnya nash yang bersifat umum tersebut, maka perlu dibedakan antara 'urf 'amali dan 'urf lafzhi. 'Urf lafzhi bisa diterima. Maka nash dengan suatu redaksi harus difahami sesuai 'urf lafzhi yang berlaku saat itu kecuali ada indikator yang menunjukkan bahwa maksud dari redaksi nash itu tidaklah seperti arti yang difahami dalam 'urf, seperti kata walad yang biasanya difahami dengan arti anak laki-laki, tapi kemudian dalam surah an-Nisa ayat 11, disitu diberikan indikator lain bahwa walad disini adalah anak laki-laki maupun perempuan.¹²

Sedangkan dalam 'urf amali terjadi perbedaan pendapat didalamnya. Menurut mazhab Hanafiyah, apabila 'urf yang ada adalah 'urf umum, maka itu bisa mengkhususkan nash yang umum tersebut.¹³ Karena pengkhususan tersebut tidak membuat hukum yang dikandung nash tersebut tidak dapat diamalkan.

2.2.1.4 Klasifikasi 'Urf

Ulama *ushul fiqh* membagi 'Urf menjadi tiga macam:

1. Dari segi objeknya, 'Urf dibagi dua yaitu:
 - a. *Urf qauli* adalah kebiasaan masyarakat dalam penggunaan katakata atau ucapan, sehingga makna ungkapan itulah yang dipahami dan terlintas dalam pikiran masyarakat. Contohnya ungkapan "daging" mencakup seluruh daging yang ada. Apabila seseorang penjual daging, sedangkan penjual daging itu memiliki bermacam-macam daging, lalu pembeli mengatakan "saya beli daging satu kilogram" pedagang itu langsung

¹²Sucipto, Urf sebagai Metode dan Sumber Penemuan Hukum Islam, *Asas*, Vol 7, No.1,2015, h.34

¹³Sucipto, Urf sebagai Metode dan Sumber Penemuan Hukum Islam, *Asas*, Vol 7, No.1,2015, h.35.

mengambil daging sapi, karena kebiasaan masyarakat setempat telah mengkhususkan penggunaan daging pada daging sapi.¹⁴

- b. *Urf fi'li* adalah kebiasaan masyarakat yang berkaitan dengan perbuatan. Adapun yang dimaksud perbuatan biasa adalah perbuatan masyarakat dalam masalah kehidupan mereka yang tidak terkait dengan kepentingan orang lain, seperti kebiasaan libur kerja dalam satu minggu.
2. Dari segi cakupannya, 'urf dibagi dua yaitu:
 - a. *Urf 'amm* adalah kebiasaan yang bersifat umum dan berlaku bagi sebagian besar masyarakat dalam berbagai wilayah yang luas. Misalnya membayar ongkos kendaraan umum dengan harga tertentu, tanpa perincian jauh dekatnya jarak yang ditempuh, dan hanya dibatasi oleh jarak tempuh maksimum.
 - b. *Urf khash* adalah kebiasaan yang berlaku secara khusus pada suatu masyarakat tertentu atau wilayah tertentu saja. Misalnya mengadakan *halal bihalal* yang biasa dilakukan oleh bangsa Indonesia yang beragama Islam pada setiap selesai menunaikan ibadah puasa bulan ramadan, sedangkan di negara-negara Islam lain tidak melakukannya.¹⁵
 3. Dari segi keabsahannya dari pandangan *syara'*, 'Urf dibagi dua yaitu:
 - a. '*Urf shahih* adalah kebiasaan masyarakat yang tidak bertentangan dengan dalil *syara'*, tidak menghalalkan sesuatu yang telah dianggap haram oleh *syara'* dan tidak membatalkan yang wajib. Misalnya mengadakan pertunangan sebelum melangsungkan pernikahan, dipandang baik, telah menjadi kebiasaan dalam masyarakat, dan tidak bertentangan dengan *syara'*.

¹⁴Nazar Bakry, *Fiqh Dan Ushul Fiqh*, (Jakarta: Rajawali, 1993),h. 240.

¹⁵Nazar Bakry, *Fiqh Dan Ushul Fiqh*, (Jakarta: Rajawali, 1993),h. 241.

- b. *'Urf fasid* adalah sesuatu yang sudah menjadi tradisi manusia, akan tetapi tradisi itu bertentangan dengan *syara'*, menghalalkan yang haram atau membatalkan yang wajib. Misalnya perjanjian-perjanjian yang bersifat riba, menarik hasil pajak perjudian dan lain sebagainya.¹⁶

2.2.1.5 Kedudukan *'Urf*

Pada dasarnya semua ulama sepakat bahwa kedudukan *'urf shahih* sebagai salah satu dalil *syara'*. Akan tetapi di antara mereka terdapat perbedaan pendapat dari segi intensitas penggunaannya sebagai dalil. Dalam hal ini ulama Hanafiyah dan Malikiyah adalah yang paling banyak menggunakan *'urf* sebagai dalil dibandingkan dengan ulama Syafi'iyah dan Hanabilah.

'Urf shahih harus dipelihara oleh seorang mujtahid di dalam menciptakan hukum-hukum dan oleh seorang hakim dalam memutuskan perkara. Karena apa yang telah menjadi kebiasaan dan dijalankan oleh orang banyak adalah menjadi kebutuhan dan menjadi mashlahat yang diperlukannya. Oleh karena itu, selama kebiasaan tersebut tidak berlawanan dengan *syara'*, maka wajib diperhatikan. Atas dasar itulah para ulama ahli *ushul fiqh* memberi kaidah berikut: "Adat kebiasaan itu merupakan syariat yang ditetapkan sebagai hukum".¹⁷

'Urf fasid tidak wajib diperhatikan, karena memeliharanya berarti menentang dalil *syara'*. Oleh karena itu, apabila seseorang telah terbiasa mengadakan perjanjian yang *fasid*, seperti perikatan yang mengandung riba atau mengandung unsur penipuan maka kebiasaan-kebiasaan tersebut tidak mempunyai pengaruh dalam menghalalkan perjanjian tersebut. Hanya saja perjanjian-perjanjian semacam itu dapat ditinjau dari segi lain untuk dibenarkan. Misalnya dari segi sangat dibutuhkan atau dari segi darurat, bukan karena sudah

¹⁶Nazar Bakry, *Fiqh Dan Ushul Fiqh*, (Jakarta: Rajawali, 1993),h. 242.

¹⁷Sucipto, 'Urf Sebagai Metode Dan Sumber Penemuan Hukum Islam, h. 37.

biasa dilakukan oleh orang banyak. Jika suatu hal tersebut termasuk kondisi darurat atau kebutuhan mereka, maka ia diperbolehkan.¹⁸

Hukum yang didasarkan atas *'urf* dapat berubah dengan perubahan pada suatu masa atau tempat. Karena sesungguhnya cabang akan berubah dengan perubahan pokoknya. Oleh karena inilah dalam perbedaan pendapat semacam ini, fuqaha mengatakan: “sesungguhnya perbedaan tersebut adalah perbedaan masa dan zaman, bukan perbedaan hujjah dan dalil.

2.2.2 Tinjauan tentang *Istihsan*

Istihsan Di dalam bahasa Arab *Istihsan* diartikan dengan pengertian: “Menganggap sesuatu itu baik” atau “Mengikuti sesuatu yang baik” atau “Menganggap baik/bagus”.¹⁹ Definisi *Istihsan* di kalangan para Ulama Ahli Ushul berbeda-beda sesuai dengan tinjauannya masing-masing dan kemampuannya dalam menyimpulkan pengertian *Istihsan* di dalam kata-kata, di antara pengertian tersebut adalah sebagai berikut:

1. Menurut al-Bazdawi bahwa *Istihsan* ialah Meninggalkan keharusan menggunakan Qiyas dan berpindah kepada Qiyas yang lebih kuat atau men-takhshish Qiyas dengan dalil yang lebih kuat dari Qiyas tadi.
2. Menurut an-Nasafy bahwa *Istihsan* ialah Meninggalkan suatu Qiyas menuju kepada suatu Qiyas yang lebih kuat atau dalil yang berlawanan dengan Qiyas Jalli.
3. Menurut Abu Hasan al-Karkhi bahwa *Istihsan* ialah Perpindahan seorang mujtahid di dalam memberikan hukum dalam suatu masalah, seperti yang sudah

¹⁸Sucipto, 'Urf Sebagai Metode Dan Sumber Penemuan Hukum Islam, *Asas*, h. 38.

¹⁹ A.W.Munawwir, *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia Terlengkap*, (Surabaya:Pustaka Progressif,1997), h.265.

diberikan hukum padanya kepada hukum yang berbeda dengan hukum yang sudah ditentukan tersebut, karena ada segi yang lebih kuat dari hukum sebelumnya.

Ditinjau dari segi berpindahnya suatu hukum, maka Istihsan dapat dibagi menjadi berbagai macam Istihsan, di antaranya menurut Ulama Hanafiyah yaitu:

1. Berpindahnya suatu hukum dari Qiyas Zhahir kepada suatu Qiyas Khafi. Contoh: Berdasarkan Qiyas Zhahir yaitu hak pengairan tanah pertanian dan hak lalu lintas di dalam harta wakaf tanah pertanian tidak termasuk harta wakaf apabila tidak disebut dengan tegas pada waktu mewakafkannya, sebab wakaf di-qiyas-kan kepada hal jual beli yaitu sama-sama berakibat hilangnya (mengeluarkan) hak milik dari seorang pemiliknya. Dalam hak jual beli, hak pengairan dan hak lalu lintas tidak termasuk, maka yang demikian ini terjadi pula pada wakaf. Akan tetapi menurut Istihsan (Qiyas Khafi), wakaf tersebut dipersamakan dengan Ijarah (sewa menyewa) sebab tujuannya sama yaitu mengambil manfaat barang yang bukan miliknya sendiri. Di dalam sewa - menyewa, hak tanah pengairan dan lalu lintas termasuk yang disewa meskipun tidak disebut dengan tegas. Adapun dasar peninggalannya (sanadnya) yaitu pengambilan manfaat dari barang yang diwakafkan (masalahah).

2. Berpindahnya suatu hukum yang ditetapkan oleh Nash yang umum kepada yang khusus. Contoh: Kasus pencurian pada musim/masa kelaparan, berdasarkan Nash yang umum telah tersebutkan dalam surat al-Maidah: 38 yang artinya: "Pencuri laki-laki dan pencuri perempuan hendaklah dipotong tangannya". Melihat ayat tersebut di atas bahwa setiap pencuri, baik laki-laki maupun perempuan harus dipotong tangannya, akan tetapi Umar Bin Khathab tidak melakukan hal tersebut yaitu memotong tangan terhadap pencuri pada masa kelaparan. Demikian halnya di dalam pembagian zakat bagi seorang mu'alaf dan

binatang unta yang kabur/lepas harus ditangkap padahal pada zaman Nabi SAW tidak harus ditangkap, tetapi dibiarkan lepas begitu saja.

3. Berpindahnya suatu hukum yang Kulli kepada hukum yang merupakan kekecualian. Contoh: Orang yang dititipi barang harus bertanggung jawab atas barang yang dititipkan kepadanya, apabila yang menitipkan meninggal dunia, maka orang yang dititipi barang tersebut harus mengganti barang tadi jika melalaikan dalam pemeliharannya. Dalam kasus ini, berdasarkan Istihsan, maka seorang ayah tidak diwajibkan menggantinya, karena ia dapat menggunakan harta anaknya untuk mengongkosi hidupnya.

Pembagian istihsan Abdul Karim Zaidan dalam bukunya Al-Wajiz fī Ushul Fiqh, membagi istihsan dari segi sandaran dalilnya dibagi menjadi menjadi berapa macam:²⁰

1. Istihsan yang disandarkan kepada teks Al-Quran atau hadis yang lebih kuat. Seperti jual beli salam.

2. Istihsan yang disandarkan kepada ijma“. Contoh, bolehnya mengambil upah dari orang yang masuk WC. Menurut kaidah umum, tidak boleh seseorang mengambil upah tersebut, karena tidak bisa diketahui dan dipastikan berapa lama si pengguna berada di dalam WC, juga tidak bisa diketahui seberapa banyak dia menggunakan air di dalam WC. tetapi berdasarkan istihsan, diperbolehkan si petugas mengambil upah dari pengguna WC tersebut, karena sudah membantu menghilangkan kesulitan orang, juga sudah menjadi kebiasaan dan tidak ada penolakan dari seorang pun sehingga menjadi ijma“.

3. Istihsan yang disandarkan kepada adat kebiasaan (‘urf). Seperti pendapat sebagian ulama yang membolehkan wakaf dengan barang-barang yang bergerak,

²⁰ Abdul Karim Zaidan, Al-Wajiz Fi Ushul Fiqhi, (Beirut: Penerbit Mu“assasah Risalah, 2002), h. 230.

seperti mewakafkan buku, mobil dan barang-barang lainnya. Menurut kaidah umum, wakaf itu harus pada barang-barang yang tidak bergerak, seperti tanah, atau bangunan. Kemudian ulama membolehkan wakaf dengan barang-barang yang bergerak tadi karena sudah menjadi adat ('urf) di lingkungan tersebut.

4. Istihsan yang disandarkan kepada urusan yang sangat darurat. Seperti, membersihkan sumur yang terkena najis, hanya dengan mengambil sebagian air dari sumur itu. Menurut qiyas, air sumur tersebut tidak bisa dibersihkan lagi, karena alat untuk membersihkan air itu sudah kena najis, dan tidak mungkin dibersihkan. Tetapi menurut istihsan, air itu bersih lagi hanya dengan mengeluarkan sebagian airnya saja. Karena mengeluarkan sebagian air itu tidak mempengaruhi kesucian sisanya. Inilah yang dinamakan dengan darurat, yang bertujuan untuk memudahkan urusan manusia. Selain itu juga dalam ayat Al-Quran sudah disebutkan bahwa agama itu bukan untuk menyusahkan manusia. Allah SWT. Berfirman (QS. 22: 78). "Dia sekali-kali tidak menjadikan untuk kamu dalam agama suatu kesempitan."

6. Istihsan yang disandarkan kepada qiyas khafi. Seperti bolehnya minum air sisa minum burung buas seperti elang dan gagak.

2.2.3 Tinjauan tentang Maslahah Mursalah

Kata, *maslahah* berakar pada *al-aslu*, ia merupakan bentuk masdar dari kata kerja *salaha* dan *saluha*, yang secara etimologis berarti manfaat, faedah, bagus, baik, patut, layak, sesuai. Dari sudut pandang ilmu saraf (morfologi), kata *,maslahah* satu pola dan semakna dengan kata *manfa'ah*. Kedua kata ini (*maslahah* dan *manfa'ah*) telah diubah ke dalam bahasa Indonesia menjadi 'maslahat' dan 'manfaat'.²¹ Dari segi bahasa, kata *al-maslahah* adalah seperti

²¹ Asmawi, *Perbandingan Ushul Fiqhi*, (Jakarta: Penerbit Amzah, 2011), h.127.

lafaz *al-manfa'at*, baik artinya maupun *wazan*-nya (timbangan kata), yaitu kalimat *masdar* yang sama artinya dengan kalimat *al-salah* seperti halnya lafaz *al-manfa'at* sama artinya dengan *al-naf'u*. Bisa juga dikatakan bahwa *al-maslahah* itu merupakan bentuk tunggal dari kata *al-masalih*. Sedangkan arti dari *manfa'at* sebagaimana yang dimaksudkan oleh pembuat hukum *syara'* (Allah SWT) yaitu sifat menjaga agama, jiwa, akal, keturunan, dan hartanya untuk mencapai ketertiban nyata antara Pencipta dan makhlukNya. Ada pula ulama yang mendefinisikan kata *manfa'at* sebagai kenikmatan atau sesuatu yang akan mengantarkan kepada kenikmatan.²²

Al-mashlahah al-mursalah yaitu maslahat yang tidak diakui oleh dalil syariat atau nas secara spesifik, akan tetapi didukung oleh sejumlah makna nas (al-Qur'an dan hadis Nabi Muhammad SAW). Maslahat yang dimaksud adalah maslahat yang secara umum ditunjuk oleh al-Qur'an dan hadis, namun tidak dapat dirujuk langsung kepada suatu ayat atau hadis baik melalui proses *bayâni* maupun *ta'lii*, melainkan hanya dirujuk kepada prinsip umum kemaslahatan yang dikandung oleh sejumlah nas.²³

Adapun dalil tentang ke-hujjah-an *al-maslahah al-mursalah* adalah sebagai berikut:

1. Sesungguhnya permasalahan tentang perbaikan manusia selalu muncul dan tidak pernah berhenti. Jika seandainya tidak menggunakan *al-maslahah al-mursalah* maka tidak dapat mengatur permasalahan-permasalahan yang baru yang timbul untuk memperbaiki manusia.

²² Muhammad bin Ali Al-Shaukani, *Irshad al-Fuhul Ila Tahqiq Al-Haq Min' Ilmi Al-Usul, Jilid 2*, (Beirut: Dar Al-kutub Al-ilmiyah, 1999),h.269.

²³Muhammad Ali Rusdi, Maslahat Sebagai Metode Ijtihad Dan Tujuan Utama Hukum Islam, *Jurnal Syari'ah Dan Hukum Diktum*, h. 163.

2. Sesungguhnya sudah banyak orang yang menggunakan masalahah almursalah, yakni dari para Sahabat, para Tabi'in dan para mujtahid. Mereka menggunakan masalahah al-mursalah untuk kebenaran yang dibutuhkan, seperti Sahabat Abu Bakar mengumpulkan mushaf-mushaf lalu dibukukan menjadi Al-Qur'an.

Mengenai berbagai persyaratan untuk membuat dalil masalahah almursalah yang akan diterapkan untuk menggali suatu hukum, ialah :

1. Hendaknya masalahah al-mursalah digunakan pada suatu obyek kebenaran yang nyata, tidak kepada obyek yang kebenarannya hanya dalam dugaan.
2. Hendaknya masalahah al-mursalah digunakan pada obyek yang bersifat universal bukan pada obyek yang bersifat individual/khusus.
3. Hendaknya tidak bertentangan dengan hukum syara' yang sudah ditetapkan oleh Nash atau Ijma'.²⁴

Syarat-syarat Masalahah Mursalah Masalahah mursalah sebagai metode hukum yang mempertimbangkan adanya kemanfaatan yang mempunyai akses secara umum dan kepentingan tidak terbatas, tidak terikat. Dengan kata lain masalahah mursalah merupakan kepentingan yang diputuskan bebas, namun tetap terikat pada konsep syari'ah yang mendasar. Karena syari'ah sendiri ditunjuk untuk memberikan kemanfaatan kepada masyarakat secara umum dan berfungsi untuk memberikan kemanfaatan dan mencegah kemazdaratan (kerusakan). Kemudian mengenai ruang lingkup berlakunya masalahah mursalah dibagi atas tiga bagian yaitu:

²⁴ Said Agil Husin Al-Munawar, *Membangun Metodologi Ushul Fiqh*, (Jakarta: PT.Ciputat Press, 2014),h.14.

- a. Al-Maslahah al-Daruriyah, (kepentingan-kepentingan yang esensi dalam kehidupan) seperti memelihara agama, memelihara jiwa, akal, keturunan, dan harta.
- b. Al-Maslahah al-Hajjiyah, (kepentingan-kepentingan esensial di bawah derajatnya al-maslahah daruriyyah), namun diperlukan dalam kehidupan manusia agar tidak mengalami kesukaran dan kesempitan yang jika tidak terpenuhi akan mengakibatkan kerusakan dalam kehidupan, hanya saja akan mengakibatkan kesempitan dan kesukaran baginya.
- c. Al-Maslahah al-Tahsiniyah, (kepentingan-kepentingan pelengkap) yang jika tidak terpenuhi maka tidak akan mengakibatkan kesempitan dalam kehidupannya, sebab ia tidak begitu membutuhkannya, hanya sebagai pelengkap atau hiasan hidupnya.²⁵

Untuk menjaga kemurnian metode masalah mursalah sebagai landasan hukum Islam, maka harus mempunyai dua dimensi penting, yaitu sisi pertama harus tunduk dan sesuai dengan apa yang terkandung dalam nash (Al-Qur'an dan Al-Hadits) baik secara tekstual atau kontekstual. Sisi kedua harus mempertimbangkan adanya kebutuhan manusia yang selalu berkembang sesuai zamannya. Kedua sisi ini harus menjadi pertimbangan yang secara cermat dalam pembentukan hukum Islam, karena bila dua sisi di atas tidak berlaku secara seimbang, maka dalam hasil istinbath hukumnya akan menjadi sangat kaku disatu sisi dan terlalu mengikuti hawa nafsu disisi lain. Sehingga dalam hal ini perlu adanya syarat dan standar yang benar dalam menggunakan masalah mursalah baik secara metodologi atau aplikasinya.

Dari ketentuan di atas dapat dirumuskan bahwa masalah mursalah dapat dijadikan sebagai landasan hukum serta dapat diaplikasikan dalam tindakan

²⁵ Hasbi Asy-Siddieqy, Falsafah Hukum Islam, (Jakarta: Bulan Bintang, 1975), h. 373.

sehari-hari bila telah memenuhi syarat sebagai tersebut di atas, dan ditambahkan masalah tersebut merupakan kemaslahatan yang nyata, tidak sebatas kemaslahatan yang sifatnya masih prasangka, yang sekiranya dapat menarik suatu kemanfaatan dan menolak kemudaratannya. Dan masalah tersebut mengandung kemanfa'atan secara umum dengan mempunyai akses secara menyeluruh dan tidak melenceng dari tujuan-tujuan yang dikandung dalam al-Qur'an dan al-Hadits.

2.3 Tinjauan Konseptual

2.3.1 *Siyasah Dusturiyah*

Siyasah dusturiyah merupakan bagian fiqh siyasah yang membahas masalah perundang-undangan negara. Dalam hal ini juga dibahas antara lain konsep-konsep konstitusi (undang-undang dasar negara dan sejarah lahirnya perundang-undangan dalam suatu negara), legislasi (bagaimana cara perumusan undang-undang), lembaga demokrasi dan syura yang merupakan pilar penting dalam perundang-undangan tersebut. Disamping itu, kajian ini juga membahas konsep negara hukum dalam siyasah dan hubungan timbal balik antara pemerintah dan warga negara serta hak-hak warga negara yang wajib dilindungi.²⁶

Secara bahasa *Siyasah* berasal dari kata *sasa*, *yasusu*, *siyasatun* yang berarti mengatur, mengurus dan memerintah atau pemerintahan, politik dan pembuatan kebijaksanaan. Pengertian secara kebahasaan ini mengisyaratkan bahwa tujuan *siyasah* adalah mengatur dan membuat kebijaksanaan atas sesuatu yang bersifat politis untuk mencapai sesuatu.²⁷ Secara terminologis, Abdul

²⁶ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasah, Kontekstualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta:Prenada media Group,2014),h.177.

²⁷ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasah, Kontekstualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta:Prenada media Group,2014),h.3.

Wahhab Khallaf mendefinisikan bahwa *siyasa* adalah pengaturan perundang-undangan yang diciptakan untuk memelihara ketertiban dan kemaslahatan.²⁸

2.3.2 Naskah Akademik

Naskah akademik merupakan hasil penelitian atau pengkajian hukum dan hasil penelitian lainnya terhadap suatu masalah tertentu yang dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah mengenai pengaturan masalah tersebut dalam suatu rancangan undang-undang, rancangan peraturan daerah provinsi, rancangan peraturan daerah kabupaten/Kota sebagai solusi terhadap permasalahan dan kebutuhan hukum di masyarakat yang dikaji secara teoritis dan sosiologis.²⁹

Berkaitan dengan hal dimaksud, dalam proses terbentuknya peraturan perundang-undangan, keberadaan naskah akademik mempunyai kedudukan yang kuat. Oleh karena itu untuk saat ini naskah akademik menjadi keharusan/wajib dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan terutama undang-undang.

Prof. Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa norma hukum hendak dituangkan dalam rancangan peraturan perundang-undangan dan benar-benar telah disusun berdasarkan pemikiran yang matang dengan pengkajian yang mendalam, yang bertujuan untuk kepentingan umum, bukan untuk kepentingan pribadi ataupun golongan.³⁰

²⁸ Muhammad Iqbal, *Fiqh Siyasa, Kontekstualisasi Doktrin Politik Islam*, (Jakarta: Prenada media Group, 2014), h.4.

²⁹ Lihat Pasal 1 angka (11) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011.

³⁰ Jimly Asshiddiqie, *Perihal undang-undang di Indonesia*, (Jakarta; sekretariat jendral mahkamah konstitusi Republik Indonesia, 2006), h.320.

2.3.3 Peraturan Daerah

Peraturan daerah adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) dengan persetujuan bersama kepala daerah (gubernur atau bupati/waliKota). Peraturan Daerah terdiri atas : Peraturan daerah provinsi dan Peraturan daerah kabupaten/Kota.



2.3 Kerangka Pikir

