

BAB IV

**ANALISIS PERTIMBANGAN MAJELIS HAKIM DALAM
MEMUTUS PERKARA MENURUT HUKUM ISLAM DAN
HUKUM POSITIF**

A. Persamaan Pertimbangan Majelis Hakim Dalam Memutus Perkara Menurut Hukum Positif dan Hukum Islam

Pemeriksaan suatu perkara juga memerlukan adanya pembuktian, dimana hasil dari pembuktian itu akan digunakan sebagai bahan pertimbangan dalam memutus perkara. Pembuktian merupakan tahap yang paling penting dalam pemeriksaan di persidangan. Pembuktian bertujuan untuk memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa / fakta yang diajukan itu benar-benar terjadi, guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Hakim tidak dapat menjatuhkan suatu putusan sebelum nyata baginya bahwa peristiwa / fakta tersebut benar-benar terjadi, yakni dibuktikan kebenarannya, sehingga nampak adanya hubungan hukum antara para pihak.¹ Selain itu, pada hakikatnya pertimbangan hakim hendaknya juga memuat tentang hal-hal sebagai berikut:

- a. Pokok persoalan dan hal-hal yang diakui atau dalil-dalil yang tidak disangkal.
- b. Adanya analisis secara yuridis terhadap putusan segala aspek menyangkut semua fakta / hal-hal yang terbukti dalam persidangan.

¹Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, cet. V, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004),hal.141.

- c. Adanya semua bagian dari petitum Penggugat harus dipertimbangkan / diadili secara satu demi satu sehingga hakim dapat menarik kesimpulan tentang terbukti / tidaknya dan dapat dikabulkan / tidaknya tuntutan tersebut dalam amar putusan.

Dasar hakim dalam menjatuhkan putusan pengadilan perlu didasarkan kepada teori dan hasil penelitian yang saling berkaitan sehingga didapatkan hasil penelitian yang maksimal dan seimbang dalam tataran teori dan praktek. Salah satu usaha untuk mencapai kepastian hukum kehakiman, di mana hakim merupakan aparat penegak hukum melalui putusannya dapat menjadi tolak ukur tercapainya suatu kepastian hukum.

Sedangkan dalam hukum islam *Fuqaha* berpandangan hakim dalam memutus perkara pada terdakwa harus dipertimbangkan terlebih dahulu. keputusan hakim berdasarkan pengetahuannya didasarkan pada pembuktian dan fakta yang di gali oleh hakim di persidangan, juga pengakuan yang terungkap dalam persidangan terhadap terdakwa pencurian tersebut atas pelanggaran yang telah di perbuatnya. Demikian itu karena ulama sepakat bahwa seorang hakim dapat memvonis perkara berdasarkan pengetahuannya dalam menetapkan baik atau cacatnya orang lain. Apabila saksi-sksi memberikan kesaksian yang berlawanan dengan pengetahuannya, maka hakim tersebut tidak boleh memvonis berdasarkan pengetahuannya itu, seorang hakim juga dapat memvonis perkara berdasarkan pengetahuannya dalam pengakuan lawan atau pengingkarannya. Kecuali Malik yang berpendapat bahwa hakim

harus mendatangkan dua orang saksi, bagi pengakuan lawan atau pengingkarannya.

Ulama juga sepakat bahwa hakim dapat mengeluarkan keputusan berdasarkan pengetahuannya dalam menguatkan alasan salah satu pihak atas pihak yang lain, jika dalam hal ini tidak terjadi perselisihan.

Kemudian mereka berselisih pendapat, apabila dalam persoalan tersebut terdapat perselisihan.

Menurut beberapa *fuqaha*, keputusannya tidak ditolak, apabila tidak menerobos / menyalahi ijmak.

Fuqaha menurut fuqaha lain, keputusan tersebut ditolak, apabila keputusannya itu berdasarkan qiyas, padahal masih ada dalil-dalil sam'i dan al-qur'an atau as-sunah yang bertentangan dengan qiyas. Dan dalil sam'i ini lebih tepat untuk dipakai. Kecuali jika qiyas tersebut dikuatkan oleh aturan-aturan pokok, sedang pengertian al-qur'an bersifat *muhtamal* (mengandung banyak penafsiran) dan hadis yang ada juga bukan hadis *mutawatir*.

Cara inilah yang harus dipakai oleh *fuqaha* yang lebih menguatkan qiyas atas hadis dalam suatu perkara, seperti yang umum dinisbatkan kepada Abu Hanifah berdasarkan kesepakatan *fuqaha*, dan dinisbatkan kepada Malik, meski masih diperselisihkan.

Fuqaha juga berselisih pendapat, apakah hakim dapat memvonis suatu perkara atas seseorang, berdasarkan pengetahuannya tanpa adanya saksi atau pengakuan, atau ia tidak dapat memvonis, kecuali dengan bukti dan pengakuan. Menurut Malik dan mayoritas pengikutnya, hakim tidak dapat

memvonis perkara, kecuali berdasarkan bukti-bukti atau pengakuan. Pendapat ini juga dipegangi oleh Ahmad dan Syuraih. Sedang menurut Syafe'i, Abu Hanifah, Abu Hanifah, Abu Tsaur dan segolongan fuqaha, hakim dapat memvonis perkara berdasarkan pengetahuannya.

Masing-masing dari kedua golongan tersebut mempunyai pendapat yang diteladani dari kalangan sahabat dan tabiin. Dan masing-masing mendasarkan pendapatnya kepada dalil sam'i dan logika rasional.

Fuqaha yang melarang mengeluarkan keputusan berdasarkan pengetahuan mengemukakan alasan, antara lain hadis mu'ammara dari az-Zuhri dari Urwah dari Aisyah r.a.:

أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَهْمٍ عَلَى صَدَقَةٍ فَلَا حَاهُ جُلٌّ فِي فَرِيضَةٍ فَوَقَعَ بَيْنَهُمَا شِجَاجٌ، فَأَتَوْا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرُوهُ فَأَعْطَاهُمُ الْأَرْضَ، ثُمَّ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنِّي خَاطَبْتُ النَّاسَ وَمُنْخِرٌ هُمْ أَنْكُمْ قَدْ رَضِيْتُمْ أَرْضِيْتُمْ؟ قَالُوا نَعَمْ، فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمِنْبَرَ، فَخَطَبَ النَّاسَ وَذَكَرَ الْقِصَّةَ وَقَالَ: أَرْضِيْتُمْ؟ قَالُوا: لَا، فَهَمَّ بِهِمُ الْمُهَاجِرُونَ، فَزَلَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَعْطَاهُمْ ثُمَّ صَعِدَ الْمِنْبَرَ فَخَطَبَ ثُمَّ قَالَ: أَرْضِيْتُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ. (أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَالنَّسَائِيُّ)

“Sesungguhnya Nabi Saw, mengutus Abu Jahm untuk memungut sedekah (zakat), kemudian ia dimusuhi oleh seseorang karena suatu kewajiban. Maka terjadilah diantara kedua orang itu luka-luka di kepala. Lalu mereka mendatangi Nabi Saw., dan mengabarkan peristiwa itu kepadanya. Nabi Saw., lantas memberikan denda kepada mereka. Kemudian Nabi Saw., berkata, ‘Sungguh aku akan berpidato kepada orang banyak dan akan mengabarkan kepada mereka bahwa kalian telah rida. Apakah kalian telah rida? Mereka menjawab, ‘Ya’. Maka Rasulullah Saw., naik ke mimbar, kemudian berpidato kepada orang banyak dan menuturkan kisah tersebut. Lalu beliau bertanya ‘Apakah kalian telah rida?’ Jawab mereka, ‘Tidak’. Maka golongan Muhajirin hendak menyerang mereka, lalu Rasulullah Saw., turun dari

mimbar dan memberi denda kepada mereka. Kemudian beliau naik ke mimbar lagi dan berpidato, kemudian bertanya, 'Apakah kalian telah rida?' Jawab mereka, 'Ya'. (HR. Abu Dawud dan Nasai).

Mereka mengatakan bahwa berdasarkan hadis ini, jelaslah bahwa Nabi Saw., tidak mengeluarkan keputusan berdasarkan pengetahuan Nabi Saw., sendiri. Pengertiannya, tuduhan berikutnya dalam berpikir menjadi otoritas hakim. Fuqaha juga sepakat bahwa tuduhan tidak baik itu mempunyai pengaruh pada ketetapan syarak. Misalnya antara lain, jumhur fuqaha berpendapat bahwa orang yang membunuh secara sengaja tidak menerima warisan dari orang yang dibunuhnya. Demikian pula penolakan fuqaha terhadap kesaksian seorang ayah atas anaknya. Dan hal-hal lain yang sudah maklum dalam pendapat jumhur fuqaha.

Sedang fuqaha yang membolehkan keputusan berdasarkan pengetahuan hakim berpegang pada dalil sam'i dan dalil logika. Dalil sam'i tersebut adalah hadis Aisyah berkenaan dengan kisah Hindun binti Utbah bin Rabi'ah dengan suaminya, Abu Sufyan bin Harb. Ketika itu Hindun mengadukan suaminya yang bernama Abu Sufyan itu kepada Nabi, lalu Nabi berkata kepada Hindun:

خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ. (أخرجه البخاري والنسائي)

"Ambillah harta yang dapat mencukupimu dan anak-anakmu dengan cara yang patut". (HR. Bukhari dan Nasai)

Perintah (keputusan) dalam hadis ini, tanpa terlebih dahulu mendengarkan penjelasan / kesaksian lawan Hindun, yaitu Abu Sufyan.

Secara logika jika seorang hakim dapat memvonis perkara berdasarkan keterangan saksi yang kebenarannya masih merupakan dugaan, tentu hakim juga lebih patut lagi memvonis perkara berdasarkan kebenaran yang ia yakini.

Abu Hanifah dan para pengikutnya mengecualikan perkara yang dapat diputuskan oleh hakim berdasarkan pengetahuannya. Menurut mereka dalam perkara hudud, hakim tidak boleh memvonis perkara hudud itu berdasarkan pengetahuannya. Tetapi dalam masalah lain itu dibolehkan. Selain itu, juga mengecualikan pengetahuan hakim yang dipakai untuk memvonis. Ia mengatakan, hakim boleh memvonis perkara berdasarkan pengetahuan yang ia peroleh pada saat mengadili, dan bukan berdasarkan yang ia ketahui sebelum mengadili.

B. Perbedaan pertimbangan majelis hakim dalam memutus perkara menurut hukum positif dan hukum islam

Dasar hakim dalam menjatuhkan putusan pengadilan perlu didasarkan kepada teori dan hasil penelitian yang saling berkaitan sehingga didapatkan hasil penelitian yang maksimal dan seimbang dalam tataran teori dan praktek. Salah satu usaha untuk mencapai kepastian hukum kehakiman, di mana hakim merupakan aparat penegak hukum melalui putusannya dapat menjadi tolak ukur tercapainya suatu kepastian hukum.

Pokok kekuasaan kehakiman diatur dalam Undang-undang Dasar 1945 Bab IX Pasal 24 dan Pasal 25 serta di dalam Undang-undang Nomor 48 tahun 2009. Undang-undang Dasar 1945 menjamin adanya sesuatu kekuasaan

kehakiman yang bebas. Hal ini tegas dicantumkan dalam Pasal 24 terutama dalam penjelasan Pasal 24 ayat 1 dan penjelasan Pasal 1 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009, yaitu kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Negara Republik Indonesia tahun 1945 demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.² Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka dalam ketentuan ini mengandung pengertian bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan ekstra yudisial, kecuali hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-undang Dasar 1945. Kebebasan dalam melaksanakan wewenang yudisial bersifat tidak mutlak karena tugas hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, sehingga putusannya mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia. Kemudian Pasal 24 ayat (2) menegaskan bahwa: kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah mahkamah konstitusi.³

Kebebasan hakim perlu pula dipaparkan posisi hakim yang tidak memihak (*impartial judge*) Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009. Istilah tidak memihak di sini haruslah tidak harfiah, karena dalam menjatuhkan putusannya hakim harus memihak yang benar. Dalam hal ini tidak diartikan

²*Ibid.*, Hal. 142.

³Andi Hamzah, *KUHP dan KUHP*, (Jakarta, Rineka Cipta, 1996), Hal.94.

tidak berat sebelah dalam pertimbangan dan penilaiannya. Lebih tepatnya perumusan UU No. 48 Tahun 2009 Pasal 5 ayat (1): “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”.⁴

Sedangkan pertimbangan hakim dalam islam *Fuqaha* yang melarang mengeluarkan keputusan berdasarkan pengetahuan mengemukakan alasan, antara lain hadis mu’ammarr dari az-Zuhri dari Urwah dari Aisyah r.a.:

أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَهْمٍ عَلَى صَدَقَةٍ فَلَا حَاهُ جُلٌّ فِي فَرِيضَةٍ فَوَقَعَ بَيْنَهُمَا شِجَاجٌ، فَأَتَوْا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرُوهُ فَأَعْطَاهُمْ الْأَرْضَ، ثُمَّ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنِّي خَاطَبْتُ النَّاسَ وَمُخْبِرُهُمْ أَنَكُمْ قَدْ رَضِيْتُمْ أَرْضِيْتُمْ؟ قَالُوا نَعَمْ، فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمِنْبَرَ، فَخَطَبَ النَّاسَ وَذَكَرَ الْقِصَّةَ وَقَالَ: أَرْضِيْتُمْ؟ قَالُوا: لَا، فَهَمَّ بِهِمُ الْمُهَاجِرُونَ، فَنَزَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَعْطَاهُمْ ثُمَّ صَعِدَ الْمِنْبَرَ فَخَطَبَ ثُمَّ قَالَ: أَرْضِيْتُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ. (أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَالنَّسَائِيُّ)

“Sesungguhnya Nabi Saw, mengutus Abu Jahm untuk memungut sedekah (zakat), kemudian ia dimusuhi oleh seseorang karena suatu kewajiban. Maka terjadilah diantara kedua orang itu luka-luka di kepala. Lalu mereka mendatangi Nabi Saw., dan mengabarkan peristiwa itu kepadanya. Nabi Saw., lantas memberikan denda kepada mereka. Kemudian Nabi Saw., berkata, ‘Sungguh aku akan berpidato kepada orang banyak dan akan mengabarkan kepada mereka bahwa kalian telah rida. Apakah kalian telah rida? Mereka menjawab, ‘Ya’. Maka Rasulullah Saw., naik ke mimbar, kemudian berpidato kepada orang banyak dan menuturkan kisah tersebut. Lalu beliau bertanya ‘Apakah kalian telah rida?’ Jawab mereka, ‘Tidak’. Maka golongan Muhajirin hendak menyerang mereka, lalu Rasulullah Saw., turun dari mimbar dan memberi denda kepada mereka. Kemudian beliau naik ke mimbar lagi dan berpidato, kemudian bertanya, ‘Apakah kalian telah rida?’ Jawab mereka, ‘Ya’.(HR. Abu Dawud dan Nasai).

⁴Ibid., Hal. 95.

Mereka mengatakan bahwa berdasarkan hadis ini, jelaslah bahwa Nabi Saw., tidak mengeluarkan keputusan berdasarkan pengetahuan Nabi Saw., sendiri. Pengertiannya, tuduhan berikutnya dalam berpikir menjadi otoritas hakim. Fuqaha juga sepakat bahwa tuduhan tidak baik itu mempunyai pengaruh pada ketetapan syarak. Misalnya antara lain, jumhur fuqaha berpendapat bahwa orang yang membunuh secara sengaja tidak menerima warisan dari orang yang dibunuhnya. Demikian pula penolakan fuqaha terhadap kesaksian seorang ayah atas anaknya. Dan hal-hal lain yang sudah maklum dalam pendapat jumhur fuqaha.

Sedang fuqaha yang membolehkan keputusan berdasarkan pengetahuan hakim berpegang pada dalil sam'i dan dalil logika. Dalil sam'i tersebut adalah hadis Aisyah berkenaan dengan kisah Hindun binti Utbah bin Rabi'ah dengan suaminya, Abu Sufyan bin Harb. Ketika itu Hindun mengadukan suaminya yang bernama Abu Sufyan itu kepada Nabi, lalu Nabi berkata kepada Hindun:

خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ. (أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ وَالنَّسَائِيُّ)

“Ambillah harta yang dapat mencukupimu dan anak-anakmu dengan cara yang patut”. (HR. Bukhari dan Nasai)

Perintah (keputusan) dalam hadis ini, tanpa terlebih dahulu mendengarkan penjelasan / kesaksian lawan Hindun, yaitu Abu Sufyan.

Secara logika jika seorang hakim dapat memvonis perkara berdasarkan keterangan saksi yang kebenarannya masih merupakan dugaan, tentu hakim juga lebih patut lagi memvonis perkara berdasarkan kebenaran yang ia yakini.

Abu Hanifah dan para pengikutnya mengecualikan perkara yang dapat diputuskan oleh hakim berdasarkan pengetahuannya. Menurut mereka dalam

perkara hudud, hakim tidak boleh memvonis perkara hudud itu berdasarkan pengetahuannya. Tetapi dalam masalah lain itu dibolehkan.

Selain dasar hukum di atas hakim dalam memutus perkara harus mempertimbangkan sebagai berikut:

1. Ijma'

Ijma' adalah persetujuan atau persesuaian pendapat para ahli mengenai suatu masalah pada suatu tempat di suatu masa. Dalam redaksi yang lebih sederhana, *ijma'* adalah consensus para ulama mengenai hukum suatu hal atau peristiwa konkrit. Ijma' dalam konteks hukum saat ini cukup sulit untuk diterapkan, mengingat keragaman budaya, asal-usul, pemikiran, dan kenyataan sosiologis lainnya menyebabkan para ulama sulit untuk mencapai ijma' hakiki seperti yang di implementasikan ulama-ulama terdahulu ketika struktur dan dinamika masyarakat masih bercirikan homogen.⁵

2. Qiyas

Qiyas atau dalam bahasa hukum kita dikenal dengan istilah analogi (*argumentum per analogiam*) adalah menyamakan hukum suatu hal atau peristiwa yang tidak terdapat ketentuannya di dalam al-Qur'an dan Sunnah Nabi dengan hal atau peristiwa lain yang sudah ada hukumnya, dikarenakan diantara keduanya terdapat kesamaan illat (penyebab atau alasan). Contoh sederhana untuk mendeskripsikan qiyas adalah hukum mengkonsumsi narkoba. Di dalam al-Qur'an tidak ada dalil yang mengatur tentang narkoba, yang ada hanyalah larangan meminum *khamr*. Dalam ijtihadnya, hakim

⁵*Ibid*, hlm. 26

menetapkan bahwa hukum mengkonsumsi narkoba adalah haram karena di antara narkoba dengan *khamr* ada kesamaan *illat*, yaitu sama-sama memabukkan dan / atau dapat menghilangkan kesadaran.

Berdasarkan pemaparan tersebut, dapat dipahami bahwa qiyas mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Ada dua hal atau peristiwa konkrit
- b. Salah satu hal atau peristiwa tersebut ada hukumnya di dalam al-Qur'an atau Sunnah Nabi, sementara satu hal atau peristiwa lainnya tidak ada
- c. Antara kedua peristiwa tersebut terdapat kesamaan *illat* (penyebab, alasan, dan / atau akibat)

3. Istidal

Istidal adalah menarik kesimpulan dari dua hal yang berlainan. Sebagai contoh, menarik kesimpulan dari norma hukum adat dengan syariat. Norma hukum adat yang telah lazim berlaku di masyarakat dan tidak bertentangan dengan syariat, maka dapat ditarik garis hukumnya untuk dijadikan salah satu ketentuan dalam hukum Islam. Contoh yang paling umum mengenai hal ini adalah konsep pembuktian yaitu Keterangan saksi.

Apabila keterangan saksi akan dijadikan sebagai alat bukti, maka ia harus memenuhi syarat-syarat sebagaimana diatur dalam pasal-pasal berikut ini

Pasal 185

Keterangan saksi sebagai alat bukti ialah apa yang saksi nyatakan di sidang pengadilan. Sebelum saksi memberikan keterangan dimuka sidang,

maka terlebih dahulu ia harus mengucapkan sumpah atau janji keteranga berikut ini sama dengan kitab Fiqh Murafaat dan kitab Bidayatul Muftahid yang telah di positifkan dalam hukum positif yaitu UU No 8 Tahun 1981 (pasal 185). Konsep harta bersama (gono gini) dalam adat sebagian besar masyarakat Indonesia. Konsep tersebut ternyata tidak bertentangan dengan syariat, dan karenanya dipositifkan dalam hukum Islam, juga dalam hukum positif Indonesia (pasal 85 kompilasi Hukum Islam, pasal 35 UU Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan, dan pasal 119 KUHPerdara).⁶

4. Mashlahah al mursalah

Mashlahah al mursalah penemuan hukum atas suatu hal atau peristiwa konkrit yang tidak terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah yang didasarkan pada pertimbangan kemashlahatan masyarakat atau kepentingan umum. Unsur kemanfaatan (kemashlahatan) masyarakat adalah parameter utama dalam metode penafsiran ini. Wahbah Zuhaili, sebagaimana dikutip oleh Abdul Manan mendefinisikan mashlahah mursalah sebagai upaya menemukan hukum dari beberapa sifat yang sejalan dengan tujuan syara', tetapi tidak dalil tertentu dari syara' yang membenarkan atau menggugurkan. Dengan ditetapkannya hukum demikian, maka akan tercapai kemashlahatan dan menghindari mafsadat (kerugian, kerusakan) dalam kehidupan masyarakat.

Dengan pengertian tersebut, penulis menyimpulkan bahwa dalam mashlahah mursalah, ada kehendak untuk menarik manfaat dan menghindari

⁶*Ibid*, hlm. 27

mafsadat. Dalam konteks hukum Islam, hal ini dikaitkan dengan daruriyah, yaitu kondisi darurat yang menuntut adanya perubahan hukum atau penyesuaian hukum terhadap hal atau peristiwa yang didalamnya mengandung keadaan darurat. Karena itu, penerapan mashlahah mursalah mencakup beberapa unsur, yaitu:

- a. Hal atau peristiwa yang diadili (menjadi pokok sengketa) belum diatur dalam al-Qur'an dan Sunnah
- b. Tidak ada nash (dalil, aturan) syar'i yang memerintahkan atau melarangnya
- c. Ada unsur kemashlahatan (kemanfaatan) yang tercapai jika hukum demikian diterapkan

Namun demikian, penerapan mashlahah mursalah tidak semudah yang dibayangkan. Hal ini disebabkan karena unsur kemashlahatan yang dipahami oleh sebagian besar masyarakat berbeda dengan kemashlahatan dalam konteks mashlahah mursalah ini. Paling tidak inilah dimaksudkan oleh Hasb ash Shiddieqy yang mengemukakan bahwa penerapan prinsip mashlahah harus benar-benar merupakan mashlahah haqiqiyah (kemanfaat yang sebenar-benarnya). Kemanfaat haqiqiyah disini diukur dari kesepakatan ahlul halli wal aqdhi bahwa hukum demikian benar-benar mendatangkan mashlahat dan sebesar-besarnya menolak mafsadat (kerugian, kerusakan) di masyarakat.

Sementara itu, Zaky ad Din Sya'ban, sebagaimana dikutip Abdul Manan, mengemukakan tiga syarat atau ketentuan yang harus diperhatikan bila mengemukakan mashlahah mursalah, yaitu:

- a. Pertama, kemashlahatan tersebut merupakan kemashlahatan yang tidak satupun dalil menolaknya
- b. Kedua, kemashlahatan tersebut harus merupakan hal yang konkrit, bukan sesuatu yang bersifat imajinatif atau samar, dan
- c. Ketiga, kemashlahatan harus bersifat umum, bukan pribadi atau orang per orang. Dalam arti bahwa kemashlahatan dimaksud bukan kemashlahatan pribadi, melainkan kemashlahatan bersama (masyarakat).⁷

C. Analisis pertimbangan majelis hakim dalam memutus perkara menurut hukum positif dan hukum islam

Majelis hakim dalam memutus perkara menurut hukum positif haruslah sesuai dengan ketentuan-ketentuan undang-undang pokok persoalan dan hal-hal yang diakui atau dalil-dalil yang tidak disangkal, adanya analisis secara yuridis terhadap putusan segala aspek menyangkut semua fakta / hal-hal yang terbukti dalam persidangan, adanya semua bagian dari petitum Penggugat harus dipertimbangkan/diadili secara satu demi satu sehingga hakim dapat menarik kesimpulan tentang terbukti / tidaknya dan dapat dikabulkan /

⁷*Ibid*, hlm. 27-28

tidaknya tuntutan tersebut dalam amar putusan. Jadi pertimbangan hakim dilakukan secara normatif.

Sedangkan menurut hukum islam pertimbangan hakim dalam memutus perkara tidak hanya sesuai dengan aturan normatif saja, tetapi mengambil dari aspek-aspek yang lain seperti keadaan terdakwa, latar belakang, dan alasan-alasan terdakwa melakukan tindak pidana. Sehingga pertimbangan hakim dalam memutus perkara dalam hukum islam sesuai dengan perkembangan dan sebab terjadi tindak kejahatan di masyarakat.