

**ANALISIS PUTUSAN *JUDICIAL REVIEW* MAHKAMAH KONSTITUSI
NO. 69/PUU-XIII/2015 ATAS PASAL 29 AYAT (1) UU NO. 1 TAHUN 1974
MENGENAI PERJANJIAN PERKAWINAN PERSPEKTIF
MAQAŞID AL-SHARI'AH JASSER AUDA**

TESIS

MOCHAMMAD ARIFIN

15781021



**PROGRAM MAGISTER AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYAH
PASCASARJANA
UINVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG
2017**

**ANALISIS PUTUSAN *JUDICIAL REVIEW* MAHKAMAH KONSTITUSI NO.
69/PUU-XIII/2015 ATAS PASAL 29 AYAT (1) UU NO. 1 TAHUN 1974
MENGENAI PERJANJIAN PERKAWINAN PERSPEKTIF *MAQAŞID AL-
SHARI'AH* JASSER AUDA**

TESIS

Diajukan Kepada:

**Program Pascasarjana UIN Maulana Malik Ibrahim Malang
Untuk memenuhi salah satu persyaratan dalam memperoleh gelar
Magister Hukum (M.H)
Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah**

Oleh:

MOCHAMMAD ARIFIN

NIM: 15781021

Dosen Pembimbing:

Prof. Dr. Isrok, S.H., M.S.

NIP. 194610181976031001

Dr. Suwandi, M.H.

NIP. 196104152000031001

PROGRAM STUDI AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYAH

PASCASARJANA UNIVERSITAS ISLAM NEGERI

MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG

2017

PERSETUJUAN UJIAN TESIS

NAMA : MOCHAMMAD ARIFIN
NIM : 15781021
Program Studi : Al-Ahwal Al-Syakhsiyah
Judul : ANALISIS PUTUSAN *JUDICIAL REVIEW* MAHKAMAH
 KONSTITUSI NO. 69/PUU-XIII/2015 ATAS PASAL 29 AYAT
 (1) UU NO. 1 TAHUN 1974 MENGENAI PERJANJIAN
 PERKAWINAN PERSPEKTIF *MAQAŞID AL-SHARI'AH*
 JASSER AUDA

Setelah diperiksa dan dilakukan perbaikan seperlunya, Tesis dengan judul sebagaimana di atas disetujui untuk diajukan ke sidang Tesis

Pembimbing I


 Prof. Dr. Isrok, S.H., M.S.
 NIP. 194610181976031001

Pembimbing II


 Dr. Suwandi, M.H.
 NIP. 196104152000031001

Mengetahui,
 Ketua Program Studi Al-Ahwal Al-Syakhsiyah


 Dr. Hj. Umi Sumbulah, M.Ag.
 NIP. 197108261998032002



KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG
PASCASARJANA

Jalan Ir. Soekarno No. 1 Batu 65323. Telepon & Faksimile (0341) 531133
Website: <http://pasca.uin-malang.ac.id>, Email: pps@uin-malang.ac.id

LEMBAR
PERSETUJUAN DEWAN PENGUJI

Tesis atas nama mahasiswa dibawah ini telah diuji dan dipertahankan di hadapan Dewan Penguji pada tanggal 21 Desember 2017 dan dinyatakan lulus dengan nilai A..

Nama : MOCHAMMAD ARIFIN
NIM : 15781021
Program Studi : Al-Ahwal Al-Syakhsiyah
Judul Tesis : ANALISIS PUTUSAN *JUDICIAL REVIEW* MAHKAMAH KONSTITUSI NO. 69/PUU-XIII/2015 ATAS PASAL 29 AYAT (1) UU NO. 1 TAHUN 1974 MENGENAI PERJANJIAN PERKAWINAN PERSPEKTIF *MAQĀṢID AL – SHARĪAH* JASSER AUDA

Dewan Penguji :

No.	Nama	Tanggal Persetujuan	Tanda Tangan
1.	Penguji Utama Dr. Zaenul Mahmudi, M.A. NIP : 197306031999031001	5 Januari 2018	
2.	Ketua Penguji Dr. H. Moh. Toriquddin, Lc., M.H.I. NIP : 197903062006041001	9 Januari 2018	
3.	Pembimbing I/Penguji Prof. Dr. Isrok, SH. MS. NIP : 194610181976031001	11 Jan 2018	
4.	Pembimbing II/Sekretaris Dr. Suwandi, M.H. NIP : 196104152000031001	9 Januari 2018	



Mengetahui :

Direktur Pascasarjana

Prof. Dr. H. Mulyadi, M.Pd.I.
NIP. 195507171982031005

LEMBAR PERNYATAAN ORISINALITAS PENELITIAN

Saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : MOCHAMMAD ARIFIN

NIM : 15781021

Program Studi : Al-Ahwal Al-Syakhshiyah

Alamat : JL. R.A Kartini No. 44, Rt.01, Rw.02, Kel. Kaweron, Kec. Talun, Kab. Blitar

Judul Tesis : Analisis Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Atas Pasal 29 Ayat (1) UU Perkawinan No. 1 Tahun 1974 Mengenai Perjanjian Perkawinan Perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jassir Auda

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa dalam hasil penelitian saya ini tidak terdapat unsur-unsur duplikasi karya penelitian atau karya ilmiah yang pernah dilakukan atau dibuat oleh orang lain, kecuali yang secara tertulis dikutip dalam naskah ini dan disebutkan dalam sumber kutipan dan daftar pustaka.

Apabila di kemudian hari ternyata hasil penelitian ini terbukti terdapat unsur-unsur penjiplakan dan ada klaim dari pihak lain, maka saya bersedia untuk diproses sesuai dengan aturan perundang-undangan yang berlaku.

Demikian surat pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya dan tanpa ada paksaan dari siapapun.

Malang, 21 Desember 2017



Hormat saya,

MOCHAMMAD ARIFIN

MOTTO

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ
الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ۚ إِنَّ
اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu, (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.”

ABSTRAK

Arifin, Mochammad. 2017. *Analisis Putusan Judicial Review Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Atas Pasal 29 Ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 Mengenai Perjanjian Perkawinan Perspektif Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda. Tesis, Program Magister Al-Ahwal Al-Syakhsyah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang 2017. Pembimbing: (1) Prof. Dr. Isrok, S.H., M.S. (2) Dr. Suwandi, M.H.

Kata Kunci: Analisis Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015, Perjanjian Perkawinan, *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 yang berisi tentang perlonggaran makna perjanjian perkawinan atas pasal 29 UU No.1 Tahun 1974 Mengenai perjanjian perkawinan merupakan suatu pembaruan hukum khususnya dalam ranah hukum keluarga. Mahkamah Konstitusi sebagai institusi penyelenggara tentu mempunyai kewenangan dalam pengujian Undang-Undang yang inkonstitusional dengan UUD 1945.

Tujuan penelitian ini adalah menganalisis dan memformulasikan tujuan serta maksud tinjauan *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda, hukum progresif dan kepastian hukumnya terhadap Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 atas perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan. Rumusan masalah yang dianalisis : (1) implikasi hukum putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 terhadap makna perjanjian perkawinan perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda. (2) analisis putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda.

Jenis penelitian ini adalah penelitian normatif, dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statue approach*). Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer yakni putusan Mahkamah Konstitusi dan bahan hukum sekunder adalah sumber literasi pendukung. Setelah pengumpulan bahan hukum, maka akan dianalisis bahan hukum tersebut dengan metode kualitatif dan *content analysis* yang memberikan deskripsi dengan analisis atas dasar teori.

Hasil penelitian ini adalah pertama implikasi hukum Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda, diantaranya (1) Implikasi hukum atas jaminan hak secara konstitusional terhadap perjanjian perkawinan pasca Putusan MK perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda, yaitu realisasi atas jaminan hak secara konstitusional telah tertuang dalam pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan 1/1974 yang telah diperbarui, maka Mahkamah Konstitusi telah memperbarui sebuah hukum positif tentang perkawinan, khususnya perlonggaran terhadap perjanjian perkawinan di Indonesia. (2) Implikasi hukum perlindungan harta bersama pasca putusan MK perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda. Tujuan *Maqāṣid*-nya adalah nilai pemberdayaan kebutuhan masyarakat secara hukum, dan sebagai pembaruan hukum tentu berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.

Kedua, analisis putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda yaitu, (1) Menuju Sebuah Interpretasi Nilai *Maqāṣid al-Sharī'ah* dalam putusan Mahkamah Konstitusi. Spirit hukum progresif dengan *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda di mana keduanya sama-sama memperjuangkan cita-cita hukum yakni keadilan. (2) Analisis perkembangan Putusan Mahkamah Konstitusi Pasca *Judicial Review*. Pembaruan norma yang terdapat dalam diktum putusan yaitu menjawab dari maksud (*human development*) pemberdayaan manusia. Kaitannya dengan suatu perundang-undangan, maka peneliti artikan bahwa hal tersebut adalah sebuah pemberdayaan hukum untuk manusia (*The Law Development of Human*).

ABSTRACT

Arifin, Mochammad. 2017. An Analysis of Judicial Review Decision of the Constitutional Court of number of 69 / PUU-XIII / 2015 of Article 29 of the Marriage Law of 1974 about Marriage Agreement according to the perspective *Maqāṣid al-sharī'ah of Jasser Auda*. Thesis, Master Program of Al-Ahwal Al-Syakhsiyah, post-Graduate of State Islamic University of Maulana Malik Ibrahim of Malang. 2017. Supervisor: (1) Prof. Dr. Isrok, S.H., M.S. (2) Dr. Suwandi, M.H.

Keywords: An Analysis of Judicial Review Decision of the Constitutional Court of number of 69 / PUU-XIII / 2015, Marriage Agreement, *Maqāṣid al-sharī'ah of Jasser Auda*

Decision of Judicial Review of the Constitutional Court of number of 69 / PUU-XIII / 2015 which contained about the meaning allowance of marriage agreement on article 29 of the Marriage Law of number of year of 1974 was a legal reform especially in the Islamic family law. The Constitutional Court as the organizing institution certainly has the authority in testing unconstitutional law with UUD 1945.

The purposes of the research are to analyze and formulate the objectives and the purposes of *Maqashid al-Shari 'ah* review according to Jasser Auda, progressive law and legal certainty toward the decision of Judicial Review of the Constitutional Court of number of 69 / PUU-XIII / 2015 of the marriage agreement allowance during the mixed marriage bond. The formulation of the problems are: (1) the law implications of judicial review of the Constitutional Court of number of 69 / PUU-XIII / 2015 against the Marriage Agreement according to the perspective *Maqāṣid al-sharī'ah of Jasser Auda*. (2) the analysis of judicial review of the Constitutional Court of number of 69 / PUU-XIII / 2015 against the meaning allowance of the marriage agreement according to the perspective *Maqāṣid al-sharī'ah of Jasser Auda*.

The type of research is normative legal research using a statue approach. The law materials are the primary legal material, namely the decision of the Constitutional Court and the secondary law material is supporting literacy source. After collecting the law materials, it will be analyzed with a qualitative analysis that provides word descriptions toward research findings.

The research results were, the first, an analysis of the law implications of judicial review of the Constitutional Court of number of 69 / PUU-XIII / 2015 according to the perspective *Maqāṣid al-sharī'ah of Jasser Auda* , namely (1) the law implications of constitutional rights guarantee against mixed marriage agreement after the Constitutional Court's decision of *Maqashid al-Shari 'ah* perspective for *Jasser Auda*, namely the realization of constitutional rights guaranteed that has been set in Article of 29 paragraphs of (1), (3), and (4) of 1/1974 about marriage law and it had been updated, the Constitutional Court has renewed a positive law about marriage, especially the relaxation of marriage agreements in Indonesia. (2) The law implications of the protection of common property after the Constitutional Court's decision of perspective of *Maqāṣid al-sharī'ah of Jasser Auda*. The purposes of *Maqāṣid* are the value of empowering of society's needs legally, and as a legal reform that stands from an assumption that law is an institution that is aimed at bringing people to a justice, prosperous and happy life.

Second, the analysis of the Constitutional Court decision of number of 69 / PUU-XIII / 2015 of perspective *Maqāṣid al-shari'ah of Jasser Auda*, namely, (1) bringing up the interpretation of *Maqāṣid al-shari'ah* values in the Constitutional Court decision. The spirit of progressive law with *Maqāṣid al-shari'ah of Jasser Auda* in which both equally champion the legal ideal, namely the justice. (2) Analysis of the development of the Constitutional Court of Post-Judicial Review Decision. Renewing the norm in the dictum of decision is to answer from the intention (human development) of human empowerment. Relating to the legislation, then the researcher means that it is a legal empowerment for human being (The Law development of Human).

ملخص البحث

عارفين، محمد. 2017. تحليل قرارات المراجعة القضائية للمحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015 على المادة 29 عن قانون الزواج لعام 1974 بشأن اتفاق الزواج للمنظورة النظرية المقاصد الشريعة لجاسر عودة. الرسالة الماجستير، برنامج ماجستير الأحوال الشخصية. الدراسات العليا. الجامعة الإسلامية الحكومية مولانا مالك إبراهيم مالانج، 2017. المشرف: (1) الفروفيشور الدكتور إسرق، الماجستير . (2) الدكتور سوندي، الماجستير

الكلمات الرئيسية: تحليل قرارات المراجعة القضائية للمحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015، اتفاق الزواج

تحليل قرارات المراجعة القضائية للمحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015 عن تخفيف معنى الاتفاق الزواج على المادة 29 من قانون الزواج لعام 1974 هو إصلاح قانوني في قانون الأسرة الإسلامية خاصة. المحكمة الدستورية كمؤسسة المنظمين تجب ان تكون بالتأكيد السلطة في اختبار القانون غير دستوري مع القانون 1945.

ويكون الاهداف البحث ان يحلل ويتحقق الأهداف والاستعراضات المقاصد الشريعة لجاسر عودة، والقانون التدريجي واتفاق القانوني على قرارات المراجعة القضائية المحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015 في تخفيف معنى اتفاق الزواج . صياغات المشاكل هي: (1) الآثار القانونية للمراجعة القضائية للمحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015 على عقد الزواج للمنظورة النظرية المقاصد الشريعة لجاسر عودة. (2) تحليل المراجعة القضائية للمحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015 على تخفيف معنى اتفاق الزواج للمنظورة النظرية المقاصد الشريعة لجاسر عودة

هذا النوع البحث هو البحث القانونية المعيارية باستخدام نهج قانوني (statue approach). والمواد القانونية المستخدمة هي المادة القانونية الأساسية، وهي قرارات المحكمة الدستورية ومواد القانونية الثانوية هي مصدر الأمية الداعمة. ثم تحلل المواد القانونية مع التحليل النوعي الذي يقدم أوصاف مع الكلمات على النتائج البحث

نتائج البحث هي أولاً، الآثار القانونية للمراجعة القضائية للمحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015 للمنظورة النظرية المقاصد الشريعة لجاسر عودة هي (1) الآثار القانونية على ضمان الحقوق دستورية ضد اتفاق الزواج بعد قرارات المحكمة الدستورية المقاصد الشريعة لجاسر عودة ، أي أعمال على ضمان الحقوق الدستورية التي كتبت في الفصل 29 للفقرة (1) و (3) و (4) من القانون الزواج في 1974/1، التي حددت المحكمة الدستورية قانوناً إيجابياً عن الزواج، ولا سيما تخفيف اتفاق الزواج في إندونيسيا والغرض من المقاصد هو قيمة التمكين الشرعي لاحتياجات المجتمع قانونياً و أن القانون هو مؤسسة تهدف إلى جلب الناس إلى حياة عادلة ومزدهرة وسعيدة. (2) ثانياً، تحليل قرارات المحكمة الدستورية رقم 69/PUU-XIII/2015 للمنظورة المقاصد الشريعة لجاسر عودة، فهي ، (1) تقديم التفسير المقاصد الشريعة لجاسر عودة في قرارات المحكمة الدستورية روح القانون التدريجي مع مقاصد الشريعة لجاسر عودة حيث يتساوى كلاهما في المثل القانوني للعدالة. (2) تحليل التقدم المحرز في قرار المحكمة الدستورية بعد المراجعة القضائية بتجديد القاعدة الواردة في القرار اي الجواب والغرض (التنمية البشرية) لتمكين البشري. العلاقة مع التشريع، ثم يعني الباحث أنه هو التمكين القانوني للإنسان (تطوير القانون الإنسان).

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah segala puji bagi Allah SWT. Tuhan Semesta Alam, yang telah mencurahkan rahmat, hidayah, taufik serta inayah-Nya kepada penulis sehingga dapat menyelesaikan tesis yang berjudul **“ANALISIS PUTUSAN *JUDICIAL REVIEW* MAHKAMAH KONSTITUSI NO. 69/PUU-XIII/2015 ATAS PASAL 29 AYAT (1) UU NO. 1 TAHUN 1974 MENGENAI PERJANJIAN PERKAWINAN PERSPEKTIF *MAQASID AL-SHARI’AH* JASSER AUDA”**. ”Pada Fakultas Pascasarjana Universitas Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

Sholawat serta salam semoga tetap tercurahkan kepada junjungan kita Nabi Muhammad SAW. yang telah menjadi tauladan serta menunjukkan jalan terhadap manusia pada jalan kebenaran menggapai ridho-Nya, beserta keluarga, sahabat, dan kepada seluruh umat Islam di seluruh alam dunia.

Penulis mengucapkan banyak terimakasih kepada Rektor UIN Malang Prof. Dr. H. Abdul Haris, M.Pd.I. dan para pembantu rektor, Direktur Pascasarjana UIN Malang Prof. Dr. Baharuddin, M.Pd.I. serta Ketua program studi Al-Ahwal Al-Syakhsiyah Ibu Dr. Hj. Umi Sumbullah, M.Ag. dan tidak lupa penguji tesis ini Dr. Zaenul Mahmudi, M.A., Dr. Moh. Toriqquddin, M.H.I. beserta pembimbing tesis ini beliau (1) Prof. Dr. Isrok, S.H., M.S. (2) Dr. Suwandi, M.H. Yang telah banyak memberikan bimbingan serta masukan untuk kebaikan tesis ini. Kepada kedua orang tua yang telah memberikan doa, semangat dan bantuan materil sehingga dapat menyelesaikan tesis ini, serta pada teman dan pihak-pihak terkait yang telah membantu terselesainya tesis ini, baik bantuan yang berupa materi maupun doa dan lainnya. Semoga Allah SWT. Yang memberikan balasan dengan sebaik-baiknya balasan, Amin.

Semoga tesis yang penulis susun ini dapat menjadi salah satu keilmuan yang banyak manfaatnya dan tentunya tesis ini masih banyak kekurangan, sehingga perlu adanya penyempurnaan-penyempurnaan baik melalui saran yang membangun atau tindakan pengembangan dan sebagainya.

Malang, 21 Desember 2017

MOCHAMMAD ARIFIN

PERSEMBAHAN

Karya ini peneliti persembahkan pertama, kepada ayahanda H. Imam Nawawi dan Ibunda Hj. Arofah tersayang yang selalu memberikan apapun yang diperlukan untuk kebahagiaan anaknya, meskipun peneliti sadar, bahwa persembahan ini tidak ada apa-apanya bila dibandingkan dengan apa yang beliau berdua berikan.

Kedua, karya ini peneliti persembahkan kepada seluruh lapisan masyarakat khususnya dalam rumah tangga, sehingga mengurangi kealpaan terhadap suatu aturan yang sebenarnya melindungi serta menuju kemashlahatan dalam sebuah rumah tangga yang religius dan bermartabat.

Ketiga, karya ini peneliti persembahkan kepada seluruh kalangan akademik baik dosen, mahasiswa maupun pencari ilmu demi tercapainya bangsa dan keluarga yang bermoral dan berpendidikan sesuai dengan cita-cita bangsa.

Keempat, karya ini peneliti persembahkan kepada teman seperjuangan yang telah mendoakan serta memotivasi terselesainya tesis ini dengan baik diantaranya Moh. Rokib M.H., Moh. Ali, M.H., Abdul Hadi H., M.H., Ahmad Fakhruddin, M.H., M. Sokhan Ulin N. M.H., Abdul Hakim, M.H., Ahkam Riza Kafabih, M.H., Amri, M.H., Milly Rizka Ariestantia, M.H., Vara Wardani, M.H., Rambona Putra, M.H., Ahmad Makki, M.H., Ahmad Syuhada, Lc., M.H., M. Syekh Ihsan S., M.H., Bambang K., M.H., beserta seluruh teman-teman seperjuangan Al-Ahwal Al-Syakhsiyah Pascasarjana UIN Malang angkatan 2016 genap yang tidak bisa kami sebutkan satu-persatu.

Kelima, karya ini peneliti persembahkan kepada calon keluarga peneliti dengan ridho dari Allah SWT melalui restu orang tua, dengan adanya penambahan ilmu dari tesis ini kelak akan dapat membantu membina serta melindungi keluarga dengan harapan sakinah, mawaddah dan rohmah.

DAFTAR ISI

SAMPUL LUAR.....	i
SAMPUL DALAM.....	ii
PERSETUJUAN UJIAN TESIS	iii
LEMBAR PERSETUJUAN DEWAN PENGUJI	iv
LEMBAR PERNYATAAN ORISINALITAS PENELITIAN	v
MOTTO.....	vi
ABSTRAK.....	vii
KATA PENGANTAR.....	x
PERSEMBAHAN.....	xi
DAFTAR ISI.....	xii
PEDOMAN TRANSLITERASI.....	xv
DAFTAR TABEL DAN SKEMA	xix
 BAB I PENDAHULUAN	 1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah	15
C. Tujuan Penelitian.....	15
D. Manfaat Penelitian.....	15
E. Originalitas Penelitian	16
F. Definisi Operasional.....	25
G. Sistematika Pembahasan	27
 BAB II KAJIAN PUSTAKA	 29
A. Tinjauan Mahkamah Konstitusi	29
1. Definisi dan Riwayat Pembentukan MK Di Indonesia	29
2. Fungsi atau Tugas Mahkamah Konstitusi	30
3. Wewenang Mahkamah Konstitusi.....	31
4. Asas dan Sumber Hukum Acara Mahkamah Konstitusi	33
B. Tinjauan <i>Judicial Review</i>	36
1. Prinsip Hukum Beracara.....	37
2. Pengujian Permohonan dan Gugatan.....	39
3. Alasan Pengujian <i>Judicial Review</i>	40
4. Legal Standing Pemohon.....	41

5. Amar Putusan	44
C. Perjanjian Perkawinan Di Indonesia	47
1. Dasar Hukum Perjanjian Perkawinan dalam Perkawinan Campuran	47
2. Pencatatan Perkawinan	49
3. Perjanjian Perkawinan	50
D. <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Jasser Auda	53
1. Biografi Jasser Auda.....	53
2. Pemikiran <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Jasser Auda	55
3. Konsep <i>Maqāṣid</i> Kaitannya Dengan 'Illah	61
4. <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Berbasis Sistem.....	64
5. <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> , Hukum Progresif dan Kepastian Hukum: Konsep Baru Menuju Konstitusional Religius	79
E. Kerangka Berpikir	85
BAB III METODE PENELITIAN	88
A. Jenis Penelitian Hukum	88
B. Pendekatan Hukum.....	89
C. Bahan Hukum	92
D. Pengumpulan Bahan Hukum.....	93
E. Pengolahan Bahan Hukum	94
F. Metode Analisis Hukum.....	94
BAB IV PAPARAN BAHAN HUKUM DAN HASIL PENELITIAN.....	97
A. Mahkamah Konstitusi Sebagai Lembaga Progresif Mengawal Konstitusi Negara	97
1. Urgensi Kewenangan Mahkamah Konstitusi Sebagai Landasan Konstitusi Negara	98
2. Eksistensi <i>Judicial Review</i> Sebagai Sarana Pengujian Konstitusional.....	107
B. Menakar Putusan <i>Judicial Review</i> Dalam Perspektif Ilmu Hukum	117
1. Penafsiran Konstitusi Sebagai Metode Penemuan Hukum	120
2. Menakar Putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Dalam Pemaknaan Hukum Progresif	129
3. Menakar Putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Dalam Pemaknaan Kepastian Hukum.....	136
C. Perlonggaran Makna Perjanjian Perkawinan Terhadap Pasal 29 Ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974	140

BAB V PEMBAHASAN	148
A. Menuju Implikasi Hukum Putusan <i>Judicial Review</i> Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Terhadap Makna Perjanjian Perkawinan	148
1. Implikasi Hukum Atas Jaminan Hak Secara Konstitusional Terhadap Perjanjian perkawinan Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 Perpektif <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Jasser Auda	153
2. Implikasi Hukum Atas Perlindungan Harta Bersama Dalam Perjanjian Perkawinan Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Jasser Auda	174
B. Analisis Putusan <i>Judicial Review</i> Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif Nilai <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Jasser Auda	199
1. Menuju Sebuah Interpretasi Nilai <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi	204
2. Perkembangan Pasca Putusan <i>Judicial Review</i> Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Dalam Nilai <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> Jasser Auda ...	227
BAB VI PENUTUP	239
A. Simpulan	239
B. Saran	242
Daftar Pustaka	243
Lampiran	

PEDOMAN TRANSLITERASI

A. Umum

Transliterasi merupakan pemindahalihkan tulisan Arab ke dalam tulisan Indonesia (Latin), bukan terjemahan Bahasa Arab ke dalam Bahasa Indonesia. Termasuk dalam kategori ini ialah nama Arab dari Bangsa Arab, sedangkan nama Arab dari Bangsa selain Arab ditulis sebagaimana ejaan bahasa nasional, atau sebagaimana yang tertulis dalam buku yang menjadi rujukan. Penulisan judul buku dalam *footnote* maupun daftar pustaka, tetap menggunakan ketentuan transliterasi.

Transliterasi yang digunakan Pascasarjana UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, yaitu merujuk pada *transliteration of Arabic words and names used by the Institute of Islamic Studies, McGill University*.

B. Konsonan

ا		Tidak dilambangkan	ض		Dl
ب		B	ط		t
ت		T	ظ		ḍ
ث		Th	ع		(,) koma menghadap ke atas
ج		J	غ		Gh
ح		h	ف		F
خ		Kh	ق		Q
د		D	ك		K

ذ		Dh	ل		L
ر		R	م		M
ز		Z	ن		N
س		S	و		W
ش		Sh	هـ		H
ص		ṣ	ي		Y

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak di awal kata maka dengan transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan, namun apabila terletak ditengah atau akhir kata, maka dilambangkan dengan tanda koma di atas (,,), berbalik dengan koma (,,) untuk pengganti lambang “ع”.

C. Vokal, Panjang dan Diftong

Setiap penulisan Bahasa Arab dalam bentuk tulisan latin vokal fathah ditulis dengan “a”, *kasrah* dengan “i”, *ḍammah* dengan “u”, sedangkan bacaan panjang masing-masing ditulis dengan cara berikut:

Vokal Pendek		Vokal Panjang		Diftong	
ا	A	إ	a<	أَي	Ay
ي	I	ي	i>	أَو	Aw
و	U	و	u>	أُ	ba ^u

Vokal (a) panjang		Ā	Misalnya	قَالَ	Menjadi	qāla
Vokal (i) panjang		Ī	Misalnya	قِيلَ	Menjadi	qīla

Vokal (u) panjang		Ū	Misalnya	دُون	Menjadi	Dūna
-------------------	--	---	----------	------	---------	------

Khusus untuk bacaan ya“ nisbat, maka tidak boleh digantikan dengan “ī”, melainkan tetap dituliskan dengan “iy” agar dapat menggambarkan ya“ nisbat akhir. Begitu juga untuk suara diftong “aw” dan “ay”. Perhatikan contoh berikut:

Diftong (aw)		اَوْ	Misalnya		Menjadi	qawlun
Diftong (ay)		اَيَّ	Misalnya		Menjadi	Khayrun

Bunyi hidup (harakah) huruf konsonan akhir pada sebuah kata tidak dinyatakan dalam transliterasi. Transliterasi hanya berlaku pada huruf konsonan akhir tersebut. Sedangkan bunyi (hidup) huruf akhir tersebut tidak boleh ditransliterasikan. Dengan demikian maka kaidah gramatika Arab tidak berlaku untuk kata, ungkapan atau kalimat yang dinyatakan dalam bentuk transliterasi latin. Seperti:

Khawāriq al-„āda, bukan *khawāriqu al-„ādati*, bukan *khawāriqul-„ādat*; *Inna al-dīn „inda Allāh al-Īslām*, bukan *Inna al-dīna „inda Allāhi al-Īslāmu*, bukan *Innad dīna „indaAllāhil-Īslāmu* dan seterusnya.

D. Ta‘marbūṭah (ة)

Ta‘marbūṭah ditransliterasikan dengan “t” jika berada ditengah kalimat tetap apabila Ta‘marbūṭah tersebut berada di akhir kalimat maka ditransliterasikan dengan menggunakan “h” misalnya الرسالة المدرسية menjadi *al- risalat lil al-mudarrisah*, atau apabila berada di tengah-tengah kalimat yang terdiri dari susuna *muḍaf* dan *muḍaf ilayh*, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “t” yang disambungkan dengan kalimat berikutnya, misalnya menjadi *fī raḥmatillāh*. Contoh lain: *Sunnah sayyi“ah*, *naẓrah „āmmah*, *al-kutub al-muqaddah*, *al-ḥādīth al- mawḍū“ah*, *al-maktabah al- miṣrīyah*, *al-siyāsah al-shar“īyah* dan seterusnya.

E. Kata Sandang dan Lafaz al-Jalālah

Kata sandang berupa “al” (ال) ditulis dengan huruf kecil, kecuali terletak di awal kalimat, sedangkan “al” dalam lafaz al-jalālah yang berada di tengah-tengah kalimat yang disandarkan (izafah) maka dihilangkan. Perhatikan contoh- contoh berikut ini:

1. Al-Imām al-Bukhāriy mengatakan...
2. Al-Bukhāriy dalam muqaddimah kitabnya menjelaskan...
3. Maṣaʿ Allāh kāna wa mā lam yaṣaʿ lam yakun.
4. Billāh „azza wajalla.

Daftar Tabel dan Skema

Tabel 1.1 : Perbedaan Penelitian Sekarang dengan Penelitian Sebelumnya.....	1
Skema 1.1 : Skema Pengembangan Watak Kognitif Oleh Jasser Auda.....	4
Skema 1.2 : Skema Tashri' dalam Al-Qur'an Menurut Jasser Auda.....	4
Skema 1.3 : Skema Kerangka Berpikir.....	4



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembaruan hukum itu tidak terpaku terhadap menggantikan produk hukum yang lama dengan produk hukum yang baru. Penting untuk diketahui bahwasanya letak dari pembaruan itu adalah terdapat dalam paradigma penafsiran hukum dan metodologi dalam menemukan hukum. Hal ini sangat erat kaitannya dengan produk hukum yang *out of date*, kontraproduktif dengan produk hukum lain dan tidak kontekstual, hal ini apabila dipertemukan dengan hukum progresif sangat tidak sejalan.¹

Sebelum peneliti menguraikan adanya norma hukum dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Pasal 29 ayat (1) yang bertentangan dengan UUD 1945 perlu juga diketahui bahwasanya, dalam produk hukum pada putusan *Judicial review* terhadap UU Perkawinan pasal 29 ayat (1), juga terdapat norma hukum yang tidak jelas, norma hukum yang bertentangan atau *conflict of norm*, seperti yang ada pada Pasal 7 ayat (1) dan (2) UU Perkawinan 1974, adanya penyimpangan hukum, adanya ketidakjelasan hukum (*vague of norm*), tetapi dalam norma ini tidak menjadi kajian peneliti,

¹ Otje Salman & Antoni F. Sutanto, *Teori Hukum*, (Bandung: Refika Aditama, 2005), hlm. 140. Hukum bukanlah sekedar logika semata, lebih daripada itu hukum merupakan ilmu yang sebenarnya yang harus selalu dimaknai, sehingga selalu *up to date*. Hukum sebagai objek ilmu daripada profesi, dengan selalu berusaha memahami atau melihat kaitan dengan hal-hal di belakang hukum.

hanya sebagai wacana hukum yang ternyata dalam UU No.1 Tahun 1974 tentang perkawinan, banyak problem hukum yang ada.²

Sejalan dengan apa yang dikatakan oleh Mathias Klatt.³ Klatt mengulirkan problematika yuridis, yakni tidak dapat ditentukan “apa hukumnya” secara tepat (*legal indeterminacy*). *Legal indeterminacy* ini kemungkinan disebabkan oleh berbagai hal, seperti:

- 1) Kekaburan makna (*vaquenass*), dengan demikian apabila terdapat suatu norma yang kabur bisa disebut *vaqueness norm*.
- 2) Ke-mendua-artian makna (*ambiguity*)

Mahkamah Konstitusi pada tanggal 21 Maret 2016 telah mengabulkan permintaan uji materiil (*judicial review*) atas Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, lewat putusannya Nomor 69/PUU-XIII/2015 Tahun 2015.⁴ Atas gugatan yang diajukan oleh Ike Farida⁵ terhadap Pasal 21 ayat (1), ayat (3), dan Pasal 36 ayat (1) UUPA, Pasal 29 ayat (1), ayat (3), ayat (4) dan pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan terhadap UUD 1945.

Kewenangan Mahkamah konstitusi dalam mengadili suatu perkara tertera dalam pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yang mengatur bahwa:

- 1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

² Lihat Realita seperti yang ada ini, dapat diartikan menjustifikasi teori Charles Sampford “*The Disorder of Law*” A Critique of Legal Theory Basil Blackwell 1989, Teori Hukum Otje Salman, hlm. 104

³ Mathias Klatt, *Making The Law Explicit: The normativity of Legal Argumentation*, (Oxford and Portland oregon: Hart Publishing, 2008), hlm. 262-264

⁴ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015.

⁵ Kedudukan pemohon adalah perorangan warga Indonesia yang mempunyai kapasitas hukum, dan kepentingan hukum untuk mengajukan permohonan a quo. Lihat Salinan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015.

- 2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Isi pasal 24C ayat (1) UUD 1945 bahwa *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar,...”*.⁶ Sesuai dengan pasal di atas, yang mempunyai otoritas akhir serta memberikan tafsir mengikat adalah Mahkamah Konstitusi. Selanjutnya tafsiran yang mengikat itu diberikan lewat putusan-putusan yang telah diajukan, hal ini dipertegas oleh Jimly Asshiddiqie yang dikutip oleh Maruarar Siahaan, bahwa Mahkamah Konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat.⁷

Mahkamah Konstitusi akhirnya hanya menerima dan merevisi Undang-Undang Perkawinan 1/1974 Pasal 29 ayat (1) yang sebelumnya:

“Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengadakan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.

Berdasarkan isi pasal tersebut, yang dijadikan landasan atas pertimbangannya adalah “ketentuan yang ada saat ini hanya mengatur perjanjian perkawinan yang dibuat sebelum atau pada saat perkawinan

⁶ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 2

⁷ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), Cet.1, hlm. 8

dilangsungkan, padahal dalam kenyataannya ada fenomena suami istri yang karena alasan tertentu baru merasakan adanya kebutuhan untuk membuat perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan. Selama ini sesuai dengan pasal 29 UU/1/1974, perjanjian yang demikian itu harus diadakan sebelum perkawinan dilangsungkan dan harus diletakkan dalam suatu akta notaris.

Sesuai dengan amar putusan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 21 Maret 2016, perjanjian perkawinan mulai berlaku antara suami dan istri sejak perkawinan dilangsungkan. Isi yang diatur di dalam perjanjian perkawinan tergantung pada kesepakatan pihak-pihak calon suami dan istri, asal tidak bertentangan dengan Undang-Undang, Agama, dan Kepatuhan atau Kesusilaan. Adapun terhadap bentuk dan isi perjanjian perkawinan, kepada kedua belah pihak diberikan kebebasan atau kemerdekaan seluas-luasnya (sesuai dengan azas hukum “kebebasan berkontrak”).⁸

Menurut Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015 khususnya pasal 29 ayat 1 UU 1/1974 Tentang perkawinan berpotensi merugikan hak konstitusional pemohon, karena pasal 29 ayat 1 UU 1/1974 dapat menghilangkan dan merampas hak pemohon untuk mendapatkan hak milik dan hak guna bangunan. Bahwa dengan adanya UU tersebut pemohon sangat terdiskriminasikan dan dilanggar hak konstitusionalnya. Di mana seharusnya pemohon memiliki hak-hak secara konstitusional dengan warga negara Indonesia lainnya, sebagaimana dijamin dalam pasal 28H ayat

⁸ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 154

(4), pasal 28I ayat (2) UUD 1945. Berikut akan diuraikan isi dari pasal-pasal tersebut:⁹

1) Pasal 28H ayat (4) UUD 1945:

“Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak dapat diambil secara sewenang-wenang oleh siapapun.”

2) Pasal 28I ayat (2) UUD 1945:

“Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang sifatnya diskriminatif itu.”

Berikut adalah satu dari enam poin amar putusan Mahkamah Konstitusi terkait pasal 29 UU Perkawinan tahun 1974 yang akan menjadi fokus penelitian ini, mengabulkan Pemohon untuk sebagian:

1) Pasal 29 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai:

“Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.

⁹ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 154

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, perjanjian perkawinan yang semula hanya dapat dibuat oleh calon suami dan calon istri sebelum atau pada saat perkawinan, sekarang dapat dibuat oleh suami istri sepanjang perkawinan mereka. Berarti dengan hal tersebut telah terjadi progres pengaturan mengenai transformasi perjanjian perkawinan, karena dalam kehidupan era modern ukuran perkembangan adalah mutlak, sehingga tuntutan pembaharuan khususnya dalam hukum keluarga Islam sangat dibutuhkan oleh masyarakat di Indonesia.

Perjanjian itu sendiri harus dipenuhi, dalam hukum Islam juga telah diatur secara global namun belum diatur atau dijelaskan secara detail oleh Al-Qur'an maupun Hadist. Sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, di Negara Indonesia telah terjadi unifikasi dalam bidang hukum perkawinan,¹⁰ kecuali sepanjang yang belum atau tidak diatur dalam Undang-Undang tersebut, maka peraturan lama dapat digunakan (Pasal 66 UU Nomor 1/1974).

Namun terlepas dari perihal itu semua, keharmonisan dalam perkawinan tetaplah menjadi kiblat utama guna menginterpretasikan makna dari *Mithaqan Ghaliqan*. Itulah pondasi utama dari berbagai perjanjian yang terdapat dalam perkawinan baik itu sebelum, saat melakukan akad perkawinan bahkan dalam sepanjang ikatan perkawinan. Jika awal dari keharmonisan ini dibangun guna memperkuat keyakinan beragama, maka niscaya harmonislah

¹⁰ Hazairin menurutnya Undang-Undang Perkawinan ini sebagai satu unifikasi yang unik dengan menghormati secara penuh adanya variasi berdasarkan agama dan kepercayaan yang ber "Ketuhanan Yang Maha Esa". Hazairin dalam K. Wantjik Saleh, *Hukum Perkawinan Indonesia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hlm. 3

dalam mengarungi bahtera rumah tangga yang mendapat ridho dari Allah SWT.

Problematika hukum yang terdapat pada putusan Mahkamah Konstitusi mengenai pembaruan pada pasal 29 UUP No.1/1974 yaitu perjanjian perkawinan dalam hukum Islam tidak diatur secara khusus, namun diatur secara global. Sehingga dalam pembaruan hukum positif yang kaitannya dengan masalah perjanjian perkawinan pada hukum positif perlu suatu kajian dari segi kereligiusannya. Selain itu, penting mempertimbangkan nilai-nilai adat mengenai perjanjian perkawinan atau hal-hal yang menjadi akibat dari suatu perjanjian perkawinan, guna menambah perbendaharaan interpretasi hukum yang sesuai dengan nilai Pancasila yang pertama yaitu “Ketuhanan Yang Maha Esa”. Oleh sebab itu, perlu adanya suatu metode pendekatan dalam hukum acara Mahkamah Konstitusi dengan nilai religius, dalam hal ini peneliti menawarkan metode *Maqāṣid al-Sharī’ah* sebagai langkah pertimbangan ke dalam suatu putusan oleh Mahkamah Konstitusi.

Perjanjian di dalam hukum Islam disebut akad, yang berarti mengikat, menghubungkan, atau menyambung. Tujuan akad adalah melahirkan suatu akibat hukum. Meskipun tidak dijelaskan secara detail, namun yang ada adalah persyaratan perkawinan yang bisa diajukan oleh pihak terkait, hal ini sama halnya dengan perjanjian yang berisi dengan syarat-syarat yang harus dipenuhi

oleh pihak yang melakukan perjanjian, dalam artian pihak-pihak yang berjanji untuk memenuhi syarat yang ditentukan.¹¹

Berikut adalah ulasan mengenai ayat dalam suatu perjanjian yang terdapat dalam Surat Al-Maidaah(1):

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْمَةٌ ءَلَّا تَعْمِرُوا إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ
غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ۚ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ¹²

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu, (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.”QS. Al-Maidaah (1).

Kaitanya dengan ayat tersebut terdapat kesesuaian apabila dengan tuntunan kepada orang beriman untuk memenuhi akad. Menurut Zaid bin Aslam berpendapat yang dikutip oleh Ibnu Katsir dalam tafsirnya, bahwa “أَوْفُوا بِالْعُقُودِ” terdapat lima akad perjanjian:¹³

- 1) Abdullah (Perintah dan larangan Allah)
- 2) Aqdul hilf (Perjanjian persekutuan suku)
- 3) Aqdul ba’i(Perjanjian jual beli)
- 4) Aqdun nikah (Perjanjian perkawinan atau akad perkawinan)

¹¹ Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia; Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, (Jakarta: Kencana, 2006) cet.1, hlm. 145

¹² Al-Qur’an Al-Karim, QS. Al-Maidah ayat (1)

¹³ Ibnu Katsir, *Muhtasar Tafsir Ibnu Katsir*, terj. Salim Bahreisy dan Said Bahreisy, (Surabaya: t.tp, 2004) II. hlm.3

5) Aqdul yamin (Perjanjian sumpah)

Bila dibandingkan dengan yang dijelaskan oleh M. Quraish Shihab, akad (perjanjian) ada 4:¹⁴

- 1) Perjanjian dengan Allah SWT.
- 2) Perjanjian dengan sesama manusia.
- 3) Perjanjian dengan diri sendiri.
- 4) Perjanjian yang halal.

Dalam kalimat awal pada Surat Al-Maidaah “يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا” adalah panggilan yang istimewa, dalam konteks ini diriwayatkan bahwa sahabat Nabi saw, Ibnu Mas’ud berkata: “jika anda mendengar panggilan Ilahi, “*yā ayyuhā al-ladhīna āmanū*” maka siapkanlah dengan baik pendengaranmu karena sesungguhnya ada kebaikan yang diperintahkan dan laranganNya.¹⁵

Dari berbagai penjelasan di atas yang menjelaskan sedikit tentang perjanjian. Konteks ini berkaitan dengan perjanjian perkawinan, maka segala apapun bentuk perjanjian itu tidak boleh bertentangan dengan Al-Qur’an. Karena bagaimanapun syaratnya jika itu bertentangan dengan Al-Qur’an maka perjanjian itu akan batal.

Jika kita cermati dalam Kompilasi Hukum Islam, yang memuat delapan pasal tentang perjanjian perkawinan yaitu pasal 45 sampai dengan

¹⁴ M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian Al-Qur’an*, (Jakarta: Lentera Hati, 2004), cet. III, hlm. 6

¹⁵ M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian Al-Qur’an*, hlm. 7

pasal 52. Di antaranya telah diatur mengenai ta'lik talak¹⁶ dan perjanjian lain yang tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Pasal 46 Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah mengatur pertama, isi ta'liq talak tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam. Kedua, apabila keadaan yang disyaratkan dalam ta'liq talak betul terjadi kemudian tidak dengan sendirinya talak jatuh. Supaya talak sungguh-sungguh jatuh, isteri harus mengajukan persoalannya ke Pengadilan Agama. Dan yang ketiga, perjanjian ta'lik talak bukan perjanjian yang wajib diadakan pada setiap perkawinan, akan tetapi sekali ta'lik talak sudah diperjanjikan tidak dapat dicabut kembali.¹⁷

Oleh sebab itu dalam akad nikah, Pegawai Pencatat perlu meneliti perjanjian perkawinan yang dibuat oleh kedua calon mempelai, baik secara material atau isi perjanjian itu, bahkan secara teknis bagaimana perjanjian itu disepakati bersama, sejauh perjanjian itu berupa ta'lik talak.

Kompilasi Hukum Islam yang mengatur perjanjian harta bersama dan berkaitan dengan poligami juga diatur mulai pasal 45 sampai dengan pasal 52. Untuk itu mengenai perjanjian perkawinan apabila telah disepakati bersama maka wajib akan memenuhinya sepanjang tidak ada pihak-pihak lain yang memaksa.

¹⁶ Ta'liq talaq secara bahasa adalah “penggantungan talaq” dalam bahasa Arab berarti “syarat atau janji” lihat Hisako Nakamura, *Perceraian orang Jawa: Studi Tentang Perkawinan di Kalangan Orang Islam Jawa*, Terj. Zaeni Ashmad Hoeh, (Yogyakarta: Gajah Mada Universitas Press, 1991), hlm. 37. Menurut KHI Pasal 1 poin (e) menyebutkan ta'liq talaq adalah perjanjian yang diucapkan calon mempelai pria setelah akad nikah yang dicantumkan dalam akta nikah berupa janji talaq yang digantungkan kepada suatu keadaan tertentu yang mungkin terjadi dimasa yang akan datang.

¹⁷ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, (Bandung: Citra Umbara, 2012), cet. Ke- 1, hlm. 335

Namun sejauh ini, perjanjian perkawinan yang berlangsung di dalam ikatan perkawinan baru saja diatur dalam Undang-Undang Perkawinan melalui *Judicial Review* sebagaimana dijelaskan di atas oleh Putusan Mahkamah Konstitusi. Tentunya akan banyak implikasinya dari berbagai aspek baik aturan dalam kompilasi, pencatatan perkawinan, kenotariatan yang disebutkan dalam Undang-Undang Perkawinan 1/1974 pasal 29 tersebut, maupun nantinya penerapannya dalam masyarakat.

Penjelasan di atas tentunya adalah salah satu bentuk dari pembaruan hukum positif¹⁸ yang berkaitan dengan hukum Islam khususnya hukum keluarga Islam di Indonesia dalam pembahasan aspek perlonggaran makna perjanjian perkawinan, dan sangat penting untuk diketahui tujuan serta maksudnya diberlakukan atau diperbarunya sistem hukum perkawinan tersebut dalam UU Perkawinan 1/1974, karena selain tujuan dan maksud terhadap pelaku perkawinan campuran juga berlaku terhadap perkawinan biasa atau sesama WNI. Lebih lanjut, peneliti akan menganalisis putusan *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 atas pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan 1974 dengan pisau analisis teori *Maqāṣid al-Sharī'ah*¹⁹, yang akan dipertajam dengan hukum progresif, dan kepastian

¹⁸ Ilmu hukum berkeras pada penafsiran tekstual-gramatikal, sangat mekanistik dan legalistik (Positive hukum). Kaum tradisional atau modern memfigurkan hukum sebagai Dewi Themis yang memegang pedang dan timbangan dengan mata tertutup, Dewi Themis ini akan bertindak tegas dalam setiap peristiwa hukum, tajam ke atas maupun ke bawah dalam arti, semua orang sama kedudukannya di dalam hukum dan wajib menjunjung hukum dengan tidak ada kecualinya atau dengan perkataan lain “Sekalipun langit akan runtuh, hukum harus tetap ditegakkan”. Isrok, *Percikan Pemikiran Hukum, (Dari forum Doktor Kepada Almamater Fakultas Hukum UB)*, (Malang: Buku Litera Yogyakarta, 2015), hlm. xiii

¹⁹ Jasser Auda dalam bukunya “*Maqosid al-Syari'ah as Philosophy of Islamic Law: A System Approach*”, dengan berbasis pendekatan sistem dan metode analisis dalam menetapkan hukum Islam. Sistem menurut Jasser Auda adalah “*a set of interacting units or elements that forms an*

hukum. Alasan peneliti menggunakan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda karena berangkat dari suatu aturan perundang-undangan yang bersifat hukum positif di Indonesia yang menjadi pembaharuan hukum, khususnya pembaharuan hukum keluarga Islam sebagai konsep penawaran menuju konstitusional yang religius. Pentingnya menggunakan analisis teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* karena kebutuhan akan jangkauan pembaharuan hukum Islam yang harus sesuai dengan ushul fiqh dan kebutuhan masyarakat, jadi tidak sekedar berlandaskan doktrinase saja namun pentingnya sebuah teori hukum Islam yang melandasinya.

Sejalan dengan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah*, hukum progresif berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.²⁰ Selanjutnya asumsi ini, menegaskan arti bahwasanya hukum itu dibuat untuk kepentingan manusia, karena hukum dibuat untuk mencapai kemaslahatan bersama. Menurut peneliti, kepastian hukum itu terwujud jika di dalamnya terpenuhi unsur-unsur kemaslahatan, di antaranya keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan. Ketiga unsur inilah nantinya yang menjadi ukuran dalam kepastian hukum.

Paradigma hukum positivistik selama ini menjadi cara pandang hakim yang di dasarkan pada legalitas tekstual-normatif, tetapi mengabaikan keadilan substantif. Sebagaimana di Indonesia yang menganut tradisi hukum Eropa

integrated whole intended to perform some function.” Sistem selalu melibatkan unit, elemen, dan sub sistem yang membentuk suatu kesatuan yang hirarki, kemudian berinteraksi dan bekerja sama secara terus menerus, mempunyai prosedur dan proses untuk mencapai tujuan tertentu.

²⁰ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1

Kontinental atau sering disebut sistem *civil law*. Salah satu cirinya adalah pentingnya peranan perundang-undangan tertulis atau *statutory law* atau *statutory legislation*. Kedudukan “*statutory laws*” lebih diutamakan dibanding dengan putusan hakim atau yurisprudensi. Demikian Jimly Asshiddiqie, dalam salah satu karya ilmiahnya.²¹

Letak kritik Satjipto Raharjo bahwa, paradigma hukum progresif dinilai tepat untuk dijadikan *optical view* dalam memotret makna hukum dalam putusan *judicial review* tersebut. Sesuai dengan prinsip *spirit bringing justice for the people*²², paradigma menempatkan hukum sebagai *as tool of social engineering*, artinya hukum menjadi pembantu manusia untuk menuju kesejahteraan hidup.

Sejalan dengan tujuan dan maksud dari hukum progresif serta kepastian hukum, maka sangat penting melakukan analisis dalam hukum Islam dengan menggunakan pendekatan sistem dalam *Maqāṣid al-Sharī’ah* yang dikembangkan oleh Jasser Auda, terdapat enam fitur sistem yang sangat holistik dalam reformasi hukum Islam yang bersinergi dengan perkembangan ilmu pengetahuan modern sehingga pada saatnya akan berimplikasi kedalam sistem kemasyarakatan, sistem keharmonisan kekeluargaan, sistem ketatanegaraan, serta sosial dan budaya pada umumnya.

Terdapat enam fitur sistem yang akan disajikan, yaitu watak kognitif, kemenyeluruhan, keterbukaan, hierarki yang saling mempengaruhi, multidimensi, dan kebermaksudan adalah sangat berkaitan erat satu sama lain.

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, (Jakarta: Rajawali Pers Devisi Buku Perguruan Tinggi, PT Raja Grafindo, 2010), hlm. v

²² Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm.2

Akan tetapi, satu fitur yang menjangkau semua fitur lain dan merepresentasikan inti metodologi analisis sistem dalam pembahasan *Maqāṣid al-Sharī'ah* adalah fitur “kebermaksudan”.

Jasser Auda mempertimbangkan *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai prinsip mendasar dan metodologi fundamental dalam analisis berbasis sistem. Mengingat bahwa, efektifitas suatu sistem diukur berdasarkan tingkat pencapaian tujuannya, baik sistem buatan manusia maupun natural, maka efektifitas sistem hukum Islam dinilai berdasarkan tingkat pencapaian *Maqāṣid*-nya.²³ Selanjutnya peneliti nantinya akan menggunakan enam fitur atau sebagian dari beberapa fitur tersebut yang akan disesuaikan dengan kebutuhan dan perkembangan dalam penelitian.

²³ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam (Pendekatan Sistem)*, terj. Rosidin dan ‘Ali ‘Abd el Mun’im (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015), cet.1, hlm. 97-98

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan penjelasan dari latar belakang, maka peneliti akan merumuskan masalah yang akan di analisis sebagai berikut:

1. Bagaimana implikasi hukum atas putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 terhadap makna perjanjian perkawinan perspektif teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda?
2. Bagaimana analisis hukum atas putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan perspektif teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda?

C. Tujuan Penelitian

1. Memahami, memetakan serta menganalisis implikasi hukum *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 mengenai makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan biasa maupun campuran.
2. Menganalisis dan memformulasikan tujuan serta maksud tinjauan *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda, hukum progresif dan kepastian hukumnya terhadap *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi dalam makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan biasa maupun campuran.

D. Manfaat Penelitian

Untuk tujuan penelitian, diharapkan penelitian ini akan memiliki nilai manfaat tersendiri baik itu secara teoritis maupun praktis dalam momentum memperluas dinamika keilmuan khususnya ilmu hukum Islam yang holistik di masyarakat. Adapun manfaat yang diharapkan diantaranya:

1. Secara teoritis, dalam penelitian ini diharapkan akan mampu memperluas khazanah keilmuan khususnya dalam bidang ilmu Hukum Islam, sehingga memiliki sumbangsih terhadap pemikiran dalam perjanjian selama dalam ikatan perkawinan. Terlebih sumbangan pemikiran bagi Fakultas Syari'ah Prodi Al-Ahwal As-Syakhsiyah kedepannya.
2. Secara praktis, penelitian ini nantinya diharapkan dapat memberikan pemahaman baru bagi masyarakat baik pasangan antar sesama WNI maupun pernikahan campuran, juga dari kalangan akademisi, dan praktisi pada umumnya mengenai perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan sehingga dapat dijadikan pertimbangan dalam membangun dan memelihara kehidupan berkeluarga yang sakinah, mawaddah dan rahmah.

E. Originalitas Penelitian

Guna mengetahui perbandingan antara penelitian yang dikaji oleh peneliti dengan penelitian sebelumnya, maka peneliti akan mencantumkan beberapa penelitian berbentuk Tesis, Disertasi maupun Jurnal Nasional sebagai pembandingnya.

Fokus yang menjadi bahasan penelitian dalam Tesis ini adalah mengenai produk hukum yang bersumber dari putusan Judicial Review oleh Mahkamah Konstitusi terkait Perluasan makna perjanjian perkawinan baik itu dilakukan oleh warga WNI dengan WNA maupun antar WNI. Kemudian peneliti menganalisisnya menggunakan hukum progresif, kepastian hukum serta teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang dikembangkan oleh Jasser Auda dengan pendekatan sistemnya, menurutnya hukum Islam haruslah terkonsep dan terealisasi nilai *Human Right*, *Human Development* dan *Maṣlahat al-Ām*. Berikut ini akan dideskripsikan terkait penelitian sebelumnya:

1. Afiq Budiawan²⁴. Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah kualitatif, Penelitian ini meneliti mengenai status hukum perjanjian perkawinan dalam suatu perkawinan yang sifatnya legal. Tujuan utama dari perjanjian perkawinan ini adalah sebagai tindakan preventif untuk mengatasi terjadinya konflik, meminimalkan perceraian, penyempurna dari ta'lik talak, menjamin hak-hak istri dan sekaligus dapat melindungi mereka dari perlakuan diskriminatif dan sewenang-wenang laki-laki (suami). Perjanjian tersebut juga sebagai mediasi bagi masalah antara suami dan istri sehingga bisa diselesaikan dalam waktu singkat. Persamaan dengan penelitian yang peneliti angkat adalah objek penelitian yang sama yaitu tentang perjanjian perkawinan, dan perbedaannya adalah penelitian ini merupakan pandangan ulama kota Malang terhadap ta'liq talak serta perjanjian perkawinan.
2. Zulfa Aminatuz Zahra²⁵. Jenis penelitian yang digunakan merupakan penelitian kualitatif di Pengadilan Agama Kota Malang. Objek pada kajian penetapan harta bersama, dasar hukum kemashlahatan, tujuan kemanfaatan hukum, keadilan dan kepastian hukum ini menjadi kesamaan dengan yang peneliti kaji. Sedangkan perbedaannya adalah Implementasi dalam izin poligami oleh PA Kota Malang. Secara pragmatis penelitian ini ingin mengetahui persepsi dari majlis hakim atas putusannya terkait penetapan harta bersamanya ketika akan melakukan izin poligami. Serta untuk mengetahui landasan hukumnya yang

²⁴ Afiq Budiawan, *Perjanjian Perkawinan (Studi Pandangan Ulama Kota Malang)*, (Tesis Pascasarjana UIN Malang, 2012)

²⁵ Zulfa Aminatuz Zahra, *Penetapan Harta Bersama dalam Perkara Izin Poligami (Kasus Perkara No. 2198/Pdt.G/2012/PA.MLG)*, (Tesis Pascasarjana UIN Malang, 2016)

kemudian hasilnya akan di analisis sesuai dengan kemashlahatan dan tujuan hukumnya.

3. Windy Andika²⁶. Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian kualitatif, dan sifatnya lebih mengarah pada yuridis sosiologis. Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui apakah proses pembuatan dan pengesahannya mengenai perjanjian perkawinan di Kota Padang sudah sesuai dengan ketentuan yang berlaku serta akibat hukum dari tidak adanya pengesahan perjanjian perkawinan. Penelitian secara yuridis sosiologis ini dilakukan dengan metode kepustakaan dan penelitian lapangan, inilah perbedaan dengan penelitian dalam tesis ini. Sedangkan persamaannya adalah meneliti tentang perjanjian perkawinan dan akibat hukumnya, meskipun peneliti lebih mengarahkan pada suatu implikasi hukum terhadap putusan MK.

Selanjutnya hasil dari penelitian menunjukkan bahwa proses pembuatan dan pengesahan perjanjian perkawinan di Kota Padang baik yang muslim maupun non-muslim pada prinsipnya terikat pada pasal 1320 KUHPerdara tentang syarat-syarat sahnya perjanjian, harus mendapat pengesahan dari pegawai pencatat perkawinan sebelum atau pada saat menikah yang kemudian dicatatkan dalam akta perkawinan dan mengenai akibat dari tidak disahkannya perjanjian perkawinannya baik istri maupun suami terhadap pihak ketiga adalah suami istri itu tidak dianggap tidak pernah membuat suatu perjanjian perkawinan dan dapat di tuntutan pertanggungjawabannya.

²⁶ Windy Andika, *Pengesahan Perjanjian Kawin dan Akibat Hukumnya di Kota Padang*, (Tesis UGM Yogyakarta, 2009)

4. Abdul Wahab Abd Muhaimin²⁷. Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian normatif. Disertasi ini mempertegas bahwa materi UU No. 1 tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam Buku 1 tentang perkawinan yang telah menjadi hukum nasional. Perbedaan dengan yang peneliti kaji adalah disertasi ini memperkuat temuan Bustanul arifin tentang perlindungan UU No 1 Tahun 1974 dan KHI Buku 1 tentang perkawinan terhadap hak-hak perempuan dan menyamakan kedudukannya dengan laki-laki kecuali dalam hal-hal yang sifatnya fungsional saja. Disertasi ini merupakan kajian kepustakaan dengan menggunakan pendekatan Ilmu ushul fiqh. Hukum Islam dalam bidang perkawinan dapat diadopsi kedalam sistem hukum nasional, karena sesuai dengan keyakinan umat Islam dan budaya Indonesia yang telah diamalkan sebelum kemerdekaan RI. Mengenai persamaannya adalah berangkat dari studi pustaka dengan pendekatan *Maqāṣid al-Sharī'ah*.
5. Mursyid²⁸. Jenis penelitian yang digunakan adalah kombinasi antara antara penelitian lapangan dan pustaka. Fokus dari penelitian ini adalah perkara apa saja yang ditangani oleh Mahkamah Syariah Banda Aceh dalam kaitannya dengan harta bersama dan bagaimana ijtihad hakim dalam menyelesaikan perkara harta bersama, apakah dilandaskan dengan UU No 1 Tahun 1974 dan KHI atau mempertimbangkan pembagian harta bersama dalam masyarakat Aceh. Pendekatan yang dilakukan oleh peneliti menggunakan kualitatif dan hasil penelitian menunjukkan bahwa perkara harta bersama bahwa selain

²⁷ Abdul Wahab Abd Muhaimin, *Adopsi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional: Studi tentang UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI buku 1 Tentang Perkawinan*, (Disertasi UIN Jakarta, 2010)

²⁸ Mursyid, *Ijtihad Hakim Dalam Penyelesaian Perkara Harta Bersama di Mahkamah Syari'ah Banda Aceh (Analisis dengan pendekatan ushul fiqh)*, (Ar-Raniry : International Journal of Islamic Studies Vol.1, No.2, Desember 2014)

menggunakan UU Perkawinan No 1 Tahun 1974 dan KHI, hakim juga menggunakan Al-Qur'an dan hadist serta kondisi sosiologis masyarakat Aceh, kebutuhan istri, kebutuhan anak, pendidikan anak dan adanya kesepakatan bersama antara kedua pihak yang berperkara. Sedangkan perbedaan dengan penelitian tesis ini adalah permasalahan harta bersama dan pendekatan ushul fiqh.

6. Joko Santoso²⁹. Jenis penelitian yang digunakan adalah studi pustaka. Penelitian ini mengungkap bahwa konsep nilai-nilai utama pada filsafat hukum Islam yakni: kemanfaatan, keadilan, dan kepastian hukum. Yang berusaha menemukan nilai kemanfaatan, keadilan, dan kepastian hukum yang tersirat pada pasal 85-97 KHI, sehingga objek kajian filsafat hukum yang berupa jalinan nilai-nilai hukum pada pasal 85-97 KHI dan fungsi filsafat hukum Islam dapat diketemukan.

Nilai-nilai dasar hukum dengan berdasarkan filsafat hukum dapat menemukan nilai-nilai hukum yang terdapat pada pasal-pasal tentang harta gono-gini dalam KHI dan keserasian ataupun ketegangan antar nilai-nilai dasar tersebut dapat diketahui yang berujung pada pemutusan dalam permasalahan yang dihadapi oleh masyarakat dan aturan tertulis yang telah terumuskan dalam bahasa pasal-pasal tertentu. Persamaan dengan tesis ini adalah berkaitan dengan harta bersama, sedangkan perbedaan yang besar adalah pembagian harta gono-gini dalam KHI.

²⁹ Joko Santoso, *Konsep Pembagian Harta Gono Gini Bagi Pasangan yang Bercerai Dalam Kompilasi Hukum Islam Menurut Perspektif Filsafat Hukum*, (Tesis UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2015)

7. Yohana Dea Sacharissa³⁰. Penelitian ini menggunakan pendekatan Undang-undang dan pendekatan kasus dengan sifat penelitian prespektif. Sedangkan hasil perbedaan dengan tesis ini dari penelitian tersebut adalah pertimbangan hakim dalam menetapkan pemisahan harta perkawinan yang dilakukan setelah perkawinan adalah adanya kealpaan dan ketidaktahuan para pemohon tentang peraturan mengenai perjanjian perkawinan; adanya keinginan untuk tetap memiliki hak atas tanah.

Penetapan ini sebagai bentuk terobosan hukum yang dilakukan oleh hakim Pengadilan Agama Surakarta untuk menciptakan keadilan, kepastian hukum, dan perlindungan hukum bagi pihak yang membuatnya. Akibat dari pemisahan harta perkawinan ini terhadap para pihak pembuatnya suami-istri untuk mentaati hal-hal yang telah disepakati bersama dalam kesepakatan tersebut, harta perkawinan yaitu harta yang semula merupakan harta bersama menjadi harta masing-masing pihak, pihak ketiga yang bersangkutan. Persamaan dengan tesis ini adalah berkaitan dengan harta bersama.

³⁰ Yohana Dea Sacharissa, *Pemisahan Harta Perkawinan melalui Permohonan Penetapan hakim Pengadilan Agama Surakarta Yang Dilakukan Setelah Perkawinan (Studi Kasus Penetapan Pengadilan Agama Surakarta Nomor 0012/Pdt.P/2015/PA.Ska)*, 2016. (Master Tesis Universitas Sebelas Maret)

Tabel 1.1: Perbedaan Penelitian sekarang dengan Penelitian Sebelumnya

No .	Nama Peneliti, Judul dan Tahun Penelitian	Perbedaan	Persamaan	Originalitas Penelitian
1.	Afiq Budiawan, Perjanjian Perkawinan (Studi Pandangan Ulama Kota Malang), 2012, (Tesis Pascasarjana UIN Malang)	a. Pendekatan penelitian menggunakan kualitatif dengan paradigma naturalistik b. Mengetahui pandangan ulama Kota Malang terhadap ta'liq talaq serta perjanjian perkawinan	a. Objek penelitian sama (perjanjian perkawinan)	Judicial review: Perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan
2.	Zulfa Aminatuz Zahra, Penetapan Harta Bersama dalam Perkara Izin Poligami (Kasus Perkara No. 2198/Pdt.G/2012/PA. MLG), 2016, (Tesis Pascasarjana UIN Malang)	a. Penelitian Kualitatif (studi kasus) b. Implementasi dalam izin poligami oleh PA	a. Objek kajian penetapan harta bersama b. Dasar hukum Kemashlahatan c. Tujuan kemanfaatan hukum, keadilan dan kepastian hukum	Judicial review : Perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan
3.	Windy Andika, Pengesahan Perjanjian Kawin dan Akibat Hukumnya di Kota Padang, 2009, (Tesis UGM Yogyakarta)	a. Penelitian kualitatif b. Penelitian hukum sosiologis c. Proses pembuatan dan pengeasahan	a. Perjanjian Perkawinan dan akibat hukumnya	Judicial review : Perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan

		perjanjian perkawinan di Kota Padang sudah sesuai dengan ketentuan dan akibat hukumnya		
4.	Abdul Wahab Abd Muhaimin, Adopsi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional : Studi tentang UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI buku 1 Tentang Perkawinan, 2010, (Disertasi UIN Jakarta)	a. Muatan materi dalam UU Perkawinan dan KHI diadopsi dari Hukum Islam	a. Pendekatan <i>Maqāṣid al-Sharī'ah</i> dan metode ilmu hukum b. Kajian Kepustakaan	Produk hukum : Perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan
5.	Mursyid, Ijtihad hakim Dalam Penyelesaian Perkara Harta Bersama di Mahkamah Syari'ah Banda Aceh (Analisis dengan pendekatan ushul fiqh), Ar-Raniry : International Journal of Islamic Studies Vol.1, No.2, Desember 2014.	a. Praktek pembagian harta bersama pada Mahkamah Syari'ah Banda Aceh terkait ijtihad hakim b. Metode penelitian lapangan dan penelitian pustaka, pendekatan kualitatif	a. Terkait harta bersama b. Analisis pendekatan Ushul fiqh	Judicial review: Perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan
6.	Joko Santoso, Konsep Pembagian Harta Gono Gini Bagi Pasangan yang Bercerai Dalam Kompilasi Hukum Islam Menurut Perspektif Filsafat	a. Penelitian ini mengungkap bahwa konsep nilai-nilai utama pada filsafat hukum Islam yakni: kemanfaatan,	a. Studi Pustaka b. Akibat hukum c. Terkait harta Bersama	Judicial review : Perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan

	Hukum, (Tesis UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2015)	keadilan, dan kepastian hukum. Yang berusaha menemukan nilai kemanfaatan, keadilan, dan kepastian hukum yang tersirat pada pasal 85-97 KHI b. Pembagian harta gono-gini dalam KHI		
7	Yohana Dea Sacharrisa, Pemisahan Harta Perkawinan melalui Permohonan Penetapan hakim Pengadilan Agama Surakarta Yang Dilakukan Setelah Perkawinan (Studi Kasus Penetapan Pengadilan Agama Surakarta Nomor 0012/Pdt.P/2015/PA.Ska), 2016. (Master Tesis Universitas Sebelas Maret)	a. Penetapan hakim Pengadilan Agama Surakarta Yang Dilakukan Setelah Perkawinan (Studi Kasus Penetapan Pengadilan Agama Surakarta Nomor 0012/Pdt.P/2015/P A.Ska) b. Penelitian Kualitatif	a. Pendekatan Undang-undang dan pendekatan kasus dengan sifat penelitian prespektif b. Pemisahan harta Perkawinan	Judicial review: Perlonggaran makna perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan

F. Definisi Operasional

1. *Judicial Review*

Judicial Review adalah peninjauan kembali, pengujian kembali, penilaian ulang oleh hakim atau lembaga judicial untuk menguji kesahihan dan daya laku produk-produk hukum yang dihasilkan oleh eksekutif legislatif maupun yudikatif dihadapan konstitusi yang berlaku.³¹

Maksud *Judicial Review* dalam penelitian ini adalah jalan untuk meninjau, menguji serta menilai ulang suatu produk hukum dalam Mahkamah Konstitusi.

2. Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi adalah lembaga peradilan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, di samping Mahkamah Agung yang dibentuk melalui perubahan ketiga UUD 1945.³² Dalam institusi ini Indonesia merupakan negara ke-78 yang membentuk MK. Pembentukan MK sendiri merupakan fenomena negara modern abad ke-20. Penjelasan Mahkamah Konstitusi dalam penelitian ini adalah sebagai lembaga penyelenggara atas putusan *Judicial review*.

3. Perjanjian Perkawinan

Penjelasan mengenai perjanjian perkawinan dalam penelitian ini adalah perjanjian perkawinan yang telah diperbarui melalui putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 tentang perlonggaran makna perjanjian

³¹ Sirajudin, Fakhurrahman, dan Zulkarnain, *Legislatif drafting Pelembagaan Metode Partisipatif dalam Pembentukan Peraturan Undang-Undang* (Malang: In-Trans Publishing), cet. III, hlm. 168

³² Ditetapkan Pada Sidang Tahunan MPR Tahun 2001, tanggal 9 November 2001. Diakses pada tanggal 23 September 2017

perkawinan, yang mana berangkat dari makna perjanjian perkawinan dapat dibuat setelah melakukan perkawinan dalam pasal 29 ayat (1) UUP No.1/1974.

4. *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Maksud dari *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda adalah dengan diperkuatnya teori hukum progresif bahwa kesejahteraan dan kebahagiaan masyarakat". Masyarakat kurang bahagia bila hukum hanya melindungi dan memberi keleluasaan kepada individu dan tidak memperhatikan kebahagiaan masyarakat. Selain itu, pentingnya kepastian hukum dalam prinsip legislasi, Bentham dalam mengeksplorasi prinsip-prinsip legislasi menegaskan bahwa hukum harus diketahui oleh semua orang, konsisten, pelaksanaan yang jelas, sederhana, dan ditegakkan secara tegas.

Realisasi dari ketiga teori tersebut memiliki benang merah untuk memperoleh sebuah tujuan. Meskipun berbeda istilah dalam sisi yang berbeda, *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang direkonstruksi Jasser Auda mempresentasikan pendekatan sistem terhadap filsafat dan ushul fikih, yaitu teori dasar fikih Islam berdasarkan maksud, prinsip, sasaran dan tujuan akhir (*Maqāṣid al-Sharī'ah*). Tujuannya adalah agar peraturan-peraturan Islam memenuhi tujuannya dalam hal keadilan, kesetaraan, hak asasi manusia, pengembangan dan kesopanan dalam konteks masa kini.

Jasser Auda dalam penelitiannya menempatkan *Maqāṣid* sebagai kumpulan maksud-maksud Ilahiah dan konsep-konsep moral di jantung dan dasar hukum Islam. Untuk itu Jasser Auda memperkenalkan metode kritik baru yaitu menggunakan fitur-fitur baru yang relevan berdasarkan teori sistem

seperti kemenyeluruhan, multidimensionalitas, watak kognitif, keterbukaan, hirarki yang saling mempengaruhi, dan khususnya kebermaksudan. Namun dalam tesis ini akan menggunakan tiga dari fitur tersebut yang sudah mencakup dari keseluruhan fitur.

G. Sistematika Pembahasan

Penelitian yang baik dan benar maka harus terdapat sistematika pembahasan. Untuk mencapai penelitian yang terarah, sistematis dan berkaitan anantara bab. Oleh sebab itu peneliti akan menyusunnya dalam sistematika pembahasan.

Bab 1 berisi tentang pendahuluan yang mengantarkan kepada pembaca memperoleh informasi dalam hal kegelisahan akademik yang terdapat di latar belakang masalah. Berangkat dari latar belakang tersebut maka peneliti rumuskan menjadi dua rumusan yang terdapat dalam subbab rumusan masalah. Memahami dari dua rumusan tersebut maka peneliti mengemukakan tujuan dan manfaat penelitian baik secara teoritis maupun praktis. Tidak kalah pentingnya peneliti juga menampilkan orisinalitas penelitian yang dijadikan parameter persamaan dan penelitian terdahulu dengan penelitian ini. Serta definisi istilah melengkapi di bab satu ini guna mendapatkan informasi mengenai pemahaman terhadap judul serta fokus pembahasan.

Bab 2 berisi kajian teori, penjelasan mengenai Mahkamah Konstitusi, *Judicial review*, perkawinan campuran di Indonesia, serta yang berkaitan dengan teori yang digunakan yaitu *Maqāṣid al-Sharī'ah*. Guna memperoleh integrasi dalam penelitian mengenai analisis putusan *Judicial review* ini

peneliti akan memperkuat teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* dengan hukum progresif dan kepastian hukum karena berkaitan dengan hukum positif yaitu terkait perundang-undangan yang berlaku. Penting dalam penelitian ini terdapat kerangka berpikir guna mengetahui alur berpikir masalah dengan analisis teori.

Bab 3 berisi metode penelitian, untuk menjelaskan langkah-langkah dalam meneliti suatu kajian pustaka ini. Berawal dari menjelaskan jenis penelitian, menguraikan pendekatan penelitian, memperoleh bahan hukum, mengumpulkan bahan hukum tersebut, mengolah serta menganalisisnya.

Bab 4 berisi tentang paparan bahan hukum dan hasil penelitian. Fokus pada bab ini menguraikan salinan putusan *judicial review* khususnya pasal 29 UU Perkawinan yang telah dirubah serta memaparkan metode penafsiran hukum atau penemuan hukum, sehingga dapat mendialogkan antara bahan hukum dengan tujuan hukum progresif serta kepastian hukum.

Bab 5 mengenai pembahasan yang akan dikaitkan dengan teori yang digunakan yakni teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang diperkuat dengan hukum progresif serta kepastian hukum untuk mendialogkan analisis, sehingga akan dapat menjawab rumusan masalah.

Bab 6 merupakan bagian akhir dalam penelitian yang berisi kesimpulan sebagai intisari dari penelitian ini, serta saran-saran yang bersifat membangun sebagai tindak lanjut penelitian selanjutnya.

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Tinjauan Mahkamah Konstitusi

1. Definisi dan Riwayat Pembentukan Mahkamah Konstitusi Di Indonesia

Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga Negara yang berwenang untuk melakukan hak pengujian (*Judicial Review*, atau secara lebih spesifikasinya melakukan *costitucional review*) Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar serta tugas khusus lain yaitu forum *previlegiatum* atau peradilan yang khusus untuk memutus pendapat DPR bahwa Presiden telah melanggar hal-hal tertentu yang disebutkan dalam UUD sehingga dapat diberhentikan.³³ Mahkamah Konstitusi Indonesia adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, di samping Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan yang berada di bawahnya.³⁴

Di Indonesia sendiri, setelah jatuhnya krisis ekonomi melanda Indonesia dan gerakan reformasi yang membawa kejatuhan pemerintah orde baru di tahun 1998, terjadi perubahan yang sangat drastis dalam kehidupan sosial, politik, dan hukum di Indonesia. Dengan diawali perubahan pertama UUD 1945 pada tahun 1999, yang membatasi masa jabatan Presiden hanya untuk dua kali masa jabatan, selanjutnya penguatan DPR yang memegang

³³ Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, (Jakarta: Rajawali Press, 2011), hlm. 118

³⁴ Pasal 24 ayat (2) UUD 1945

kekuasaan memebentuk Undang-Undang, telah di susul dengan perubahan kedua yang telah mengamandir Undang-Undang Dasar 1945 lebih jauh lagi.³⁵

Jatuh bangunnya pimpinan pemerintahan (Presiden) pada waktu itu, yang tidak pernah terjadi secara mulus melalui proses konstitusional yang baik. Hal ini merupakan kondisi sosial politik yang telah mendorong lahirnya Mahkamah Konstitusi di Indonesia. Dalam perubahan selanjutnya UUD 1945 juga mengadopsi pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berdiri sendiri disamping Mahkamah Agung dengan kewenangan yang diuraikan dalam Pasal 24C ayat (1) dan (2) UUD 1945³⁶, isi dari penjelasan pasal tersebut akan diuraikan pada pembahasan selanjutnya.

2. Fungsi atau Tugas Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi mempunyai fungsi untuk mengawal (*to guard*) konstitusi, agar dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggara kekuasaan negara maupun warga negara. Mahkamah Konstitusi juga menjadi penafsiran akhir konstitusi.

Semenjak di Inkorporasikanya hak-hak asasi manusia dalam UUD 1945, hemat kami fungsi pelindung konstitusi dalam arti melindungi hak-hak asasi manusia juga benar adanya. Akan tetapi, dalam penjelasannya Undang-Undang Mahkamah Konstitusi dikatakan sebagai berikut:

“...salah satu substansi penting perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang

³⁵ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), Cet.1, hlm. 4

³⁶ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 5-6

ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Keberadaan Mahkamah Konstitusi sekaligus untuk menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil, dan juga merupakan koreksi terhadap pengalaman kehidupan ketatanegaraan di masa lalu yang ditimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi”.

Menurut Maruarar, yang lebih penting adalah justru sifat Mahkamah Konstitusi yang merupakan lembaga peradilan yang sedikit banyak konfrontatif. Oleh sebab itu, pendekatan *amicable* dibutuhkan untuk memberi kemungkinan penyelesaian yang lebih efektif yang sifatnya *amicable* (ramah) tersebut.

Advisory opinion maupun suatu kewenangan untuk melakukan mediasi, sangat dibutuhkan untuk mengefektifkan peran Mahkamah Konstitusi mengawal Konstitusi. Diharapkan *advisory opinion* demikian akan memiliki akibat hukum yang mengikat, sebagaimana layaknya satu putusan Mahkamah Konstitusi.³⁷

3. Wewenang Mahkamah Konstitusi

Pasal 24C ayat (1) dan (2) menggariskan wewenang Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

Pasal 24C ayat (1)

“Mahkamah konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus

³⁷ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 7-11

pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”.

Pasal 24C ayat (2)

“Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar”.

Wewenang Mahkamah Konstitusi tersebut secara khusus diatur lagi dalam pasal 10 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi dengan merinci sebagai berikut:³⁸

- a) Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI tahun 1945
- b) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945
- c) Memutus pembubaran partai politik
- d) Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum
- e) Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, ataupun perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksudkan dalam Undang-Undang Dasar 1945.

Suatu pembatasan terhadap kewenangan Mahkamah Konstitusi terhadap wewenang yang diberikan pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) telah

³⁸ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 11

ditemukan dalam pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi di mana ditentukan sebagai berikut.

“Undang-Undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah Undang-Undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945”.

Dalam pasal 50 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi ditentukan bahwa undang-undang yang boleh dimohon untuk diuji Mahkamah Konstitusi adalah undang-undang yang diundangkan sesudah perubahan pertama UUD 1945, yaitu tanggal 19 Oktober 1999.³⁹

4. Asas dan Sumber Hukum Acara Mahkamah konstitusi

a) Asas-asas dalam Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi juga harus tunduk pada asas-asas peradilan yang baik dalam Undang-Undang hukum Acara, Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman dan asas-asas yang juga telah diakui secara universal. Asas-asas tersebut akan diuraikan secara ringkas dibawah ini:⁴⁰

1) Persiapan terbuka untuk umum

Undang-undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dalam pasal 13 menentukan bahwa sidang pengadilan terbuka untuk umum kecuali undang-undang menentukan lain. Dan ini berlaku untuk seluruh peradilan di Indonesia.

Pasal 40 ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi menentukan secara khusus bahwa sidang Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum,

³⁹ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 24-25

⁴⁰ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 44-57

kecuali Rapat Permusyawaratan Hakim terbuka. Keterbukaan sidang seperti ini salah satu bentuk sosial kontrol dan bentuk akuntabilitas hakim.

Tersedianya salinan putusan dalam bentuk *hard copy* yang dapat diperoleh pihak pemohon dan termohon setelah sidang pembacaan putusan, ini merupakan interpretasi Mahkamah Konstitusi terhadap keterbukaan dan asas sidang terbuka untuk umum serta sebagai pelaksana dari pasal 14 UU Mahkamah Konstitusi.

2) Independen dan Imparsial

Sesungguhnya konsepsi independensi dan impersialitas hakim tersebut mempunyai beberapa aspek atau dimensi, sebagaimana diatur dalam pasal 5 ayat (2) dan (3) UU Kekuasaan Kehakiman.

Independensi bukanlah hak istimewa hakim, melainkan merupakan syarat yang wajib ada agar sikap imparsial dalam menjalankan tugas peradilan dapat terwujud. Dan ini merupakan hak masyarakat untuk mendapatkan putusan hakim yang berdampak positif melalui peradilan yang dipercayainya.

3) Peradilan dilaksanakan secara cepat, sederhana dan murah

Pasal 4 ayat (2) UU Kekuasaan Kehakiman menentukan bahwa peradilan dilakukan secara sederhana, cepat, dan biaya ringan. Penjelasan atas ayat (2) menyatakan bahwa yang dimaksud dengan sederhana adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara yang efisien dan efektif, sedangkan biaya murah adalah biaya perkara yang dapat terpicul oleh rakyat.

4) Hak untuk didengar secara seimbang

Perkara yang diperiksa dan diadili di pengadilan biasa, baik penggugat maupun tergugat, atau penuntut umum maupun terdakwa mempunyai hak yang sama untuk didengar keterangannya secara berimbang dan masing-masing pihak mempunyai kesempatan yang sama mengajukan pembuktian untuk mendukung dalil masing-masing. Bahkan *stakeholders* lain yang merasa mempunyai kepentingan dengan undang-undang yang diuji tersebut harus didengar jika pihak yang terkait mengemukakan keinginannya untuk memberi keterangan.

5) Hakim aktif dan juga pasif dalam proses persidangan

Pernyataan ini sesungguhnya dapat dilihat paradoksal, karena sikap pasif sekaligus aktif harus dianut hakim. Tetapi, adanya karakteristik khusus perkara konstitusi yang kental dengan kepentingan umum ketimbang kepentingan perorangan telah menyebabkan proses persidangan tidak dapat diserahkan pada inisiatif pihak-pihak.

6) *Ius Curia Novit*

Maksud dari asas ini adalah terdapat dalam pasal 10 UU Kekuasaan Kehakiman menyebutkan bahwa "Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Dengan kata lain, pengadilan dianggap mengetahui hukum yang diperlukan untuk menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya

sehingga pengadilan tidak boleh menolak perkara karena berpendapat hukumnya tidak jelas.

b) Sumber Hukum Acara Mahkamah Konstitusi

Terdapat beberapa sumber hukum acara Mahkamah Konstitusi, diantaranya sebagai berikut:⁴¹

- 1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi
- 2) Peraturan Mahkamah Konstitusi
- 3) Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi RI
- 4) Undang-Undang Hukum Acara Perdata, Hukum Acara Peradilan, Tata Usaha Negara, dan Hukum Acara Pidana Indonesia.
- 5) Pendapat Sarjana (doktrin)
- 6) Hukum Acara dan Yurisprudensi Mahkamah Konstitusi negara lain.

Sumber hukum acara yang disebut dalam huruf 4, 5 dan 6 merupakan sumber tidak langsung yang sebaiknya diambil alih melalui Peraturan Mahkamah Konstitusi karena kebutuhan praktik yang timbul disebabkan kekosongan dalam pengaturan hukum acara.

B. Tinjauan *Judicial Review*

Mahkamah Konstitusi dibentuk karena perkembangan hukum dan ketatanegaraan tentang pengujian produk hukum oleh lembaga peradilan atau *judicial review*.⁴² Dalam penelitian ini, peneliti secara inklusif akan

⁴¹ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 59

⁴² *Judicial review* secara umum terutama dinegara-negara Eropa kontinental sudah termasuk tindakan hakim membatalkan aturan hukum dimaksud. *Judicial review* terkait dalam bahasa Belanda “*Toetsingsrecht*” terdapat perbedaan dari keduanya terutama dari tindakan hakim. *Toetsingsrecht* sifatnya terbatas pada penilaian hakim terkait produk hukum, namun pembatalannya diserahkan lembaga yang mewenangnya. *Judicial Review* yang dijalankan oleh

memfokuskan terhadap *judicial review* bukan terhadap Mahkamah Konstitusi sebagai lembaganya.

Menurut Mahfud MD mengenai *judicial review* ini adalah pengujian oleh lembaga yudikatif tentang konsistensi UU terhadap UUD atau peraturan perundang-undangan terhadap peraturan perundang-undangan.⁴³ Pengertian tersebut menjelaskan bahwa *judicial review* digunakan sebagai jaminan atas konsistensi materi setiap jenjang peraturan perundang-undangan dengan cita-cita dan tujuan negara dalam rangka pembangunan sistem hukum. Kemudian terkait hak pengujian materil oleh MK terdapat dua hal penting yang harus ada.

Pertama, MK tidak boleh membuat pengaturan untuk hal-hal yang dinyatakan bertentangan dengan UUD dalam kaitanya dengan hak pengujian materil. Artinya MK hanya dapat membatalkan isi UU, sedangkan pengaturan tentang materi yang dibatalkan tetap menjadi kompetensi lembaga legislatif untuk membuat yang baru. *Kedua*, MK tidak boleh membatalkan isi UU yang pengaturannya menurut UUD diserahkan kepada legislatif untuk menentukan sendiri, MK hanya boleh membatalkan hal-hal yang bertentangan dengan isi UUD.⁴⁴

Dibawah ini akan dijelaskan mengenai bagaimana prinsip hukum beracaranya hingga putusan serta eksekusinya dalam *judicial review* ini:

MK disebut juga sebagai constitutional review karena batu ujinya konstitusi. Jimly As-shiddiqy, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Konpress, 2005), hlm. 6-9

⁴³ Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011), cet.ke-2, hlm. 37

⁴⁴ Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, hlm. 41

1. Prinsip Hukum Beracara

Di dalam hukum acara dikenal dua jenis proses beracara yaitu “*contentious procesrecht*” atau hukum acara sengketa dan “*non- contentious procesrecht*” atau hukum acara non sengketa. *Judicial review* ini selain digunakan hukum sengketa (berbentuk gugatan) juga digunakan hukum acara non sengketa yang sifatnya *volunter* (atau tidak ada dua pihak bersengketa/berbentuk permohonan).

Jika menelaah asa- asas hukum publik yang salah satunya tercermin pada asas hukum acara peradilan administratif, maka proses beracara *judicial review* tentunya juga terikat pada asas tersebut. Asas tersebut adalah:⁴⁵

a) Asas Praduga *Rechtmatig*

Putusan pada perkara *judicial review* seharusnya merupakan putusan akhir dan mempunyai kekuatan hukum tetap pada saat putusan dibacakan dan tidak berlaku surut. Makna tidak berlaku surut artinya bahwa sebelum putusan dibacakan, objek yang menjadi perkara. Misalnya peraturan yang akan diajukan *judicial review* harus selalu dianggap sah atau tidak bertentangan dengan hakim atau hakim konstitusi menyatakan sebaliknya.

b) Putusan Memiliki kekuatan mengikat (*erga omnes*)

Kewibawaan suatu putusan yang dikeluarkan institusi peradilan terletak pada kekuatan mengikatnya. Putusan suatu perkara *judicial review* haruslah merupakan putusan yang mengikat para pihak dan harus ditaati oleh siapapun. Dengan adanya asas ini maka tercermin bahwa suatu putusan

⁴⁵ <http://www.elsam.or.id>, *Mekanisme Judicial Review di Indonesia*, diakses pada tanggal 14 April 2017

memiliki kekuatan hukum mengikat serta sifat hukumnya publik maka berlaku pada siapapun.

2. Pengujian Permohonan dan Gugatan

Sebelum membahas mengenai pengujian permohonan yang diajukan oleh pemohon, terlebih dahulu perlu diketahui duduk perkara yang disebutkan dalam salinan putusan No. 69/PUU-XIII/2015, yakni:

“Menimbang bahwa pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonan, bertanggal 11 Mei 2015 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 11 Mei 2015, berdasarkan Akta penerimaan berkas Permohonan Nomor 141/PAN.MK/2015 dengan Nomor 69/PUU-XIII/2015, yang diperbaiki surat permohonan Nomor 2953/FLO-GAMA/VI/2015, bertanggal 24 Juni 2015, pada pokoknya menguraikan hal-hal sebagai berikut:”

- a. Kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam mengadili perkara
- b. Kedudukan hukum (*Legal Standing*) pemohon
- c. Bahwa pemohon sangat menderita dan sengsara karena diberlakukannya Pasal 21 ayat (1), ayat (3), dan pasal 36 ayat (1) UUPA: Serta Pasal 29 ayat (1), ayat (3), ayat (4) dan Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan
- d. Bahwa penderitaan yang dialami oleh Pemohon karena musnahnya hak untuk memiliki Hak Milik dan Hak Guna Bangunan yang disebabkan oleh Berlakunya pasal 21 ayat (1), ayat (3) Dan Pasal 36 ayat (1) UUPA; Serta Pasal 29 ayat (1), ayat (3), ayat (4) dan Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan, dialami juga oleh seluruh warga negara Indonesia lainnya yang kawin dengan warga negara asing

- e. Pasal 21 ayat (1), ayat (3), dan Pasal 36 Ayat (1) UUPA bertentangan dengan UUD 1945
- f. Bahwa Pasal 29 ayat (1), ayat (3), ayat (4), Dan Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan bertentangan dengan UUD 1945
- g. Mahkamah Konstitusi mempunyai kewenangan yang diberikan oleh negara untuk menegakkan hak asasi pemohon yang telah dirampas dan di diskriminasikan karena pasal 21 ayat (1), ayat (3), Dan Pasal 36 ayat (1) UUPA; Pasal 29 ayat (1), ayat (3), ayat (4), dan Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan
- h. Dasar pertimbangan pemohon telah berdasarkan hukum, tepat, benar, lengkap, dan sempurna sebagaimana dimaksud dalam Peraturan Perundang-undangan.⁴⁶

3. Alasan Pengujian *Judicial Review*

Objek pengujian adalah objek norma hukum yang diuji. Secara umum, norma hukum dapat berupa keputusan-keputusan hukum (a) sebagai hasil kegiatan penetapan yang bersifat administratif, dalam bahasa Belanda adalah *beschikking* (b) sebagai hasil kegiatan penghakiman berupa *vonnis* oleh hakim (c) sebagai hasil kegiatan pengaturan dalam bahasa Belanda disebut *regeling*, baik yang berbentuk legislasi berupa legislatif *acts* ataupun yang berbentuk regulasi berupa *executive acts*.

Ketiga bentuk norma hukum tersebut, yaitu produk peraturan (*regels*), keputusan (*beschekking*), dan penghakiman putusan (*Vonnis*) sama-sama dapat diuji secara hukum. Secara umum istilah pengujian atau peninjauan kembali

⁴⁶ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015.

dalam bahasa Inggris adalah *review* yang apabila dilakukan oleh hakim disebut sebagai *judicial review*.⁴⁷

Salinan Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 terdapat alasan mengenai pokok permohonan Pemohon adalah pengujian konstiusionalitas norma Undang-Undang, *in casu* Pasal 29 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4).⁴⁸ Hal ini yang menjadi fokus bahasan dan pasal tersebut merupakan produk legislasi.

4. *Legal Standing* Pemohon

Setiap perkara yang masuk dalam Mahkamah Konstitusi disebut sebagai perkara permohonan, bukan gugatan. Alasan kuat mengenai hal tersebut adalah hakikat perkara konstitusi tidak bersifat adversarial atau *contentius* yang berkenaan dengan pihak-pihak saling bertabrakan kepentingan seperti dalam perkara perdata ataupun tata usaha negara. Kepentingan yang sedang digugat ini merupakan kepentingan yang luas dalam kehidupan bersama.⁴⁹

Pemohon adalah subjek hukum yang memenuhi persyaratan menurut undang-undang guna mengajukan permohonan perkara konstitusi kepada Mahkamah Konstitusi. Dalam pemenuhan syarat-syarat guna menentukan kedudukan hukum atau *legal standing*. Persyaratan *legal standing* dimaksud mencakup syarat formal dalam Undang-undang maupun syarat materiil berupa kerugian hak atau kewenangan konstiusional dengan berlakunya undang-undang yang sedang dipersoalkan.

⁴⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010)cet. Ke-1. Hlm. 16-18

⁴⁸ Lihat Isi Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 143-155

⁴⁹ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, hlm. 45

Salinan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 terdapat lima pertimbangan yang terdapat dalam *legal standing* pemohon diantaranya:⁵⁰

- a. Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan pengujian UU terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 yang dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang.
- b. Menimbang bahwa Mahkamah sejak Putusan MK No. 006/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan MK No. 11/PUU-V/2007 bertanggal 20 September 2007 serta putusan-putusan selanjutnya berpendirian bahwa kerugian hak dan atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat. Isi lima syarat tersebut bisa dilihat dalam putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015.
- c. Menimbang bahwa pemohon mengadilkan selaku perseorangan warga negara Indonesia merasa dirugikan hak konstitusionalnya dengan berlakunya Pasal 21 ayat (1) dan ayat (3), Pasal 36 ayat (1) UU 5/1960 serta Pasal 29 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) serta Pasal 35 ayat (1) UU 1/1974 dengan alasan-alasannya yang bisa dilihat dalam salinan Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015.
- d. Pemohon mempunyai hak konstitusional yang sama dengan warga negara Indonesia lainnya sebagaimana dijamin oleh UUD 1945 pasal 28D ayat (1), pasal 28E ayat (1), pasal 27 ayat (1), pasal 28H ayat (1), pasal 28H ayat (4),

⁵⁰ Lihat Isi Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm.140- 143

pasal 28I ayat (2), pasal 28I ayat (4) UUD 1945. Berikut akan diuraikan isi dari pasal-pasal tersebut:⁵¹

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

Pasal 27 ayat (1) UUD 1945:

“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.”

Pasal 28E ayat (1) UUD 1945:

“Setiap orang bebas..., memilih tempat tinggal di wilayah negara...”

Pasal 28H ayat (1) UUD 1945:

“Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.”

Pasal 28H ayat (4) UUD 1945:

“Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak dapat diambil secara sewenang-wenang oleh siapapun.”

Pasal 28I ayat (2) UUD 1945:

“Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang sifatnya diskriminatif itu.”

⁵¹ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 154

Pasal 28I ayat (4) UUD 1945:

“Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.”

- e. Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo* dan pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo* (perkara yang masih diperselisihkan).

5. Amar Putusan

Isi dalam Amar putusan yang dinyatakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan No. 69/PUU-XIII/2015 yakni:⁵²

- a. Mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian:
 - 1) Pasal 29 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai:

“Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.
 - 2) Pasal 29 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara

⁵² Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 156-157

Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai:

“Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.

- 3) Pasal 29 ayat (3) UU No. 1 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai:

“Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”.

- 4) Pasal 29 ayat (3) UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai:

“Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”.

- 5) Pasal 29 ayat (4) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai:

“Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”.

- 6) Pasal 29 ayat (4) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai:

“Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”.

- b. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya
- c. Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya

Setelah pengujian atas undang-undang itu diputus final, seperti apakah yang menjadi akibat hukum putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara pengujian undang-undang? Menurut ketentuan Pasal 47 UU No 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi :

“Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum”. Pasal 49 menentukan:” Mahkamah Konstitusi wajib mengirim salinan putusan kepada

para pihak dalam jangka waktu paling lambat tujuh hari kerja sejak putusan diucapkan”.

Untuk melaksanakan ketentuan pasal 49 tersebut, Mahkamah Konstitusi selama ini telah mentradisikan kebiasaan bahwa:⁵³

- 1) Putusan dibacakan dengan dilengkapi oleh dua buah layar monitor lebar dalam ruang sidang dan diluar sidang sehingga semua audien dapat mengikuti dengan seksama
- 2) Salinan putusan langsung dibagikan kepada pihak-pihak dalam sidang Mahkamah Konstitusi.

C. Perjanjian Perkawinan di Indonesia

1. Perjanjian Perkawinan dalam Perkawinan Campuran

Sistem hukum dan budaya calon pasangan merupakan keniscayaan bagi perempuan Indonesia yang ingin menikah dengan pria warga negara asing atau sebaliknya. Pria Indonesia yang akan menikah dengan perempuan warga negara asing. Dalam perkawinan campuran tersebut, akan muncul berbagai masalah hukum.⁵⁴ Pentingnya sistem hukum dan budaya yang harus dikenal terlebih dahulu oleh para calon pasangan perkawinan campuran masing-masing, supaya problema hukum tidak merepotkan pada saat membangun dan membina rumah tangga.

Perkawinan campuran adalah perkawinan dari orang-orang yang tunduk di bawah hukum yang berlainan. Maksud dari kata berlainan ini adalah dahulu jika terdapat berbeda golongan rakyat maka disebut perkawinan antar

⁵³ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, hlm. 216

⁵⁴ Merry Girsang, Ketua Umum KPS Melati, Perkawinan Campuran, KPC Melati Center, <http://www.kpcmelaticenter.com/id>. Diakses pada tanggal 14 April 2017

golongan, beda agama bisa disebut perkawinan beda agama, beda karena tempat kediaman disebut perkawinan beda tempat dan beda hukum yang berlangsung dalam satu suasana internasional. Kemudian jika orang berkewarganegaraan berbeda kemudian menikah, maka terjadilah suatu perkawinan campuran internasional atau disebut juga perkawinan antar negara.⁵⁵

Untuk itu yang termasuk perkawinan campuran yang bersifat internasional adalah:

- a. Perkawinan WNI dengan WNI di luar negeri
- b. Perkawinan WNI dengan WNA di Indonesia
- c. Perkawinan WNA dengan WNA di Indonesia
- d. Perkawinan antar WNI dengan WNA di luar negeri

Jika menurut teori Hukum Perdata Internasional untuk suatu perkawinan yang bersifat Internasional, harus memenuhi dua syarat, yaitu syarat materiil berdasarkan hukum status personal para calon mempelai⁵⁶, dan syarat formil berdasarkan hukum di mana perkawinan dilangsungkan (*Lex Loci Celebrations*)⁵⁷.

Mencermati perundang-undangan di Indonesia, perkawinan campuran didefinisikan oleh Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dalam pasal 57:” yang dimaksud dengan perkawinan campuran dalam undang-

⁵⁵ Sudargo Gautama, *Warga Negara dan Orang Asing*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1987), cet. Ke-4, hlm. 130

⁵⁶ Marriage Act 1961, Act No. 12 of 1961 as amended, 2006, section 88D. Di akses pada tanggal 22 September 2017

⁵⁷ Marriage Act 1961, Act No. 12 of 1961 as amended, 2006, section 88C. Di akses pada tanggal 22 September 2017

undang ini ialah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarganegaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia”.

Perkawinan campuran dapat dilangsungkan di luar negara Indonesia maupun di dalam wilayah negara Indonesia. Jika dilangsungkan di luar negeri maka perkawinan tersebut sah bila perkawinan tersebut menurut hukum negara yang berlaku di negara mana pernikahan itu dilangsungkan. Kemudian bagi warga negara Indonesia tidak melanggar ketentuan Undang-Undang Perkawinan Pasal 56. Jika dilangsungkan di Indonesia, perkawinan campuran dilakukan menurut UU Perkawinan Pasal 59 ayat (2). Dan syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan materiil yang berlaku menurut hukum masing-masing pihak dalam Pasal 60 ayat (1) UU Perkawinan.

2. Pencatatan Perkawinan

Perkawinan campuran dicatat oleh pegawai pencatat yang berwenang menurut UU Perkawinan 1974 Pasal 61 ayat (1). Selanjutnya pegawai yang berwenang yang beragama Islam yaitu Pegawai Pencatat Nikah (PPN) atau Pembantu Pencatat Nikah Talak Cerai Rujuk (PNTCR) sedangkan yang selain agama Islam dilakukan oleh Pegawai Pencatat Sipil.

Jika perkawinan campuran dilaksanakan tanpa memperlihatkan terlebih dahulu kepada pegawai pencatat surat keterangan atau keputusan pengganti keterangan, maka yang melangsungkan perkawinan campuran itu dihukum dengan hukuman kurungan selama satu bulan, hal tersebut terdapat dalam Pasal 61 ayat (2). Namun dalam UU No. 1 Tahun 1974 tidak mengatur

pencatatan perkawinan campuran, untuk itu jika terdapat perkawinan campuran yang dilangsungkan di Indonesia maka berlakulah ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU No. 1 tahun 1974 dan ketentuan Pasal 2 sampai dengan Pasal 9 Peraturan Pemerintah No.9 tahun 1975 tentang pelaksanaan UU No. 1974, yakni:

- a. Pada pasal 2 ayat (2) UU No.1 1974 tiap-tiap perkawinan dicatat menurut UU yang berlaku⁵⁸
- b. Pasal 2 Peraturan Pemerintah No.9 tahun 1975 yang terdapat 3 ayat mengenai pencatatan perkawinan.

Demikian dalam pencatatan perkawinan jika pasangan beragama Islam walaupun berbeda kewarganegaraan tetap dicatatkan dalam KUA begitu juga dengan pasangan non muslim meskipun berbeda kewarganegaraan pencatatan perkawinan tetap di catatkan di kantor catatan sipil.⁵⁹

3. Perjanjian Perkawinan

Kamus Besar Bahasa Indonesia mengartikan perjanjian adalah persetujuan tertulis atau dengan lisan yang dibuat oleh dua pihak atau lebih masing-masing akan bersepakat akan mentaati apa yang tersebut dalam persetujuan itu.⁶⁰ Itulah pengertian secara umum mengenai perjanjian.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dalam Pasal 147 menetapkan, bahwa perjanjian perkawinan harus dibuat dengan akta notaris, dengan ancaman kebatalan. Syarat tersebut dimaksudkan guna:

⁵⁸ Himpunan Peraturan Perundang-Undang Tentang Perkawinan, (Bandung: Fokusmedia, 2005) cet.ke-1, hlm. 2

⁵⁹ Nawawi. N, "*Perkawinan Campuran Dalam Problema dan Solusi*", Widyaiswara Madya Balai Diklat Keagamaan Palembang, hlm. 8-9

⁶⁰ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Ikhtisar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka 2005), Cet ke-3, hlm. 458

- a. Perjanjian kawin tersebut dituangkan dalam bentuk akta otentik, yang mempunyai kekuatan pembuktian yang kuat.
- b. Agar terdapat kepastian hukum tentang hak dan kewajiban suami-istri atas harta benda mereka.
- c. Untuk mencegah perbuatan tergesa-gesa, oleh karena akibat dari perjanjian akan mengikat para pihak.
- d. Sebagai satu-satunya alat bukti yang sah
- e. Untuk mencegah kemungkinan adanya penyelundupan hukum.

Pasal 147 KUHP⁶¹ (BW) disebutkan bahwa terkandung asas-asas yang menentukan bahwa kedua belah pihak bebas menentukan isi dari perjanjian perkawinan agar tidak terjadi cacat hukum, kemudian batasan dalam membuat perjanjian perkawinan diantaranya:

- a. Tidak membuat janji-janji (*bedingen*) yang bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban
- b. Isi perjanjian kawin memuat mengurangi hak-hak yang timbul dari kekuasaan suami sebagai kepala rumah tangga
- c. Tidak membuat janji-janji yang mengandung pelepasan hak atas harta peninggalan keluarga
- d. Tidak membuat janji-janji bahwa salah satu pihak akan memikul hutang lebih besar dari pada bagian aktiva

⁶¹ Kumpulan Kitab Undang-Undang Hukum dan Acara Perdata K.U.HPer, (Jakarta: Citra Media Wacana, 2016), hlm. 26

Perubahan perjanjian perkawinan tersebut juga telah diatur dalam KUHPer Pasal 149⁶² yakni: “setelah perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dengan cara apapun tidak boleh diubah”. Perjanjian perkawinan harus diikuti dengan perkawinan dan perjanjian perkawinan ini tidak akan berlaku jika tidak diikuti dengan perkawinan. Hal ini terdapat dalam Pasal 154⁶³ KUHPer, yakni: “perjanjian perkawinan seperti pun hibah-hibah karena perkawinan tidak akan berlaku, jika tidak diikuti oleh perkawinan”. Mereka yang memenuhi syarat untuk menikah pada waktu perjanjian itu dibuat.

Perkawinan campuran akan menjadi masalah hukum perdata internasional karena akan terpaut dua sistem hukum perkawinan yang berbeda, yang dalam penyelesaiannya dapat digunakan Pasal 2 dan Pasal 6 ayat (1) GHR (*Regeling of de Gemengde Huwelijken*) S.1898 No. 158⁶⁴, yaitu diberlakukannya hukum pihak suami. Masalah harta perkawinan campuran ini apabila pihak suami warga negara Indonesia, maka tidak ada permasalahan karena diatur berdasarkan hukum suami yaitu Undang-Undang No.1 Tahun 1974.

KUHPer Bab VI terkait harta bersama menurut undang-undang dan kepengurusannya, dalam pasal 119 bahwa “Sejak saat dilangsungkannya perkawinan, maka menurut hukum terjadi harta bersama menyeluruh antara suami isteri, sejauh tentang hal itu tidak diadakan ketentuan-ketentuan lain dalam perjanjian perkawinan. Harta bersama itu, selama perkawinan berjalan,

⁶² Kumpulan Kitab Undang-Undang Hukum dan Acara Perdata K.U.HPer, hlm. 26

⁶³ Kumpulan Kitab Undang-Undang Hukum dan Acara Perdata K.U.HPer, hlm. 26

⁶⁴ Zulfa Djoko Basuki, *Hukum Perkawinan Di Indonesia*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2010), hlm. 79

tidak boleh ditiadakan atau diubah dengan suatu persetujuan antara suami isteri”⁶⁵.

Secara umum landasan Al-Qur'an yang berhubungan dengan perlindungan harta bersama dalam perjanjian perkawinan, sebagai berikut dalam QS. An-Nisa 32:

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ ۚ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا^ط
وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ^ع وَسَأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا



“Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebagian kamu lebih banyak dari sebagian yang lain. (karena) bagi orang laki-laki ada bagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi Para wanita (pun) ada bagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui segala sesuatu”. (QS. An-Nisa 32)

D. *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

1. Biografi Jasser Auda

Profesor Auda adalah Ketua Institut *Maqāṣid*, yaitu sebuah wadah pemikiran global yang berbasis di London, UK. Dengan pendidikan dan proyek-proyek penelitian di seluruh negara lain. Dia adalah seorang profesor serta Ketua Studi Maqosid Al-Syatibi di Afrika Selatan. Seorang profesor untuk studi Islam di Carleton University, Kanada.

⁶⁵ Kumpulan Kitab Undang-Undang Hukum dan Acara Perdata K.U.HPer, (Jakarta: Citra Media Wacana, 2016), hlm. 26

Jasser Auda adalah pendiri dan anggota Dewan dari International Union Cendekiawan Muslim, anggota Dewan Eksekutif dari Dewan Fiqh Amerika Utara, anggota Dewan Eropa untuk fatwa dan penelitian, serta *Fellow* dari Academi Fiqh Islam di India. Auda memiliki gelar PhD dalam filsafat Hukum Islam dari University of Wales di Inggris dan PhD dalam analisis sistem dari University of Waterloo, Kanada. Awal dalam hidupnya, Auda hafal Al-Qur'an dan belajar fikih, ushul dan Hadist dalam *halaqoh* Masjid Al-Azhar, Kairo.

Mengenai pekerjaan, sebelumnya Auda bekerja sebagai direktur pendiri pusat Maqosid Filsafat Hukum Islam di London, Deputy Direktur pendiri pusat etika Islam di Doha, profesor di University of Waterloo, Alexandria University, Universitas Islam Novi Pazar Qatar, Fakultas Pendidikan Agama Islam dan Universitas Amerika Sharjah. Auda diajarkan dan dilatih pada Islam, hukum, spiritualitas dan etika di lebih dari 50 negara di seluruh dunia. Auda juga menulis 25 buku-buku dalam bahasa Arab dan bahasa Inggris, beberapa diantaranya telah diterjemahkan untuk 25 bahasa.⁶⁶

Diantara sebagian buku-bukunya; *Maqāsid al-Ahkam wa Ilaluha*, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, *Madkhal Maqāsid li al-Ijtihad*, *Fiqh al-Maqasid: Inatat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqāsidih*, serta yang telah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia adalah *membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syari'ah Berbasis Sistem*.

⁶⁶ Jasser Auda, *Biography Jasser Auda*, dalam www.jasserauda.net, di akses 14 September 2017

2. Pemikiran *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Perkembangan dalam kehidupan manusia adalah suatu keniscayaan. Begitupula dengan permasalahan yang ditimbulkan oleh manusia sebagai implikasi dari sebuah peradaban. Khususnya perkembangan hukum Islam yang menjadi pedoman bagi umat Islam di dunia. Oleh sebab itu, pentingnya mengkaji serta menganalisis perkembangan hukum Islam di era modern.

Salah satu konsentrasi ilmu dalam hukum Islam yaitu *Maqāṣid al-Sharī'ah* telah mengalami perkembangan dari masa ke masa. Fokus dalam perkembangan *Maqāṣid* akan peneliti tentukan yaitu pemikiran *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang berbasis sistem oleh Jasser Auda. Jasser Auda adalah *Founding Director al-Maqāṣid Center al-Furqon Foundation*, London, UK. Karena dengan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* kontemporer ini, peneliti berharap hasil analisis nanti pada bab analisis akan menemukan suatu hasil dari amar putusan MK terkait perlonggaran makna perjanjian perkawinan yang tentunya memperbarui suatu undang-undang sesuai dengan kebutuhan umat.

Anas S. Al-Shaikh-Ali sebagai *Academic Advisor* di IIIT London, England menyebutnya pendekatan metodologis sistematis ini akan berdampak pada rekonstruksi hukum Islam, Institusi-institusi hak asasi manusia, masyarakat madani, dan kekuasaan kehakiman yang berada dalam prinsip-prinsip Islami dan pemikiran yuridis.⁶⁷

⁶⁷ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam (Pendekatan Sistem)*, terj. Rosidin dan 'Ali 'Abd el Mun'im (Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015), cet.1, hlm. 18

Maqāṣid sebagai metodologi hukum Islam mempunyai peran penting dalam suatu permasalahan, tentunya dalam permasalahan kontemporer mengenai hukum Islam. Dalam hal ini seluruh madzhab hukum dalam Islam sepakat bahwa permasalahan yang tidak ditemukan dalam Al-Qur'an, Sunnah dan Ijma' diselesaikan melalui ijtihad. Perbedaan diantara aliran-aliran ini hanya dalam urutan metode-metode yang digunakan, atau sebagian aliran menggunakan metode tertentu tetapi aliran yang lain tidak menggunakannya.⁶⁸

Maqāṣid atau *maṣlahah* yang menjadi kajian utama Auda dalam bukunya adalah salah satu bidang pembahasan dalam ilmu ushul fikih. Bahkan Auda sependapat dengan Ibn 'Ashr⁶⁹ yang mengkritik kemapanan ilmu ushul fiqh sebagai ilmu yang sudah melalaikan *Maqāṣid al-Sharī'ah* dengan hanya mengandalkan *alfaz* (teks-teks) lahiriyah syari'at dan makna-makna teksnya lewat kaidah-kaidah tertentu dalam istinbat hukum Islam. Serta menyampingkan pada *Maqāṣid* yang tersimpan dalam setiap teks-teks hukum, padahal *Maqāṣid* adalah tujuan dan sasaran utama fikih.⁷⁰

Auda mendefinisikan *Maqāṣid*, dari sudut pandang (etimologi) bahasa adalah *Maqāṣid* berasal dari bahasa Arab مقاصد, yang merupakan bentuk

⁶⁸ Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia: Perspektif Muhammadiyah dan NU*, (Jakarta: Universitas YARSI, 1999), hlm. 9

⁶⁹ Pendapat Ibn 'Ashr ini sebenarnya hampir sama dengan yang ditawarkan oleh al-Syatibi, namun beliau berjasa terhadap pengembangan ilmu *maqāṣid al-sharī'ah* dan menjadikannya sebagai disiplin ilmu baru yang terpisah dengan ushul fiqh. Beliau telah berhasil mengembangkan teori *maqāṣid* yang sebelumnya hanya berkutat pada kajian *juz'iyah* dan *kulliyah* menjadi lebih luas, yaitu memperluas jangkauan maqosid terhadap muamalah yang di dalamnya mengupas berbagai isu-isu *maqāṣid*, *maqāṣid* hukum keluarga, *maqāṣid* penggunaan harta, maqosid perundangan dan kesaksian dan lain-lain. Lihat Muhammad al-Thahir Ibn 'Asr, *Maqosid al-Syari'ah al-Islamiyah* (Cairo: Dar al-Salam, 2012), cet. Ke-5

⁷⁰ Jasser Auda, *Maqāṣid al-Ahkam wa Ilaluha*, dalam www.jasserauda.net, hlm. 1-2, di akses pada 26 Juli 2017

jamak dari مقصد yang artinya maslahat, objektif, prinsip, inten, sasaran, tujuan akhir dan lain-lain.⁷¹

Secara (*terminology*) istilah *Maqāṣid* dapat didefinisikan dengan makna-makna (pemahaman) yang dikehendaki oleh Syar'i (Allah dan RasulNya) untuk dapat terealisasi lewat *taṣri'* dan penetapan hukum-hukumnya yang di-*istinbath* (dideduktif) oleh para mujtahid lewat teks-teks syari'at.⁷²

Jika melihat dalam tulisannya Jasser Auda yang berjudul "*Fiqh al-Maqāṣid: Inat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqāṣidiha*" menerangkan bahwa:

73

"فِيمَا يَظْهَرُ لِي مِنْ كُلِّ مَا سَبَقَ أَنَّ الْمَقَاصِدَ مَنْظُومَةٌ مُعَقَّدَةٌ لَيْسَتْ عَلَى نَسَقٍ أَوَّلِيٍّ
بَسِيطٍ مِثْلَ أَهْرَمٍ أَوْ الشَّجَرَةِ أَوْ الدَّائِرَةِ فَهِيَ إِذَنْ بِالتَّعْيِيرِ الْمَنْظُومِيِّ الْمُعَاصِرِ أَقْرَبُ مَا
تَكُونُ لِمَا يُعْرَفُ بِالْمَنْظُومَةِ الشَّبَكِيَّةِ الْمُتَعَدِّدَةِ الْأَنْسَاقِ وَالْأَبْعَادِ"

Artinya: "dari yang tampak bahwa *Maqāṣid* itu adalah sesuatu yang tersusun dan terikat, bukan seperti dasar dari sebuah pondasi yang berupa barang kuno atau tanaman/lingkaran. *Maqāṣid* dengan istilah modern adalah menyerupai sesuatu yang disebut dengan sistem jaringan yang pondasinya banyak dan jangkauannya luas serta jauh."

Pendefinisian Auda tersebut adalah langkah awal untuk melakukan perubahan paradigma dalam hukum Islam. Tawaran Auda adalah dengan perspektif *Maqāṣid*, dari teori *Maqāṣid* lama menuju teori *Maqāṣid* baru

⁷¹ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, (London: International Institut of Islamic Thought, 2007), hlm. xxv

⁷² Jasser Auda, *Madkhal Maqāṣidi li al-Ijtihad*, dalam www.jasserauda.net, hlm. 1-2, di akses pada 26 Juli 2017

⁷³ Jasser Auda, *Fiqh al-Maqāṣid: Inat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqāṣidiha*, (London: The International Institut of Islamic Thought (IIIT), 2007), hlm. 27

terletak pada titik tekan keduanya. Titik tekan *Maqāṣid* lama lebih kepada perlindungan (*protection*) dan penjagaan pelestarian (*preservation*). Sedangkan teori *Maqāṣid* baru lebih terhadap *development* (dalam hal ini termasuk pembangunan dan pemberdayaan) dan *human right* (hak asasi manusia) serta kemaslahatan publik.⁷⁴ Ketiga unit inilah target utama dari masalah dalam *Maqāṣid al-Sharī'ah* guna merealisasikan studi hukum Islam yang komprehensif.

Konsep *Maqāṣid* yang dikembangkan oleh Auda dijelaskan dalam bukunya yang berjudul “*Maqāṣid al-Sharī'ah as Philosophy of Islamic Law a Sistem Approach*” (*Maqāṣid al-Sharī'ah* Sebagai Filsafat Hukum Islam Sebuah Pendekatan Sistem). Dalam buku tersebut terdapat tiga bahasan pokok, diantaranya: a) metodologi, b) analisa dan c) pengembangan teori.⁷⁵ Keseluruhan inti pokok tersebut akan peneliti rangkum menjadi dua sub bagian yang akan dijelaskan di bawah.

Auda mengembangkan *Maqāṣid* ini berangkat dari konsep *Maqāṣid* klasik dengan menukil pendapat dari ulama' tentang tingkatan *Maqāṣid* dan kemudian mengkritiknya meskipun Auda juga memujinya. Diantara ulama' tersebut adalah al-Juwainy, ini disebut ulama pertama oleh Auda dalam mengkonsep *Maqāṣid*. Al-Juwainy terkadang menyebut *Maqāṣid al-Sharī'ah* dengan istilah *maṣlahah 'āmmah* (kemaslahatan umum). Selanjutnya al-Ghazali memandang *Maqāṣid* sebagai *masalih al-mursalah* dengan tiga

⁷⁴ Jasser Auda, *Maqosid Al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, (London: The International Institute Of Islamic Thought, 2007), hlm. 45

⁷⁵ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. xxvii

tingkatan yaitu, (*necessities*) primer/*darurat*, sekunder/*hajiyyat* (*needs*), dan tersier/*tahsiniyat* (*luxuries*). Kemudian pendapat ulama' lain seperti al-Tufi, al-Qarafi yang walaupun berbeda redaksi namun maksud dan tujuannya adalah sama. Sehingga Auda mengklaim bahwa *Maqāṣid* dan *maṣlahah* adalah hal yang sama.⁷⁶

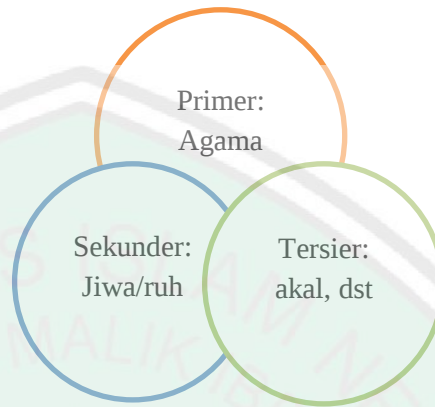
Mengenai pendapat, Auda sependapat dengan ulama' yang membagi *Maqāṣid* menjadi tiga bagian, yaitu a) *general*/umum, *specific*/khusus dan *partial*/parsial. *Maqāṣid* umum merupakan tujuan/prinsip umum dalam aspek syari'at atau sebagian besarnya seperti prinsip toleransi, kemudahan, keadilan, dan kebebasan. Maka, *maṣlahah* yang primer cakupannya terhadap kewajiban menjaga agama, jiwa, akal, nasab, harta dan kehormatan itu termasuk dari *Maqāṣid* secara umum. Yang kedua *Maqāṣid* secara khusus yaitu beberapa tujuan syari'at yang ada dari salah satu bab dari beberapa bab syari'at. Seperti adanya sanksi dalam bab *jinayah* tujuannya adalah membuat jera. Sedangkan *Maqāṣid* parsial adalah terkadang sebuah hukum atau *athar* (rahasia) yang dimaksud oleh syari'at secara langsung terhadap sesuatu hukum yang parsial, seperti tujuan dari *rukhsah* (keringanan) tidak puasa bagi yang tidak mampu adalah menghilangkan kesulitan.⁷⁷

Ketiga kategori *Maqāṣid* di atas ini dibuat urutan atau hirarki oleh para ulama, namun hal ini Auda tidak sependapat. Auda lebih sependapat dengan pendapat modern, yaitu salah satu ulama' kontemporer Mesir Syeikh Mohammad al-Ghazali yang tidak lagi menggambarkan *Maqāṣid* secara hirarki

⁷⁶ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, hlm. 2-3

⁷⁷ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, hlm. 5

atau menyerupai piramida, tetapi menggunakan lingkaran yang sejajar, dan saling mengisi⁷⁸, seperti gambar di bawah ini:



Skema 1.1: Lingkaran-lingkaran sejajar dan saling mengisi yang di kemukakan oleh Syeikh Muhammad al-Ghazali yang diikuti Jasser Auda⁷⁹

Auda mendasarkan konsep *Maqāṣid*-nya pada Hadits Sahih Bukhori-Muslim, yaitu:

عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ الْأَحْزَابِ (لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدٌ الْعَصْرَ إِلَّا فِي بَيْتِي قُرَيْظَةَ) . فَأَذْرَكَ بَعْضُهُمُ الْعَصْرَ فِي الطَّرِيقِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا نُصَلِّي حَتَّى نَأْتِيَهَا وَقَالَ بَعْضُهُمْ بَلْ نُصَلِّي ثُمَّ يُرَدُّ مِنَّا ذَلِكَ. فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمْ يَعْنِفْ وَاحِدًا مِنْهُمْ⁸⁰

“ Dari Ibn Umar ra. Berkata: Nabi SAW bersabda pada hari perang al-Ahzab : (Jangan salah seorang dari kalian sholat asar kecuali di perkampungan Yahudi Bani Quraydah)”. Maka sebagian sahabat Nabi SAW telah mendapat waktu asar di jalan. (sebelum sampai di Bani Quraydah), lalu sebagian sahabat berkata: kami tidak akan sholat sebelum sampai, dan

⁷⁸ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, hlm. 6-8

⁷⁹ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, hlm. 8

⁸⁰ Lihat Al-Imam Abu Abdillah Muhammad bin Ismail al-Bukhari, *Shahih al-Bukhari*, (Bairut Lebanon: Dar al-kutub al-Ilmiyah, 1992) no. Hadis 3810

sebagian lain berkata: kami akan tetap sholat di jalan. Kemudian diadukannya persoalan itu kepada Nabi SAW dan Nabi SAW tidak menyalahkan atau membenarkannya.”

Argumentasi Auda dalam hadist tersebut bahwa sebagai bukti yang jelas terhadap istinbat hukum dari teks yang diambil dari *al-zān al-ghalib* (persepsi kuat), bahkan boleh menetapkan sebuah hukum ‘*amali* (praktis) dengan berdasar konsep *Maqāsid* yang diambil lewat sebuah pemahaman yang sekalipun bertentangan dengan ‘*illah* yang tampak secara tekstual, karena sebagian sahabat yang berijtihad dan mengerti bahwa maksud Nabi SAW itu adalah segera sampai tujuan (Bani Quraydah) dan bukan perintah sholat di Bani Quraydah, maka mereka yang tetap melakukan sholat di jalan itu berarti telah bertentangan dengan zahirnya perintah Nabi SAW. Sedangkan sebagian sahabat yang tetap melakukan sholat di tempat tujuan walau waktunya telah habis itu berarti mereka tetap bepegangan pada ‘*illah* yang zahir dari perintah Nabi SAW. Dengan adanya mendiamkan kedua kelompok itu adalah bukti bahwa Nabi SAW membenarkan kedua metode (pemahaman) tersebut.⁸¹

3. Konsep *Maqāsid* Kaitannya Dengan ‘*Illah*

Tendensi hadist di atas yang diriwayatkan oleh Ibn Umar, tentunya terdapat ‘*illah* baik yang tampak maupun tidak. Korelasinya dengan konsep *Maqāsid*, Auda berargumen bahwa ijtihad yang dilakukan oleh sahabat terhadap hadis tersebut di dasarkan atas ‘*illah* yang dipahami oleh sebagian sahabat itu berbeda dengan sahabat yang lainnya. Maka hasil ijtihadnya pun berbeda. Sumbernya pada saat Nabi SAW bersabda tidak boleh sholat dhuhur

⁸¹ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, hlm. 9

atau asar kecuali di kampung Yahudi Bani Quraydah. Dengan demikian *dilalah* *zahirnya* menunjukkan bahwa harus sholat di kampung Bani Quraydah dan '*illah*-nya adalah sampai di kampung tersebut. *Maqāsid* (maksud dan tujuan yang dipahami secara kontekstual) adalah *al-isra'* (bersegera untuk sampai di kampung tersebut sebelum waktu sholat dhuhur habis). Sehingga *dilalah* *Maqāsid*-nya adalah bersegera dan sholat di tengah jalan.⁸²

Sudut pandang Auda menyatakan bahwa terdapat kesamaan antara '*illah* dan *Maqāsid*. Sebab '*illah* yang didefinisikan sebagai

"الْمَعْنَى الَّذِي شُرِعَ الْحُكْمُ لِأَجْلِهِ"⁸³

(sebuah makna yang karenanya suatu hukum itu disyari'atkan). Tentunya hal ini sama dengan definisi *Maqāsid* (disebutkan di depan). Maksudnya adalah menurut Syaukani⁸⁴ sebagian ulama ushul zahidiyah berpendapat bahwa '*illah* itu dasar dari pembuatan hukum, ta'rif ini mendekati ta'rif '*illah* pada *Maqāsid*.

Auda juga sependapat dengan ulama klasik yang membagi '*illah* ada dua bagian yaitu: a) *ta'abbudi* (irrasional) dan b) *ta'aqquli* (rasional).⁸⁵ '*illah* suatu hukum yang bisa ditemukan oleh akal sering disebut *al-ta'lil bi al-hikmah* (penetapan '*illah* dengan sebuah hikmah), jika '*illah* sebuah hukum itu tidak atau belum diketahui hikmahnya, maka *Maqāsid*-nya adalah *ta'abbudi*,

⁸² Jasser Auda, *Maqosid al-Ahkam*, hlm. 1-2

⁸³ Jasser Auda, *Fiqh al-Maqāsid: Inat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqāsidihā*, hlm. 56

⁸⁴ Muhammad bin Ali al-Syaukani, *Irsyadul Fukhul ila Tahqiqil Haq'i min 'Ilmi Ushul*, (Lebanon: Dar al-Fiqr, 1412 H), hlm. 353

⁸⁵ Jasser Auda, *Maqosid al-Ahkam*, hlm. 13-14

dalam hal ini masih terdapat sebagian ulama yang menyamakan dan membedakan antara ‘illah dan hikmah.⁸⁶

Beberapa unsur yang harus ada dalam suatu pembaharuan hukum Islam melalui *Maqāṣid*, dalam kaitannya dengan unsur ini Jasser Auda mempertimbangkan lima unsur diantaranya:⁸⁷

a) التَّغْلِيلُ

Mayoritas fuqoha’ menggunakan istilah *Maqāṣid* untuk ‘illah pada masalah qiyas, tanpa membedakan istilah dan ‘illah hukum yang disertai dengan hikmah.

b) التَّرْجِيحُ بَيْنَ الْعِلَلِ فِي الْقِيَاسِ

Penyaringan ‘illah dalam metode qiyas. Artinya bahwa terdapat dua ‘illah, ‘illah yang pertama adalah pokoknya dan illat yang kedua adalah yang tidak pokok. Yang pokok ini harus diutamakan, karena syari’at lebih mendahulukan serta adanya dugaan kuat.

c) حُلُّ تَعَارُضِ النُّصُوصِ

Menemukan titik temu diantara pertentangan sesama nash.

d) تَغْيِيرُ الْفَتَوَى

Perubahan fatwa pada zaman sahabat karena ada masalah.

e) مَنَعُ التَّحِيلِ

Dilarangnya rekayasa (trik) hukum.

⁸⁶ Jasser Auda, *Maqosid al-Ahkam*, hlm. 9

⁸⁷ Jasser Auda, *Fiqh al-Maqosid: Inatat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqosidiha*, hlm. 48-51

4. *Maqāṣid al-Sharī'ah* Berbasis Sistem

Sistem sebagai filsafat dan metodologi analisis digunakan oleh Auda untuk model pengembangannya terhadap *Maqāṣid al-Sharī'ah*. Menurutnya sistem adalah “*since system is a multi-diciplinary field that had emerged from the realm of science, rather than the realm of humanities*”⁸⁸ (sistem adalah sebuah ranah multidisipliner yang muncul dari dunia sains, bukan humaniora).

Auda mengharapkan filsafat sistem ini nantinya dapat dimanfaatkan terhadap filsafat Islam dan hukum Islam sehingga tidak berkiblat ke Eropa dan meletakkan posisinya terhadap posmodernisme yang rasional, dan pendekatan sistem untuk analisis. Menurut peneliti, ini adalah inti dari lahirnya beberapa fitur yang di cetuskan oleh Auda yang akan dijelaskan di bawah.

Penting adanya sebuah pendekatan terhadap analisis. Menurut pandangan Auda bukti adanya ciptaan Tuhan dalam konteks sekarang ini lebih tepat jika dilandaskan terhadap pendekatan sistem dari pada berdasarkan argumen terdahulu. Menurutnya pendekatan sistem adalah “*proach is a holistic, in wich an entity is dealt with as a whole system that consist of a number of sub-systems*”⁸⁹ (sebuah pendekatan yang holistik, di mana entitas apa pun dipandang sebagai satu kesatuan yang terdiri dari sejumlah subsistem).

Filsafat sistem menjelaskan bahwa tabiat hubungan antara sistem dengan realitas nyata bersifat korelatif. Yakni, pikiran dan perasaan kita mampu memahami dunia dalam wujud hubungan antara realitas yang maujud dengan tanpa terpisah darinya dan tanpa ada kesesuaian. Sistemlah yang

⁸⁸ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, hlm. 26

⁸⁹ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, hlm. 29

menjadi sarana untuk menata pikiran kita mengenai realitas yang nyata. Kemudian melihat realitas melalui sistem merupakan proses untuk mengetahui. Maka atas dasar inilah Jasser Auda menjadikan teori sistem sebagai pendekatan terhadap hukum Islam dalam pandangan kontemporer.⁹⁰

Setelah mengetahui tawaran filsafat Islam yang berbasis sistem, maka digunakanlah sistem tersebut ke dalam sebuah pendekatan untuk menganalisis pemahaman produk hukum dalam penelitian ini. Berikut penjelasan Auda mengenai metode analisis.

a. Tradisi Analisis Dekomposisional

Pemahaman umum terhadap makna analisis dalam banyak kamus memuat pengertian pemecahan menjadi elemen-elemen yang lebih sederhana. Akan tetapi dalam filsafat analisis sebuah konsep sentral filosofis yang didenifisikan dalam banyak cara sesuai dengan jumlah mazhab filsafat yang berbeda-beda.

Konsep dekomposisi memiliki akar dalam metode-metode filsafat dan geometri Yunani kuno. Banyak versi dalam metode dekomposisi yang disebutkan oleh Jasser Auda, metode dekomposisi versi Plato dan Aristoteles memiliki pengaruh besar terhadap pemikiran manusia selama lebih dari 2000 tahun, yang dimanifestasikan dalam berbagai cara.⁹¹ Misalnya pembagian kategori-kategori versi Ibn Rusyd, *resolutio* versi Aquinas, reduksi kepada istilah-istilah paling sederhana versi Descartes, dan masih banyak lagi.

⁹⁰ Jasser Auda, *Maqosid Al-Shariah As Philosophy Of Islamic Law: A Sistem Approach*, hlm. 46

⁹¹ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), cet.ke-1. Hlm. 68

Namun di samping luasnya keragaman dan kerumitan metode analisis filosofis, semua bentuk tradisi dekomposisi tak lepas kritikan dari para teoritikus maupun filsuf sistem kontemporer, terkait dengan orientasi parsial, logika tradisional, dan perspektif statis.⁹²

i. Orientasi Parsial

Orientasi umum analisis filosofisnya adalah parsial ketimbang holistik yang membuatnya menjadi sasaran kritik terkait ketidakakuratannya dalam konklusi yang dihasilkan.

ii. Logika Tradisional

Kritik yang diajukan adalah fokus ditujukan kepada relasi-relasi logis sederhana diantara elemen-elemen khusus, alih-alih ditujukan kepada seluruh logika, fungsi atau tujuan struktur sebagai satu kesatuan.

iii. Perspektif Statis

Analisis dekomposisi ini berfokus terhadap hubungan statis antara elemen-elemen yang diurai dan sering melupakan dinamika perubahannya, padahal terdapat dampak besar terhadap keseluruhan model analisis manapun.

b. Analisis Sistem

Analisis sistem sangat berkaitan erat dengan teori sistem di mana analisis tersebut didasarkan pada definisi sistem itu sendiri. Definisi umum dari sistem adalah serangkaian interaksi unit-unit atau elemen-elemen yang

⁹² Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 67-69

membentuk sebuah keseluruhan terintegrasi yang dirancang untuk melaksanakan beberapa fungsi.⁹³

Terdapat khazanah riset tentang konsep sistem dalam teori sistem yang tidak dimanfaatkan dalam analisis sistem. Metode-metode saat ini masih berdasarkan definisi sederhana dan umum bahwa sistem adalah sebuah rangkaian unit-unit yang berinteraksi, dan oleh karena itu mengabaikan banyak fitur-fitur sistem yang sangat besar manfaatnya untuk analisis.

Auda mengasumsikan bahwa segala sesuatu adalah sistem, maka proses analisisnya berlangsung terus untuk memeriksa fitur-fitur sistem.⁹⁴ Berikut akan dijelaskan fitur-fitur sistem yang digunakan oleh Jasser Auda dalam filsafat hukum Islam.

c. Fitur-fitur Sistem dan Penerapannya

Gagasan fundamental yang diproklamirkan oleh Auda, bahwasanya di dalam penelitiannya ushul fikih adalah sebuah sistem yang akan dianalisis berdasarkan sejumlah fitur. Kemudian akan dijelaskan masing-masing fitur sistem beserta argumen dengan dua perspektif yaitu teori sistem dan teologi Islam.⁹⁵

Dalam penjelasan berbagai fitur di bawah ini akan diuraikan secara singkat sebagai pengenalan dan lebih detailnya penjelasan berbagai fitur ini akan dijelaskan tatkala sudah memasuki bab pembahasan dari apa yang diteliti oleh peneliti, apakah nantinya akan menggunakan seluruh fitur ini atau hanya

⁹³ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 70

⁹⁴ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 70-71

⁹⁵ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 86

sebagian dari fitur. Berikut operasional sistematis terhadap enam fitur sistem ke dalam dasar-dasar hukum Islam.

1) Watak Kognitif (*Cognitive Nature*)

Ide dasar yang di gagas oleh Auda untuk menjelaskan fitur watak kognitif yaitu :⁹⁶

"وَيُظْهِرُ لِي بِجَلَاءٍ أَنَّ فَتْحَ بَابِ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْوَسَائِلِ وَالْعَايَاتِ, قَدْ يُفْتَحُ الْمَجَالُ لِمَيِّدَانٍ
وَاسِعٍ مِنَ الْأَرْزَاءِ الْجَدِيدَةِ وَالْأَصِيلَةِ فِي آنٍ وَاحِدٍ فِي الشَّرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ"

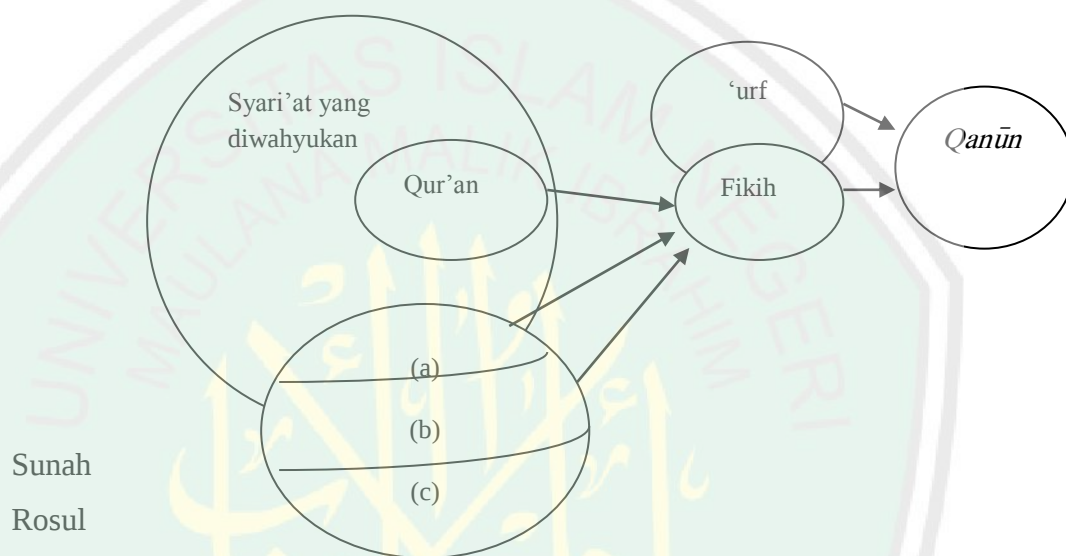
(Yang nampak di permukaan bahwa dengan membuka pintu pemisah antara wasilah dan tujuan terkadang dapat membuka ruang yang lebih luas untuk pendapat (hukum) di masa sekarang dalam metode *tashri'*). Pernyataan tersebut mengawali pemahaman dan pemikiran Auda terhadap fitur yang dikembangkannya. Selanjutnya di bawah akan di jelaskan lebih lanjut.

Pengertian watak kognitif, Auda sependapat dengan apa yang di ungkapkan oleh Ibn Taimiyyah. Menurut Auda adalah⁹⁷ “*cognitive nature of system is another expression of this correlation, a hypothesised system of the Islamic law, in our case, is a construction in the jurist’s cognitive faculty or (fi dhihm al-faqih)*” (watak kognitif sistem adalah ekspresi dari korelasi ini. Hipotesis sistem hukum Islam, dalam bahasa adalah sistem hukum Islam merupakan konstruksi konseptual yang muncul dalam kognisi fakih). Posisi pendekatan sistem pada hukum Islam, menuntut pandangan terhadap hukum Islam sebagai sistem, dalam nuansa ontologis kata sistem. Sehingga penerapan

⁹⁶ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah Dalil al-Mubtadi'in*, (USA: The International Institute of Islamic Thought, 2011), hlm. 80

⁹⁷ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 45-46

fitur watak kognitif sistem akan memandu kepada konklusi yang identik dengan *muṣawibah* yaitu hukum-hukum adalah apa yang dinilai oleh ahli fikih sebagai kebenaran yang paling mungkin, pendapat-pendapat hukum yang berbeda, seluruhnya merupakan ekspresi-ekspresi yang sah terhadap kebenaran dan seluruh pendapat tersebut adalah benar.⁹⁸



Skema 1.2: Skema Pengembangan watak kognitif oleh Jasser Auda⁹⁹

Penjelasan dari gambar tersebut yakni berawal dari satu bagian Sunnah digeser keluar dari lingkaran pengetahuan Ilahiah, dan bagian yang lain berada dalam perbatasan lingkaran. Perbatasan ini adalah bagian Sunnah yang dibuat dengan maksud tertentu. (a) penyampaian risalah secara langsung oleh Nabi yang disebut oleh al-Qarafi perbuatan-perbuatan dalam kapasitas sebagai penyampai atau yang dikenal dengan istilah *tasaruf* dengan risalah. (b) Sunnah dengan maksud-maksud tertentu, di luar penyampaian risalah secara langsung.

⁹⁸ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 254

⁹⁹ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 256

Sunnah-sunnah terkait harus dipahami dan diaplikasikan dalam hukum Islam sesuai dengan konteks tujuannya. (c) sunnah yang berada pada bidang keputusan-keputusan atau perbuatan-perbuatan manusia setiap hari, ini yang disebutkan oleh Ibn al-‘Ashr sebagai tujuan non-instruksi.¹⁰⁰

Pemahaman tersebut lebih jauh menurut Auda harus dipahami pada tingkatan yang lebih dalam dibandingkan sekedar konsiderasi dalam aplikasi. Dan fikih secara praktis mengakomodasi *‘urf* yang memenuhi persyaratan *Maqāṣid*, bahkan jika *‘urf* ini berbeda dari implikasi (*dalalah*). Terakhir, baik *‘urf* maupun fikih harus sama-sama memberi kontribusi terhadap *Qanūn*, di samping memberikan kebebasan terhadap para pembuat undang-undang untuk mengkonversi kebiasaan-kebiasaan *‘urf* dan hukum-hukum fikih menjadi statuta-statuta yang paling sesuai dengan masyarakat dan kebutuhannya.¹⁰¹

2) Kemenyeluruhan Sistem Hukum Islam (*Wholeness*)

Manfaat utama analisis sistematis dibandingkan dengan analisis dekomposisional adalah pendekatan holistik versus pendekatan parsial. Pemikiran parsial sebab-akibat telah menjadi fitur umum pemikiran manusia hingga era modern. Kemudian penelitian dibidang ilmu pengetahuan alam, dan sosial telah bergeser secara luas dari analisis parsial, penyamaan klasik, dan pernyataan logis menuju penjelasan seluruh fenomena dalam kaitannya dengan sistem yang holistik.¹⁰²

¹⁰⁰ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 255

¹⁰¹ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 254-256

¹⁰² Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 87

Auda menyandarkan argumennya terhadap al-Shaṭībī bahwa¹⁰³ “*the juridical authority (ḥujiyyah) of what jurists called the holistic evidence (al-dalīl al-kullī) is considered one of the fundamentals (uṣul) of the Islamic law which jurists had given priority over single and partial rulings* (tingkat validitas atau kehujjahan dari dalil yang umum (holistik) dinilai sebagai salah satu bagian dari usul fikih yang mana para fakih memberikan prioritas di atas hukum-hukum yang sebagian (parsial).

Teori sistem memandang setiap relasi sebab-akibat sebagai suatu bagian dari keseluruhan gambar, di mana sekelompok hubungan menghasilkan karakteristik-karakteristik yang bermunculan dan berpadu untuk membentuk keseluruhan yang lebih pada sekedar penjumlahan bagian-bagiannya (*sum of the parts*). Pengembangan pemikiran sistematis dan holistik pada ushul fiqih akan berguna bagi filsafat hukum Islam dalam rangka mengembangkan paradigma sebab-akibat menuju paradigma yang lebih holistik.¹⁰⁴

Sebuah tawaran dalam fitur ini yaitu penerapan prinsip holisme melalui operasional tafsir tematik yang tidak membatasi suatu ayat hukum, namun menjadikan seluruh ayat Al-Qur'an sebagai pertimbangan dalam memutuskan suatu hukum Islam. Auda berpendapat:¹⁰⁵

"وَبِنَاءٌ عَلَى هَذِهِ النَّظَرَةِ الشُّمُولِيَّةِ، فَإِنَّ آيَاتِ الْأَحْكَامِ وَهِيَ آيَاتٌ لَا تَزِيدُ عَنْ بَضْعِ مِائَاتٍ أَطْلَقَ عَلَيْهَا الْفُقَهَاءُ هَذَا الْإِسْمَ ، سَوْفَ تَتَّسِعُ دَائِرَتُهَا لِتَشْمَلَ بِحَسَبِ هَذِهِ

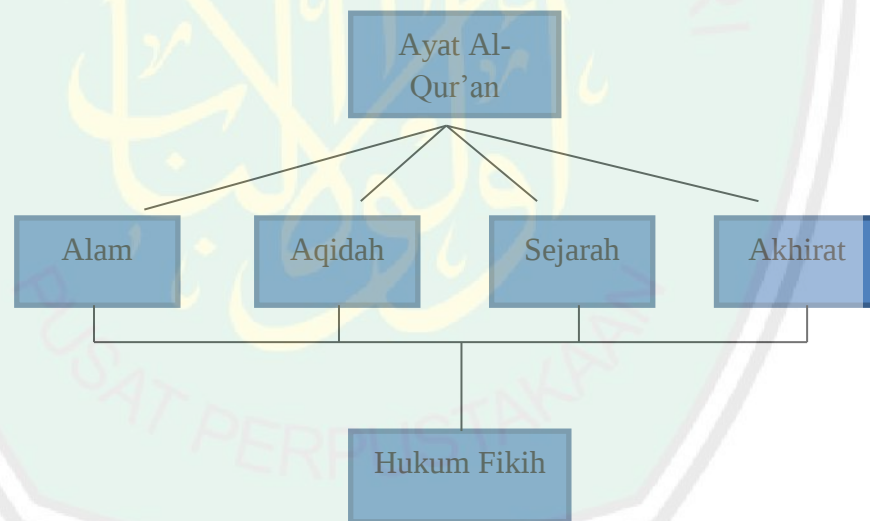
¹⁰³ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 46-47

¹⁰⁴ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 89

¹⁰⁵ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah Dalil al-Mubtadi'in*, hlm. 86

النَّظَرَةُ الْجَدِيدَةُ الْكِتَابَ الْكَرِيمِ كُلَّهُ. فَالسُّورُ وَالْآيَاتُ الَّتِي تَتَحَدَّثُ عَنِ الْعَقِيدَةِ , أَوْ
عَنْ قِصَصِ الْأَنْبِيَاءِ , أَوْ عَنِ الْآخِرَةِ , أَوْ عَنِ الْكُونِ , تُصْبِحُ كُلُّهَا أَجْزَاءً مِنْ صُورَةٍ
شَامِلَةٍ , وَهِيَ بِذَلِكَ تَقُومُ بِدَوْرٍ فِي صِيَاغَةِ الْأَحْكَامِ الْفَقْهِيَّةِ كَذَلِكَ , مِثْلُ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ
تَفْسَحُ الْمَجَالَ أَيْضًا لِلْمَبَادِي وَالْقِيَمِ الْأَخْلَاقِيَّةِ وَهِيَ أَهْمُ مَا تُرَكِّزُ عَلَيْهِ الْقَصَصُ
الْقُرْآنِيُّ وَمَوَاضِعُ الْيَوْمِ الْآخِرِ , لِتَكُونَ أَسَسًا لِلْأَحْكَامِ الْفَقْهِيَّةِ"

(Atas dasar kemenyeluruhan, maka ayat ahkam akan meluas kajiannya. Hal ini sesuai dengan ide pembaharuan hukum, maka atas dasar tersebut semuanya menjadi bagian yang menyatu dalam satu bangunan hukum fiqh sekaligus di dalamnya terdapat moral dasar dan harga diri. Hal itu jauh lebih luas jangkauannya daripada hanya sekedar dongeng, supaya menjadi landasan hukum fikih).



Skema 1.3 : Skema *tashri'* dalam Al-Qur'an menurut Jasser Auda

Al-Qur'an yang berupa ayat/surat itu dilihat dari maknanya ada lima bagian yang kesemuanya itu terikat oleh satu kesatuan sebagai asal mula yang harus ada dalam proses munculnya hukum fikih yang bersifat cabang.

3) Keterbukaan Sistem Hukum Islam (*Oppeness*)

Fitur ini diadopsi dari Bertalanffy yang menghubungkan fitur-fitur keterbukaan dan kebermaksudan dengan fitur sistemnya seperti kesepadanan dan ekuifinalitas. Maksud dari ekuifinalitas adalah¹⁰⁶ “*which means that open systems have the ability of reaching the same objectives from conditions come from the environment*”(Ekuifinalitas berimplikasi bahwa sistem terbuka memiliki kemampuan meraih tujuan-tujuan yang sama dari berbagai kondisi awal yang berbeda melalui berbagai alternatif valid yang setara).

Sistem hukum Islam adalah sistem terbuka dalam pengertiannya. Namun beberapa faqih masih menyerukan pada penutupan pintu ijtihad pada level teori usul fikih. Namun, semua madzhab fikih terkenal dan mayoritas faqih selama berabad-abad setuju bahwa ijtihad merupakan keniscayaan bagi hukum Islam, karena Nash khusus itu terbatas, sedangkan peristiwa tidak terbatas. Jadi, metodologi ushul fiqih mengembangkan mekanisme tertentu untuk menghadapi peristiwa baru atau dalam terminologi teori sistem berinteraksi dengan lingkungan.¹⁰⁷

Pemahaman mengenai fitur ini, peneliti mengasumsikan dan menyandarkan bahwa, Auda setuju dengan pandangan *Qardawi* yang mewajibkan zakat atas pengusaha besar, dokter, pengacara, karena *Qardawi* beranggapan bahwa “uang yang berkembang itu wajib zakat” maka tidak mungkin secara syar’i memaksa petani yang punya sawah dan peternak yang punya hewan ternak. Sementara penadah, tengkulak, pengacara, dokter dan

¹⁰⁶ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: A Sistem Approach*, hlm. 47

¹⁰⁷ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 88

pengusaha besar itu tidak ada kewajiban zakat, karena mereka sebenarnya tuan dari peternak dan petani.¹⁰⁸

Untuk lebih lanjut mengenai fitur ini, maka Auda telah menawarkan pembaruan hukum via keterbukaan filosofis dan dengan kultur kognitif. Namun, pembahasan ini akan dikorelasikan ketika dibutuhkan terkait analisis dalam implikasi hukum terhadap perlonggaran perjanjian perkawinan.

4) Hierarki Saling Mempengaruhi Sistem Hukum Islam (*Interreleted Hierarchy*)

Maksud dari fitur ini menurut peneliti yaitu sebuah strategi dalam pengklasifikasian terhadap sebuah pendekatan atau teori. Kemudian Auda mendasarkan fitur ini pada kategorisasi dalam ilmu kognisi (fitur pertama).

Menurut Auda: “*Categorisation is the process of treating distinct entities, scattered over a multidimensional fitur space as a equivalent and belonging to the same group or category. It is one of the most fundamental cognitive activities, through which humans understand information they receive, make generalisations and predictions, and name and asses various items and idea*”

¹⁰⁹ (kategorisasi merupakan proses memperlakukan entitas-entitas yang terpisah, tersebar pada sebuah ruang yang berkarakteristik multidimensi, sebagai persamaan yang membentuk grup atau kategori yang sama. Ini merupakan salah satu dari aktivitas kognitif fundamentalis, di mana manusia memahami informasi yang diterima, membuat generalisasi dan prediksi, nama dan menilai berbagai item serta ide).

Hal penting dari fitur ini adalah kategorisasi berbasis konsep akan diterapkan pada dasar-dasar hukum Islam sedangkan kategorisasi berbasis fitur akan dikritik. Analisis tidak akan berhenti pada hasil hierarki struktur pohon, melainkan juga diperluas untuk menganalisis hubungan saling mempengaruhi antara subkonsep-subkonsep yang telah dihasilkan. Pertimbangan struktur tidak akan terbatas pada analisis logika formal, seperti silogisme Aristoteles ataupun

¹⁰⁸ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah Dalil al-Mubtadi'in*, hlm. 34-35

¹⁰⁹ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 48

mata rantai deduktif Russel, tetapi akan fokus pada prosedur penilaian dalam implementasi praktis fiqih dari konsep tersebut.¹¹⁰ Pandangan tersebut mengajak untuk memperluas metode keterbukaan pada teori-teori ushul fikih dan berfikir secara filosofis.

5) Multidimensi Sistem Hukum Islam (*Multidimensionality*)

Auda mendasarkan fitur ini pada teori sistem yang terdapat dua konsep utama dalam memandang sistem secara multidimensi, “*Dimensionality in systems terminology has two dimensions, namely rank and level. Rank of dimensionality is the number of dimentions in the space under consideration. Level of dimensionality is the possible number of level/intensities in one dimension*”¹¹¹, (pangkat dalam kognisi multidimensi merepresentasikan banyaknya dimensi dalam bidang yang dibahas. Sedangkan tingkatan merepresentasikan banyaknya level atau kadar proporsional yang mungkin ada pada suatu dimensi).

Solusi terhadap dalil-dalil yang bertentangan. Contohnya: antara perang-damai, dan antara kelaki-lakian kewanitaan. Implikasinya hukum Islam menjadi lebih fleksibel dalam menghadapi problematika kontemporer yang kompleks. Auda mencontohkan adanya dua hadits sahih yang bertentangan:¹¹²

إِنَّمَا الطَّيْرَةُ فِي الْمَرْأَةِ وَالِدَّابَّةِ وَالِدَّارِ (الصحيح البخاري)

كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَقُولُونَ: إِنَّمَا الطَّيْرَةُ فِي الْمَرْأَةِ وَالِدَّارِ وَالِدَّابَّةِ (المصدر نفسه)

¹¹⁰ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 89-91

¹¹¹ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 49

¹¹² Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah Dalil al-Mubtadi'in*, hlm. 67-68

Hadits yang pertama menjelaskan pada musibah itu terdapat pada wanita, kendaraan, rumah. Dan hadits kedua menjelaskan bahwa orang jahiliyah berkata: musibah itu ada pada wanita, kendaraan, rumah. Pada hadits pertama seakan-akan nasib buruk berasal dari wanita, kendaraan dan rumah, namun pada hadits kedua diperjelas bahwa Nabi Saw tidak pernah bersabda demikian. Akan tetapi beliau menjelaskan dari pembicaraanya orang Quraisy yang berupa: kesialan itu ada pada wanita, kendaraan, rumah. Hal ini sesuai dengan QS al-Hadid (22):¹¹³

مَا أَصَابَ مِنْ مُصِيبَةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي أَنْفُسِكُمْ إِلَّا فِي كِتَابٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَبْرَاهُهَا ۚ إِنَّ
ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ

“Tiada suatu bencana pun yang menimpa di bumi dan (tidak pula) pada dirimu sendiri melainkan telah tertulis dalam kitab (*Lawh Mahfūd*) sebelum kami menciptakannya. Sesungguhnya yang demikian itu adalah mudah bagi Allah”.

Multidimensional ini menuntut untuk mempertimbangkan lebih dari satu maksud syari’ah, namun jika memang dapat untuk dipakainya. Dalam sebuah pertentangan-pertentangan yang di dalamnya memuat *Maqāṣid* maka harus diberikan prioritas.

6) *Maqāṣid* Sistem Hukum Islam (*Purposefulness*)

Tujuan dan kebermaksudan merupakan fitur-fitur umum yang ada dalam teori-teori sistem. Kedua unit tersebut bisa diistilahkan sebagai *output* dari sebuah sistem. Namun dalam teori sistem, Gharajedaghi yang mengikuti

¹¹³ QS. Al-Hadid (57): 22

Ackoff membedakan antara tujuan dan maksud. Kemudian menilai suatu sistem yang serba bermaksud (memiliki fitur kebermaksudan) jika: (1) sistem tersebut mencapai hasil (*outcome*) yang sama dengan cara-cara yang berbeda pada lingkungan yang sama dan (2) mencapai hasil yang berbeda-beda pada lingkungan yang sama pada lingkungan yang sama atau pada lingkungan yang berbeda-beda.¹¹⁴

Pandangan Auda menyatakan bahwa: “*goal seeking systems mechanically produce their outcomes following the same means, given the same environment, and do not have choice or options to change their means in order to reach the same goal. Purpose seeking systems, on the other hand, could follow a variety of means to achieve the same end or purpose*”¹¹⁵ (sistem pencari tujuan secara mekanis, mencapai tujuan akhirnya dengan mengikuti cara-cara yang sama, pada lingkungan yang sama dan tidak memiliki kesempatan atau pilihan untuk mengubah cara-caranya untuk meraih tujuan yang sama. Sistem pencari maksud dapat mengikuti berbagai cara untuk meraih tujuan akhir atau maksud yang sama).

Menurut Auda, realisasi *Maqāṣid* merupakan dasar penting dan fundamental bagi sistem hukum Islam. Menggali *Maqāṣid* harus dikembalikan kepada teks utama (Al-Qur'an dan Hadist), bukan pendapat pikiran atau faqih. Oleh sebab itu, perwujudan tujuan menjadi tolok ukur dari validitas setiap ijtihad, tanpa menghubungkannya dengan kecenderungan atau madzhab tertentu. Tujuan penetapan hukum Islam harus dikembalikan kepada kemashlahatan masyarakat yang terdapat disekitarnya.¹¹⁶

Fitur kebermaksudan ini menurut Auda satu fitur yang dapat menjangkau seluruh tawaran fitur yang diajukan dan merepresentasikan inti

¹¹⁴ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 94

¹¹⁵ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 52

¹¹⁶ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 55

dari metodologi analisis sistem yang didasarkan terhadap teori sistem dan *Maqāṣid al-Sharī'ah*.

Gambaran yang utuh terhadap suatu sumber hukum Islam, sehingga mempunyai peran terhadap pembentukan-pembentukan yuridis. Seperti dicontohkan terhadap hadits dalam pembahasan fitur multidimensional di atas, terdapat dua Hadits yang bertentangan. Hadits yang pertama sahih dan yang kedua tidak dianggap sahih oleh mayoritas ahli hadits. Walaupun demikian, Hadits kedua lebih kuat menurut Auda, karena hadits kedua yang dianggap lemah oleh mayoritas ahli Hadits itu di dasarkan pada Al-Qur'an yang menjelaskan semua musibah atau nikmat itu datangnya dari Allah SWT. Sehingga tidak ada hubungannya antara musibah atau nikmat yang muncul dari wanita, kendaraan dan rumah.

Lebih jauh pemahaman Auda terhadap fitur ini yaitu penegasan kembali bahwa *Maqāṣid* sebagai kriteria yang fundamental dalam ijtihad. Menurutnya, realisasi *Maqāṣid* tidak hanya terbatas pada beberapa metode ushul tertentu, seperti kias dan kemaslahatan di mana kedua hal tersebut disarankan oleh banyak teori tradisional maupun kontemporer. *Maqāṣid* hukum Islam adalah tujuan inti dari seluruh metodologi ijtihad ushul linguistik maupun rasional. Kemudian realisasi *Maqāṣid* dari sudut pandang sistem harus mempertahankan keterbukaan, pembaharuan, realisme, dan keluwesan.¹¹⁷

¹¹⁷ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 316

5. *Maqāṣid al-Sharī'ah*, Hukum Progresif serta Kepastian Hukum: Konsep Baru Menuju Konstitusional *Religius*

Hukum yang hidup dan berkembang di Indonesia tidak sekedar hukum positif. Namun terdapat khasanah hukum adat, hukum fikih (Islam) yang digunakan mayoritas umat muslim di Indonesia, serta perkembangan pembaruan hukum yang senantiasa mendampingi kebutuhan serta perkembangan masyarakat era ini. Keduanya (hukum Islam dan hukum adat) tidak dapat dinafikan eksistensinya, karena keduanya telah banyak berkontribusi dalam perjalanan historis hukum nasional. Contohnya, Undang-Undang Perkawinan dan Undang-Undang Peradilan Agama.

Penting adanya suatu pendekatan filosofis hukum serta metode penemuan hukum yang nantinya dijadikan pertimbangan dalam sebuah putusan hakim atau perbandingan menuju perkembangan yuridis humanitis yang ideal. Artinya, hukum positif tidak hanya mengatur tentang sebuah kebijakan atau pengadil sebuah problematika hukum. namun lebih dari pada itu, hukum dapat membentuk karakter manusia sesuai dengan nilai-nilai Pancasila. Oleh sebab itu, hukum harus dilihat serta dipahami dari berbagai perspektif, misalnya perspektif agama, budaya, dan sebagainya.

Telah diuraikan di atas pembahasan mengenai *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai teori dasar yang digunakan menganalisis sebuah putusan Mahkamah Konstitusi. Lebih dari itu, *Maqāṣid al-Sharī'ah* dapat dijadikan sebagai salah satu metode istinbat hukum, hal ini merupakan langkah awal menuju konstitusional yang religius sesuai dengan nilai sila pertama “Ketuhanan Yang

Maha Esa” sebagai interpretasi masyarakat Indonesia yang harus memiliki keyakinan dalam beragama.

Konsep *Maqāṣid* yang dikembangkan oleh Auda dijelaskan dalam bukunya yang berjudul “*Maqāṣid al-Sharī’ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*” (*Maqāṣid al-Sharī’ah* Sebagai Filsafat Hukum Islam Sebuah Pendekatan Sistem). Dalam buku tersebut terdapat tiga bahasan pokok, diantaranya: a) metodologi, b) analisa dan c) pengembangan teori.¹¹⁸

Tulisannya Jasser Auda yang berjudul “*Fiqh al-Maqāṣid: Inatat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqāṣidiha*” menerangkan bahwa:¹¹⁹

"فِيمَا يَظْهَرُ لِي مِنْ كُلِّ مَا سَبَقَ أَنَّ الْمَقَاصِدَ مَنْظُومَةٌ مُعَقَّدَةٌ لَيْسَتْ عَلَى نَسَقٍ أَوَّلِيٍّ
بَسِيطٍ مِثْلَ أَهْرَمٍ أَوْ الشَّجَرَةِ أَوْ الدَّائِرَةِ فَهِيَ إِذَنْ بِالتَّعْبِيرِ الْمَنْظُومِيِّ الْمُعَاصِرِ أَقْرَبُ مَا
تَكُونُ لِمَا يُعْرَفُ بِالْمَنْظُومَةِ الشَّبَكِيَّةِ الْمُتَعَدِّدَةِ الْأَنْسَاقِ وَالْأَبْعَادِ"

Artinya: “dari yang tampak bahwa *Maqāṣid* itu adalah sesuatu yang tersusun dan terikat, bukan seperti dasar dari sebuah pondasi yang berupa barang kuno atau tanaman/lingkaran. *Maqāṣid* dengan istilah modern adalah menyerupai sesuatu yang disebut dengan sistem jaringan yang pondasinya banyak dan jangkauannya luas serta jauh.”

Pendefinisian Auda tersebut adalah langkah awal untuk melakukan perubahan paradigma dalam hukum Islam. Tawaran Auda adalah dengan perspektif *Maqāṣid*, dari teori *Maqāṣid* lama menuju teori *Maqāṣid* baru

¹¹⁸ Jasser Auda, *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. xxvii

¹¹⁹ Jasser Auda, *Fiqh al-Maqasid: Inatat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqasidiha*, hlm. 27

terletak pada titik tekan keduanya. Titik tekan *Maqāṣid* lama lebih kepada perlindungan (*protection*) dan penjagaan pelestarian (*preservation*). Sedangkan teori *Maqāṣid* baru lebih terhadap *development* (dalam hal ini termasuk pembangunan dan pemberdayaan) dan *human right* (hak asasi manusia) serta kemaslahatan publik.¹²⁰

Ketiga poin itulah yang dapat dijadikan garis besar *Maqāṣid al-Sharī'ah* versi Jasser Auda. Suatu konteks perundang-undangan tentunya harus memiliki tujuan yang jelas, terarah dan dapat menjadi pengayom dalam kehidupan bernegara. Berkaitan dengan pembaruan makna perjanjian perkawinan tersebut maka sangat berkaitan dengan pemaknaan hukum progresif. Pembaruan dalam pasal 29 UU Nomor 1 Tahun 1974 berawal dari suatu kebutuhan masyarakat yang merugikan hak konstitusionalnya sebagai warga negara Indonesia. Oleh sebab itu, Hukum progresif berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.¹²¹

Satjipto menegaskan bahwa kesadaran bahwa kelahiran hukum modern bukanlah segalanya, tetapi alat untuk meraih tujuan lebih jauh. Tujuan lebih jauh itu adalah “kesejahteraan dan kebahagiaan masyarakat”. Masyarakat kurang bahagia bila hukum hanya melindungi dan memberi keleluasaan kepada individu dan tidak memperhatikan kebahagiaan masyarakat.¹²²

¹²⁰ Jasser Auda, *Maqosid Al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 45

¹²¹ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1

¹²² Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara, 2006)hlm. 10-11

Selanjutnya ide pengembangan hukum progresif juga disetujui oleh Satjipto dengan diawali perbaikan etika atau moral, karena hukum progresif yang dimaksud oleh Satjipto adalah:¹²³

- a) Mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia
- b) Memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat
- c) Hukum progresif adalah hukum yang membebaskan, meliputi dimensi yang amat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik, melainkan juga teori
- d) Bersifat kritis dan fungsional, oleh karena itu ia tidak berhentinya melihat kekurangan yang ada dan menemukan jalan untuk memperbaikinya.

Satjipto berpegang pada paradigma “hukum untuk manusia” hukum itu memandu dan melayani masyarakat. Namun sekali lagi dan harus diwaspadai bahwa keleluasaan produk hukum progresif, improvisasi terhadap produk hukum perlu diantisipasi. Penafsiran itu dilakukan hanyalah sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga kebutuhan manusia.¹²⁴

Sifat final terhadap putusan Mahkamah Konstitusi artinya ingin segera mewujudkan kepastian hukum bagi para pencari keadilan. sifat daripada putusan Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan sebuah upaya untuk menjaga wibawa peradilan konstitusi. Jika peradilan mengakomodasi harus adanya upaya hukum, jelas sama dengan peradilan umum. Oleh sebab itu, kepastian hukum merupakan perlindungan bagi para pencari keadilan terhadap problematika yang dihadapinya.

¹²³ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan*, (Jurnal Hukum Progresif, Vol.1 No.1 April 2005), hlm. 1

¹²⁴ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 266-267

Kemudian asas kepastian hukum (*het rechtszekerheidsbeginsel*) merupakan salah satu sendi asas umum negara berdasarkan atas hukum. Selain juga pembentukan peraturan perundang-undangan, kepastian hukum juga merupakan asas penting di dalam tindakan hukum dan penegakan hukum.¹²⁵

Jeremy Bentham pun sesungguhnya secara implisit sangat meng-*urgent*-kan eksistensi kepastian hukum. Bentham dalam mengeksplorasi prinsip-prinsip legislasi menegaskan bahwa hukum harus diketahui oleh semua orang, konsisten, pelaksanaan yang jelas, sederhana, dan ditegakkan secara tegas. Terutama dengan meng-*underline* kata konsisten dan ditegakkan secara tegas.¹²⁶

Berkaitan dengan kemerdekaan individual dan keadilan yang dijadikan pertimbangan, maka kepastian hukum dapat dijamin terselenggaranya, hakikat perlakuan yang sama (*equality*) dan juga demokrasi menjadi sangat penting. Supaya kepastian hukum yang diterapkan oleh konsep negara hukum, tidak berfungsi untuk melanggengkan kekuasaan yang positivistik dan akhirnya bisa mengorbankan kemerdekaan individual dan keadilan.¹²⁷

Jadi, *Maqāsid al-Sharī'ah*, hukum progresif dan kepastian hukum memiliki benang merah bahwa ketiganya merupakan cara pandang atau paradigma yang memprioritaskan tujuan-tujuan hukum demi terciptanya

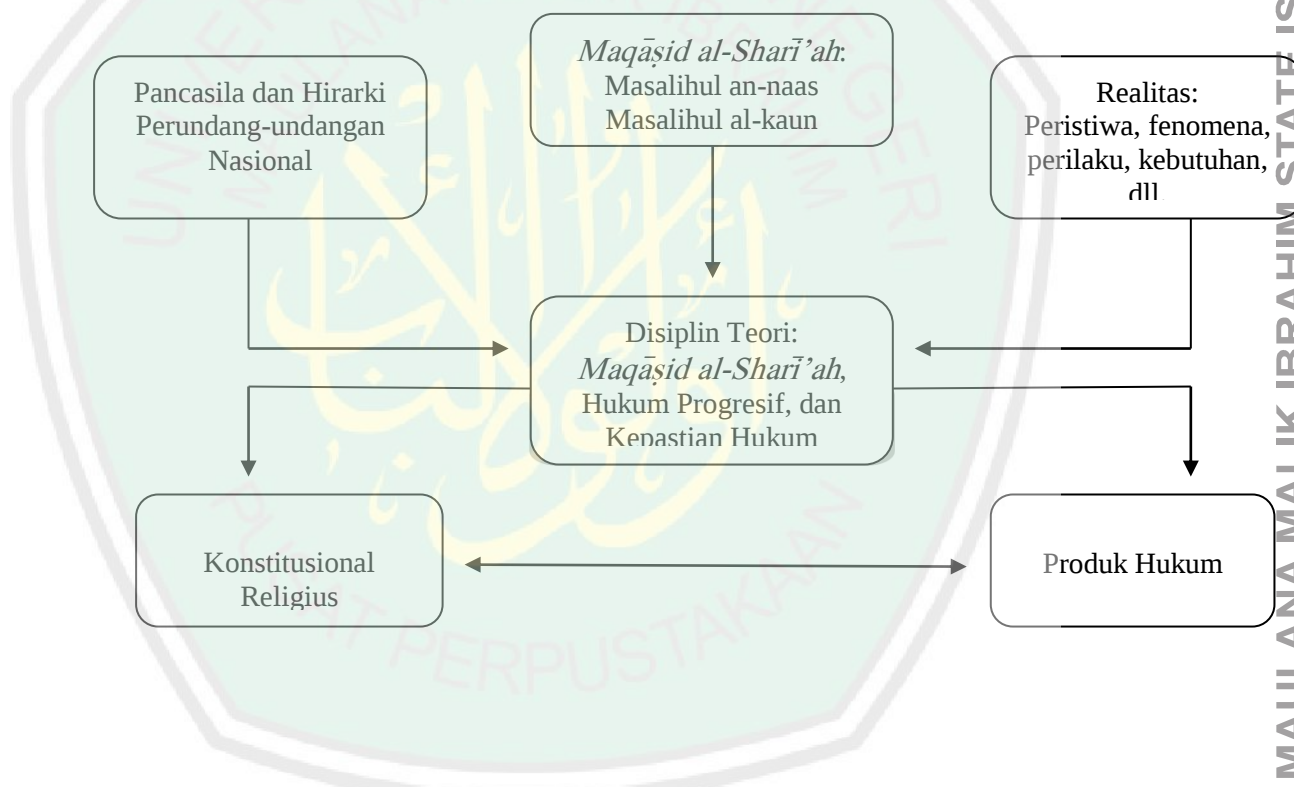
¹²⁵ Hamzah Halim & Kemal Redindo Syahrul Putra, *Cara Praktis Menyusun & Merancang Peraturan Daerah: Konsep Teoritis Menuju Artikulasi Empiris (Suatu Kajian Teoritis Dan Praktis Disertai Manual)*, (Jakarta: Kencana Perdana Media Grup, 2010), hlm. 63

¹²⁶ Jeremy Bentham, *Teori Perundang-Undangan: Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata, dan Hukum Pidana*, (Bandung: Nuansa & Nusa Media, 2010), hlm. 17

¹²⁷ E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas, dan Kepastian Hukum*, (Jakarta: Prenadamedia Grup, 2016), hlm. 159-160

masyarakat yang sejahtera sesuai dengan nilai-nilai Pancasila. Inilah seharusnya yang menjadi salah satu pertimbangan dan nilai yang muncul dalam sebuah produk hukum.

Berikut gambar yang menjelaskan mengenai bekerjanya ketiga teori tersebut yang memiliki benang merah terhadap tujuan-tujuan hukum sesuai dengan nilai Pancasila.



Skema 1.4 : Integrasi *Maqāṣid al-Sharī'ah* menuju konstitusional religius

Peran dari disiplin teori yaitu *Maqāṣid al-Sharī'ah*, hukum progresif, dan kepastian hukum yaitu dapat digunakan sebagai pertimbangan sebuah putusan yang memiliki kekuatan hukum tetap, seperti putusan Mahkamah

Konstitusi. Berangkat dari pemahaman yang diambil dari *masalihul an-naas* dan *masalihul al-kaun*, maka disipilin ketiga teori tersebut dapat jadi solusi berbagai problematika dalam masyarakat dan perundang-undangan yang harus segera diperbarui, tidak hanya itu nilai religius juga akan ikut berkontribusi dalam perkembangan konstitusional. Harapannya akan tercipta suatu konstitusional yang religius berdasarkan nilai Pancasila, sehingga suatu produk hukum akan memiliki nilai serta kemanfaatan yang sesuai dengan perkembangan zaman.

Harapan peneliti, dengan adanya skema mengenai peran *Maqāṣid al-Sharī'ah*, hukum progresif dan kepastian hukum dalam penelitian ini, dapat menghasilkan analisis atas sebuah putusan Mahkamah konstitusi mengenai perjanjian perkawinan pada pasal 29 UU Perkawinan No.1 Tahun 1974. Sehingga peran dari ketiga teori tersebut dapat dikategorikan sebagai epistemologi sebagai acuan dalam penelitian ini.

E. Kerangka Berpikir

Hukum Islam maupun hukum positif yang kita kenal dan pahami selama ini bersifat tekstual normatif. Asumsi ini terjadi karena hukum harus memiliki asas legalitas yang ditemukan pada teks Undang-Undang. Namun di era kontemporer ini, hukum tidak hanya ditemukan lewat teks saja namun secara kontekstual pun dapat dijadikan bahan pertimbangan.

Di Indonesia, Mahkamah Konstitusi dalam kaitannya dengan pembaharuan hukum lewat *Judicial Review* berwenang memperbaharui

Undang-Undang yang sesuai dengan kebutuhan masyarakat sekarang ini.¹²⁸ Untuk itu guna mencapai tujuan hukum haruslah melakukan integrasi-interkoneksi supaya tujuan itu tercapai dan sesuai dengan kebutuhan kontemporer, disinilah letak pentingnya sebuah *Maqāṣid al-Sharī'ah* untuk mencoba memahami dan menemukan kesesuaian dengan kebutuhan kontemporer ini.

Fokus bahasan dalam penelitian ini adalah sebuah putusan *Judicial review* Nomor 69/PUU-XIII/2015 terkait dengan perluasan makna perjanjian perkawinan yang dilakukan oleh pemohon melalui uji materil tersebut. Dalam pasal 29 ayat 1 UU Perkawinan 1974 sekarang ini setelah putusan Mahkamah Konstitusi bahwa:

“Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.

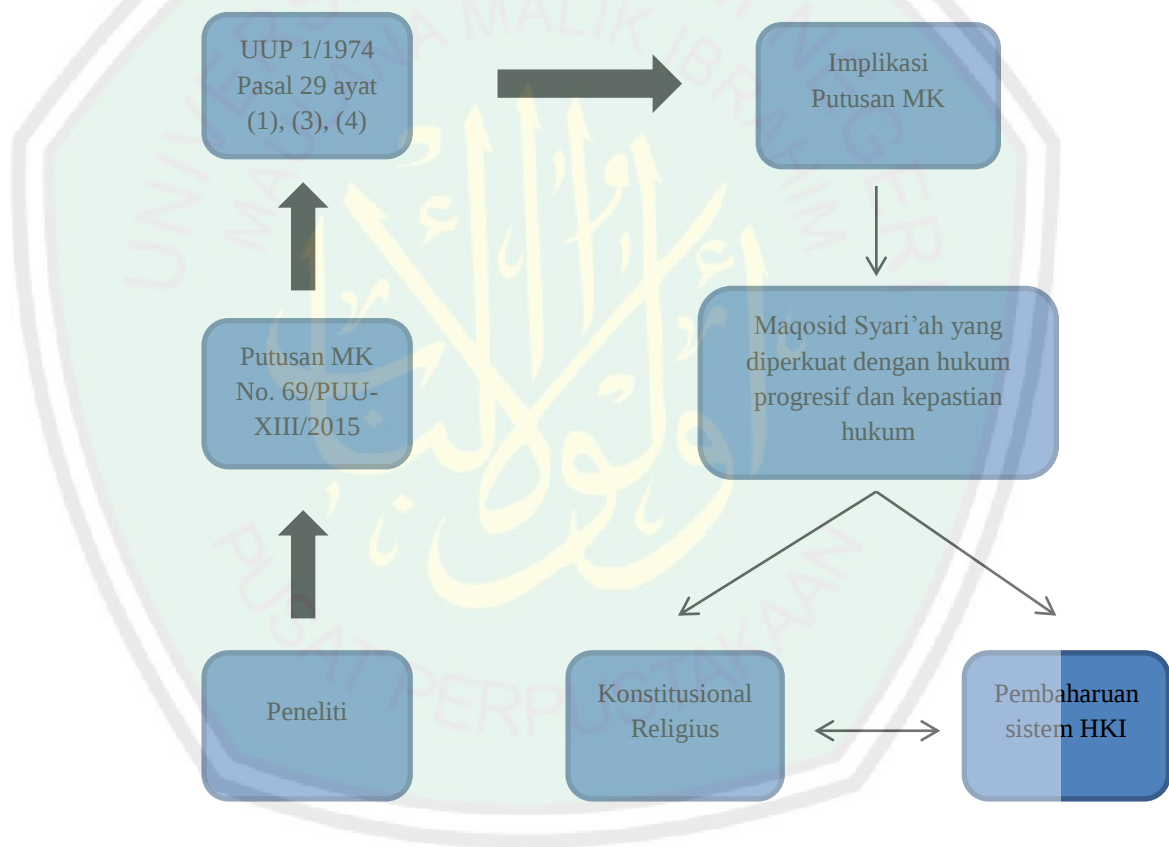
Posisi peneliti dalam putusan tersebut, ingin menganalisis bahwa terkait pembaharuan undang-undang tersebut haruslah sesuai dengan tujuan hukum, dalam hal ini adalah *Maqāṣid al-Sharī'ah*, tujuan dalam *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang menggunakan pendekatan sistem itu diharapkan akan sesuai dengan tiga pokok hal yang sangat dibutuhkan di era kontemporer ini yaitu *Human right*, *Human Development*, dan *Maṣlahat al-‘Ām*.

Tiga pokok hal ini menurut peneliti memang sesuai dengan kebutuhan era kontemporer saat ini, oleh sebab itu dengan tercapainya tiga hal tersebut

¹²⁸ Pasal 24 C Ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa “ Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar,.....”

akan menjawab kebutuhan yang mendasar sekaligus menjadi tujuan hukum yang bersifat holistik.

Untuk itu dalam bagan dibawah ini akan di sajikan bagaimana teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* ini akan bekerja terhadap kebutuhan dan tujuan hukum dari adanya putusan *judicial review* tersebut. Oleh sebab itu, di bawah ini peneliti akan memetakan alur berpikir di bawah ini.



Skema 1.4: Skema kerangka Berpikir menggunakan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah*, yang diperkuat dengan hukum progresif, serta kepastian hukum terhadap putusan *judicial review*.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian Hukum

Penelitian merupakan sarana pokok pengembangan ilmu pengetahuan karena penelitian bertujuan untuk mengungkapkan kebenaran secara metodologis, konsisten, serta sistematis yang berarti menggunakan sistem tertentu dan konsisten maksudnya tidak ada hal yang bertentangan dalam kerangka tertentu.¹²⁹

Penelitian merupakan suatu proses, yakni suatu rangkaian langkah yang dilakukan secara terencana dan sistematis untuk memperoleh pemecahan masalah atau jawaban terhadap pertanyaan tertentu.¹³⁰

Menurut Soerjono Soekanto, penelitian hukum adalah suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode, sistematika, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya.¹³¹ penelitian khususnya dalam hukum dibagi menjadi tiga. Yaitu, penelitian hukum normatif, penelitian hukum normatif-empiris, dan penelitian hukum empiris yang dibagi berdasarkan fokus penelitiannya.¹³²

¹²⁹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 2007), cet. III, hlm. 5

¹³⁰ Beni Ahmad, *Metode Penelitian Hukum*, (Bandung: CV. Pustaka Setia, 2008), hlm. 18

¹³¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, hlm. 43

¹³² Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2004), cet. 1, hlm. 52

Berdasarkan penjelasan tersebut diatas, peneliti akan menentukan jenis penelitian, yaitu jenis penelitian normatif dalam penelitian Tesis ini. Bahan-bahan hukum atau data-data tersebut kemudian disusun secara sistematis, dikaji, kemudian ditarik kesimpulan dengan masalah yang diteliti yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 mengenai perluasan makna perjanjian perkawinan dalam pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan 1/1974.

B. Pendekatan Hukum

Penjelasan mengenai pendekatan hukum yang digunakan, peneliti akan menggunakan telaah teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem sebagai analisis guna menakar tujuan serta maksud dari putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dengan enam fitur sistem yang ditawarkan oleh Jasser Auda, kemudian diperkuat dengan Hukum Progresif serta Kepastian Hukum sehingga tercipta suatu keilmuan yang berintegrasi, dalam hal ini suatu gejala hukum yang menimbulkan pembaharuan hukum harus sesuai dengan kebutuhan masyarakat serta berlandaskan metode manhaj hukum yang jelas menurut hukum Islam.

Terdapat beberapa tawaran pendekatan dalam penelitian hukum, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba guna mencari jawabannya. Beberapa pendekatan dalam penelitian hukum yang ditawarkan oleh Peter Mahmud Marzuki diantaranya:¹³³

- 1) Pendekatan Perundang-Undangan (*statue approach*)
- 2) Pendekatan kasus (*case approach*)

¹³³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005), hlm. 133

- 3) Pendekatan Historis (*historical approach*)
- 4) Pendekatan Komparatif (*comparative approach*)
- 5) Pendekatan Konseptual (*conceptual approach*)

Berlandaskan dari berbagai pendekatan di atas, peneliti akan mengkategorikan bahwa penelitian ini termasuk dalam pendekatan Perundang-undangan (*statue approach*), berikut alasan beserta penjelasannya.

Pertama, menggunakan metode pendekatan perundang-undangan, peneliti perlu memahami hierarki, dan asas-asas dalam peraturan perundang-undangan. Dalam pasal 1 angka 2 Undang-Undang No.12 Tahun 2011, peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Dapat diambil kesimpulan dari pengertian tersebut bahwa, yang dimaksud *statue approach* berupa legislasi dan regulasi. Berarti, pendekatan ini merupakan pendekatan perundang-undangan dengan menggunakan legislasi dan regulasi, untuk itu akan dijadikan suatu pendekatan oleh peneliti dalam penelitian ini. Kemudian produk *beschikking/decreet* yakni suatu keputusan yang diterbitkan oleh pejabat administrasi yang sifatnya konkrit, keputusan bupati, dan keputusan suatu badan tertentu, tidak bisa digunakan dalam pendekatan perundang-undangan.¹³⁴

¹³⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, hlm. 137

Kedua, peneliti menggunakan pendekatan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem, karena perundang-undangan tersebut telah memperbaharui suatu sistem hukum khususnya dalam hukum keluarga di Indonesia, pentingnya menggunakan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem guna menguji dan menakar suatu tawaran konsep dari istinbat hukum Islam. Penelitian ini dilengkapi dengan kajian hukum progresif, karena berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.¹³⁵ Selanjutnya, pentingnya terdapat kepastian hukum dari putusan judicial review tersebut terhadap implikasi-implikasinya.

Penjelasan Jasser Auda dalam *Maqāṣid al-Sharī'ah* mempresentasikan pendekatan sistem terhadap filsafat dan ushul fiqh, yaitu teori dasar fiqh Islam berdasarkan maksud, prinsip, sasaran, dan tujuan akhir *Maqāṣid al-Sharī'ah*. Tujuannya adalah agar peraturan-peraturan Islam memenuhi tujuannya dalam hal keadilan, kesetaraan, hak asasi manusia, pengembangan dan kesopanan dalam konteks masa kini. Hal ini dirasa akan mempunyai kesesuaian antara teori hukum progresif serta kepastian hukum yang peneliti gunakan.

Auda menempatkan *Maqāṣid* sebagai kumpulan maksud-maksud Ilahiah dan konsep-konsep moral di jantung dan dasar hukum Islam. Jasser Auda juga memperkenalkan metode analisis. Klasifikasi, kritik baru yang menggunakan fitur-fitur yang relevan berdasarkan teori sistem seperti, watak kognitif, kemenyeluruhan, sistem hierarki yang saling mempengaruhi,

¹³⁵ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1

keterbukaan, multidimensionalitas, dan kebermaksudan. Dampak dari pendekatan metodologis ini terhadap rekonstruksi hukum Islam, institusi-institusi hak-hak asasi manusia, masyarakat madani, dan kekuasaan yang ditanamkan dalam prinsip-prinsip Islami dalam pemikiran yuridis.¹³⁶

C. Bahan Hukum

Sebelum membahas mengenai bahan hukum yang akan disajikan, peneliti mengingatkan bahwa dalam penelitian hukum tidak mengenal adanya data. Untuk mengetahui sumber-sumber penelitian hukum maka digunakanlah istilah bahan hukum, kemudian dibagi menjadi dua yakni, bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, bahan hukum primer sifatnya adalah autoritatif yang artinya mempunyai otoritas. Bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan undang-undang dan putusan-putusan hakim.

Sedangkan dalam bahan hukum sekunder adalah semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan.¹³⁷ Kaitanya dengan penelitian ini, bahan hukum primer meliputi :

- 1) Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015
- 2) Undang-undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945 hasil amandemen
- 3) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 8 tahun 2011 Tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

¹³⁶ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Pendekatan Sistem*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), hlm. 18

¹³⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, hlm. 181

- 4) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Pasal 29 ayat (1), ayat (3), ayat (4) dan Pasal 35 ayat (1)
- 5) Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM
- 6) Teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem (Jasser Auda)

Kedua mengenai bahan hukum sekunder dalam penelitian ini meliputi :

- 1) Buku-buku mengenai perjanjian perkawinan, pembaharuan hukum, dan yang terkait dalam pembahasan
- 2) Buku-buku mengenai Mahkamah Konstitusi dan Pembahasan *Judicial Review*
- 3) Buku *Maqāṣid al-Sharī'ah as Philosophy of Islamic Law: A Sistem Approach*
- 4) Kitab *Fiqh al-Maqāṣid: Inat al-Ahkam al-Sharī'ah bi Maqāṣidiha*
- 5) Kitab *Maqāṣid al-Sharī'ah Dalil al-Mubtadi'in*
- 6) Buku Membumikan Hukum Islam melalui *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem (Jasser Auda Terjemahan)
- 7) Penelitian terdahulu diantaranya Tesis, Disertasi maupun jurnal-jurnal terkait
- 8) Buku teori hukum progresif serta Kepastian hukum.

D. Pengumpulan Bahan Hukum

Tentunya dalam setiap penelitian pasti membutuhkan bahan hukum yang lengkap ataupun bahan hukum pendukung, agar tercapainya validitas dalam penelitian. Karena yang digunakan peneliti menggunakan pendekatan perundang-undangan, pertama maka sangat penting adanya legislasi dan regulasi serta karya-karya akademik.

Kedua, peneliti akan mengumpulkan putusan Mahkamah Konstitusi yang mempunyai kekuatan hukum tetap.¹³⁸ Peneliti juga melengkapi kajian-kajian ini dengan refrensi dari literatur yang sesuai, itulah yang akan disajikan oleh peneliti guna kelengkapan bahan hukum. Dan mengumpulkan bahan hukum dalam *library research* yakni teknik dokumenter dan telaah pustaka.

E. Pengolahan Bahan Hukum

Cara yang digunakan nantinya untuk pengolahan bahan hukum adalah teknik editing, kemudian *coding* yaitu memberikan catatan atau tanda yang menyatakan jenis sumber bahan hukum (Undang-undang, literatur, atau dokumen), pemegang hak cipta (nama penulis, tahun penerbit) serta urutan rumusan masalah.

Mengenai rekonstruksi bahan yaitu menyusun ulang bahan hukum secara teratur, berurutan, logis, sehingga mudah dipahami dan di presentasikan. Terakhir adalah sistematis bahan hukum yakni menempatkan bahan hukum berurutan menurut kerangka sistematika bahasan berdasarkan rumusan masalah.¹³⁹

F. Metode Analisis Hukum

Analisis data diartikan sebagai proses mengorganisasikan dan mengurutkan data ke dalam pola, kategori, dan satuan uraian dasar sehingga dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan hipotesis kerja seperti yang disarankan oleh bahan hukum. Kemudian analisis data dalam penelitian hukum

¹³⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, hlm. 237-238

¹³⁹ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, (Bandung: PT, Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 126

normatif dibagi menjadi dua menurut Lexy J. Moleong dalam buku Salim HS dan Erlis SN,¹⁴⁰ yakni :

- 1) Analisis kuantitatif
- 2) Analisis Kualitatif

Analisis kuantitatif di dasarkan pada perhitungan atau angka atau kuantitasnya. Contohnya statistika. Kemudian analisis kualitatif merupakan analisis yang tidak menggunakan angka, melainkan memberikan gambaran (deskripsi) dengan kata-kata atas temuan-temuannya, dan karena lebih mengutamakan mutu dari bahan hukum dan bukan kuantitas.

Guna memperoleh kesesuaian dalam penelitian hukum normatif, maka yang akan digunakan adalah analisis kualitatif.¹⁴¹ Berkenaan dengan perlonggaran makna perjanjian perkawinan dalam putusan *judicial review* tersebut, peneliti akan menggunakan analisis teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem serta diperkuat dengan hukum progresif dan kepastian hukum.

Untuk teori *Maqāṣid*, menggunakan fitur-fitur yang relevan berdasarkan teori sistem seperti, watak kognitif, kemenyeluruhan, sistem hierarki yang saling mempengaruhi, keterbukaan, multidimensionalitas, dan kebermaksudan, namun nantinya akan ditinjau kembali apakah menggunakan keseluruhan fitur sistem atau hanya sebagian saja.

Untuk mencakup detail dalam analisis hukum ini, maka peneliti akan merujuk kepada Soerjono Soekanto, yaitu mengenai *content analysis*.

¹⁴⁰ Salim HS dan Erlis Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2016) cet. Ke-4, hlm. 19

¹⁴¹ Salim HS dan Erlis Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, hlm. 19

Penjelasannya adalah sebuah teknik penelitian untuk membuat inferensi-inferensi dengan mengidentifikasi secara sistematis dan objektif karakteristik khusus kedalam sebuah teknik.¹⁴²

Mengenai bentuk dalam teknik analisis bahan hukum guna mengarah kepada konklusi, maka yang di sebut *content analysis* di atas yaitu berangkat dari jenis dokumen atau arsip yang dianalisis disebut dengan istilah teks. *Content analysis* ini merupakan metode analisis yang integratif serta secara konsep digunakan untuk menemukan, mengidentifikasi, mengolah, dan menganalisis bahan hukum guna memahami makna, signifikansi dan relevansinya.¹⁴³

Untuk penelitian hukum ini, peneliti berusaha mendeskripsikan implikasi dan menganalisis pasca putusan yang terdapat dalam suatu salinan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 mengenai perlonggaran makna perjanjian perkawinan yang terdapat dalam pasal 29 ayat (1), (3) dan (4) UUP 1/1974 sesuai dengan teori yang digunakan.

¹⁴² Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 13

¹⁴³ Burhan Bungin, *Metodologi Penelitian Kualitatif: Aktualisasi Metodologi Ke Arah Ragam Varian Kontemporer* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007), hlm. 207

BAB IV

PAPARAN BAHAN HUKUM DAN HASIL PENELITIAN

A. Mahkamah Konstitusi Sebagai Lembaga Progresif Mengawal Konstitusi Negara

Mahkamah konstitusi merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir serta putusannya bersifat final dalam hal pengujian undang-undang terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.¹⁴⁴

Berangkat dari kewenangan yang diatur oleh UUD di atas, maka Mahkamah Konstitusi berhak melakukan pengujian materil terhadap suatu perkara yang bertentangan dengan UUD 1945. Fokus penelitian ini terkait putusan Mahkamah Konstitusi nomor 69/PUU-XIII/2015 mengenai Pasal 29 Ayat (1), (3), dan (4) UUP 1/1974 tentang perjanjian perkawinan.

Berawal dari suatu fenomena pelaku perkawinan campuran yaitu antara WNI dengan WNA karena hak konstitusionalnya sebagai warga negara Indonesia merasa tertindas dengan berlakunya UU Perkawinan 1/1974 Pasal 29 Ayat (1) tentang perjanjian perkawinan. Fenomena tersebut ketika pasangan suami istri yang karena alasan tertentu baru merasakan adanya kebutuhan untuk membuat perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan. Sebelumnya sesuai dengan pasal 29 UU Perkawinan, perjanjian

¹⁴⁴ Pasal 24C Ayat (1) UUD Tahun 1945

demikian harus diadakan sebelum perkawinan berlangsung dan harus diletakkan dalam suatu akta notaris.

Perjanjian perkawinan tersebut mulai berlaku antara suami istri sejak perkawinan dilangsungkan, isi yang diatur di dalam perjanjian perkawinan tergantung pada kesepakatan pihak-pihak calon suami dan istri, asal tidak bertentangan dengan undang-undang, agama, dan kepatutan atau kesusilaan. Selanjutnya bentuk dan isi perjanjian perkawinan kepada kedua belah pihak diberikan kebebasan atau kemerdekaan seluas-luasnya.

Memahami dari putusan nomor 69/PUU-XIII/2015 tersebut bahwa Mahkamah Konstitusi telah mengedepankan penerapan hukum progresif guna memenuhi kebutuhan hukum atas fenomena yang terjadi di masyarakat terhadap resiko-resiko yang dimungkinkan dapat muncul dari harta bersama dalam perkawinan campuran. Berikut akan di jelaskan mengenai kewenangan MK beserta eksistensinya terhadap *judicial review* sebagai landasan serta jalan guna memenuhi kebutuhan masyarakat yang terisolasi karena peraturan perundang-undangan atau sebagai salah satu solusi problematika kontemporer.

1. Urgensi Kewenangan Mahkamah Konstitusi Sebagai Landasan Konstitusi Negara

Kewenangan adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap sekelompok orang tertentu maupun kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan yang berasal dari kekuasaan legislatif maupun kekuasaan

pemerintah. Istilah wewenang adalah kekuasaan yang menunjuk pada satu bidang tertentu.¹⁴⁵

Menurut Soerjono Soekanto mengutip pandangan Max Weber, terdapat tiga kategori wewenang yaitu wewenang kharismatis, tradisional dan rasional (legal). Wewenang kharismatis adalah wewenang yang didasarkan pada kharisma yaitu kemampuan khusus yang dimiliki oleh seseorang sebagai anugerah dari Tuhan berkat kedekatan terhadap-Nya.¹⁴⁶

Istilah wewenang tradisional adalah wewenang yang dimiliki oleh seseorang maupun sekelompok orang yang tidak didasarkan pada kemampuan supra rasional sebagaimana dalam wewenang kharismatis namun disebabkan adanya kekuasaan dan kewenangan yang telah lama melembaga dan bahkan telah menjiwai masyarakat.¹⁴⁷ Sedangkan wewenang rasional adalah wewenang yang disandarkan pada sistem hukum yang berlaku dalam masyarakat yang berlaku dalam masyarakat yang berupa kaidah-kaidah yang telah diakui serta ditaati dan bahkan ditopang oleh otoritas negara.¹⁴⁸

Memaknai dari penjelasan wewenang di atas yang sejalan dengan Kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman yang memiliki kewenangan yang ditetapkan oleh undang-undang, maka kewenangan rasional (legal) yang sesuai dan sejalan dengan prinsip-prinsip negara hukum yaitu asas legalitas. Penjelasan dalam asas ini bahwa

¹⁴⁵ S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2011), hlm. 143

¹⁴⁶ Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 101

¹⁴⁷ Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar*, hlm. 245

¹⁴⁸ Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar*, hlm. 245

semua tindakan pemerintah dan warga negara harus berdasarkan pada hukum yang berlaku dalam artian ada peraturan yang mengaturnya serta sesuai dengan peraturan-peraturan tersebut.¹⁴⁹

Pembentukan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 13 Agustus 2004, dimulainya keberlakuan Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 Tentang mahkamah Konstitusi, meskipun lembaga Mahkamah Konstitusi ini ada sejak 10 Agustus 2002 ketika disahkannya Perubahan keempat UUD RI Tahun 1945. Di dalam perubahan keempat itulah diadopsinya ketentuan pasal III Aturan Peralihan bahwa “Mahkamah Konstitusi dibentuk selambat-lambatnya pada tanggal 17 Agustus 2003 dan sebelum dibentuk segala kewenangannya dilakukan oleh Mahkamah Agung”¹⁵⁰.

Pemahaman dari pembentukan Mahkamah Konstitusi RI dapat ditinjau dari dua sisi, baik itu dari sisi hukum maupun dari sisi politiknya. Pertama dari sisi hukumnya keberadaan dari Mahkamah konstitusi adalah salah satu konsekuensi perubahan dari supremasi MPR menjadi supremasi konstitusi, prinsip Negara kesatuan, prinsip demokrasi, dan prinsip negara hukum. Dalam pasal 1 ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa negara Indonesia ialah negara kesatuan yang berbentuk republik. Negara kesatuan tidak hanya dimaknai sebagai kesatuan wilayah geografis dan penyelenggaraan pemerintahan. Dalam prinsip negara kesatuan menghendaki adanya satu sistem hukum nasional. Kesatuan hukum nasional ditentukan oleh adanya kesatuan dasar pembentukan dan pemberlakuan hukum, yaitu

¹⁴⁹ A. Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum* (Malang: Bayumedia Publishing, 2005), hlm. 58

¹⁵⁰ UUD Tahun 1945 Perubahan ke-empat Pasal III

UUD 1945. Substansi hukum nasional dapat bersifat pluralistik, tetapi keragaman itu memiliki sumber validitas yang sama, yaitu UUD 1945.¹⁵¹

Kedua, pemahaman dari sisi politik keberadaan Mahkamah Konstitusi diperlukan guna mengimbangi kekuasaan pembentukan undang-undang yang dimiliki oleh DPR dan Presiden. Hal itu diperlukan agar undang-undang tidak menjadi legitimasi bagi tirani mayoritas wakil rakyat di DPR dan Presiden yang dipilih langsung oleh mayoritas rakyat. Di sisi lain, perubahan ketatanegaraan yang tidak lagi menganut supremasi MPR menempatkan lembaga-lembaga negara pada posisi yang sederajat. Hal itu memungkinkan dan dalam praktik sudah terjadi, kemudian muncul sengketa antar lembaga yang memerlukan forum hukum untuk menyelesaikannya. Kelembagaan paling sesuai adalah Mahkamah Konstitusi.¹⁵²

Mahkamah Konstitusi lahir setelah adanya perubahan atas UUD 1945, hal ini merupakan akibat atas perubahan sistem kekuasaan kehakiman. Mahkamah Konstitusi terdiri dari 9 hakim konstitusi (tiga orang usulan DPR, tiga orang usulan MA, dan tiga orang usulan Presiden) yang sesuai dengan pasal 24 C UUD 1945 mempunyai empat kewenangan dan satu kewajiban, yaitu:

- 3) Menguji UU terhadap UUD 1945
- 4) Memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD
- 5) Memutus pembubaran partai politik

¹⁵¹ Mahkamah Konstitusi RI, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi* (Jakarta: Sekjend Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010). Hlm. 7

¹⁵² Mahkamah Konstitusi RI, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Hlm. 7

- 6) Memutus perselisihan hasil pemilu
- 7) Wajib memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD.

Isi pasal 24C ayat (1) UUD 1945 bahwa “*Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar,....*”¹⁵³ Sesuai dengan pasal di atas, yang mempunyai otoritas akhir serta memberikan tafsir mengikat adalah Mahkamah Konstitusi. Selanjutnya tafsiran yang mengikat itu diberikan lewat putusan-putusan yang telah diajukan, hal ini di pertegas oleh Jimly Asshiddiqie yang dikutip oleh Maruarar Siahaan, bahwa Mahkamah Konstitusi berperan sebagai penafsir agar spirit konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat.¹⁵⁴

Aspek lain yang dapat diambil dari pasal 24 C ayat (1 dan 2) UUD 1945 adalah tentang putusan MK. Dalam pasal tersebut di sebutkan bahwa MK berwenang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir yang keputusannya dianggap final. Hal ini memberikan pemahaman bahwa putusan MK langsung memperoleh Kekuatan Hukum Tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh, sehingga sangat berbeda dengan putusan pengadilan lain selain MK yang dalam hukum

¹⁵³ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 2

¹⁵⁴ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), Cet.1, hlm. 8

acaranya diperkenankan upaya hukum baik upaya hukum Banding, Kasasi, maupun upaya hukum Peninjauan kembali.¹⁵⁵

Perbedaan lain antara putusan MK dengan pengadilan lain adalah cakupan putusannya. Selain MK, putusan yang dikeluarkan hanyalah mencakup para pihak yang sedang bersengketa, pemohon, pemerintah, DPR/DPD ataupun pihak terkait yang diizinkan memasuki perkara. Berbeda dengan putusan MK yang mengikat bagi semua orang, lembaga negara dan badan hukum dalam wilayah Republik Indonesia.¹⁵⁶

Kewenangan dalam pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, menyebutkan bahwa “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:¹⁵⁷

- a) Menguji Undang-undang terhadap Undang-Undang dasar Republik Indonesia Tahun 1945
- b) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- c) Memutus pembubaran partai politik, dan
- d) Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Berdasar terhadap keempat kewenangan yang dimiliki Mahkamah Konstitusi tersebut, peneliti dalam pembahasan ini akan memfokuskan

¹⁵⁵ Guna mengetahui secara detail tentang upaya hukum yang telah disebutkan di atas, lihat, Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005) hlm. 280-303; Erfaniah Zuhriyah, *Peradilan Agama Indonesia* (Malang: UIN Malang Press, 2009) hlm. 285-312

¹⁵⁶ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 214

¹⁵⁷ UU Nomor 24 Tahun 2003 Pasal 10 Ayat (1) tentang Mahkamah Konstitusi

terhadap poin pertama yaitu kewenangan menguji Undang-Undang terhadap UUD Tahun 1945. Sebagaimana problematika yang diangkat dalam penelitian ini terkait dengan perlonggaran makna perjanjian perkawinan pada pasal 29 ayat (1), (3), dan (4), selanjutnya demi keefektifan dan fokus permasalahan peneliti mengangkat fenomena yang terjadi pada perkawinan campuran antara WNI dengan WNA yang mana sangat membutuhkan suatu perjanjian ketika dalam masa perkawinan, karena hak konstitusionalnya telah dibatasi oleh Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan.

Sebagai tambahan selain kewenangan yang telah disebutkan di atas MK juga berwenang untuk memutus sengketa tentang hasil pemilihan kepala daerah yang dulunya menjadi kewenangan Mahkamah Agung. Hal tersebut menurut Mahfud sebagai konsekuensi dari ketentuan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2006 tentang penyelenggaraan Pemilu yang menempatkan pilkada ke dalam rezim pemilihan umum.¹⁵⁸

Dengan demikian, kewenangan murni yang artinya tidak diatur sebelumnya dalam konstitusi hanya kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945 dan memutus sengketa antara lembaga negara.¹⁵⁹ Sedangkan kewenangan lainnya merupakan kewenangan pengalihan dari lembaga negara lain. Contohnya kewenangan untuk memutus sengketa hasil pemilu dan pembubaran partai politik. Perselisihan hasil pemilu sebelum terbentuknya MK menjadi kewenangan Mahkamah Agung, sementara

¹⁵⁸ Mahfud MD., *Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi*, dalam Tim Penulis, *Constitutional Question* (Malang: UB Press, 2010), hlm. 9

¹⁵⁹ Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa Pemilukada di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2010), hlm. 17

pembubaran partai politik sebelum diatur dalam pasal 68 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 merupakan hak prerogratif Presiden tanpa melalui persidangan.¹⁶⁰

Menguji UU terhadap UUD 1945 menjadi hal yang menarik untuk diteliti, mengingat pembatasannya pada pasal 50 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, bahwa: "Undang-Undang yang dapat dimohonkan untuk diuji adalah Undang-Undang yang diundangkan setelah perubahan UUD RI 1945". Dalam penjelasannya adalah setelah perubahan pertama, yaitu tanggal 19 Oktober 1999. Namun ketentuan tersebut tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi atas perkara Nomor 066/PUU-II/2004 tanggal 12 April 2005, yang selanjutnya Mahkamah Konstitusi berwenang menguji semua undang-undang yang dimohonkan ke Mahkamah Konstitusi.¹⁶¹

Terlepas dari kewenangan yang dimiliki MK saat ini tidak berarti bebas kritik serta rambu-rambu yang terlihat istimewa, karena berhak menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945. Kritik terhadap MK disampaikan oleh penggagas hukum progresif yaitu Satjipto Rahardjo yang melihat dari sisi posisi hakim yang menjadi perwira dalam lembaga kehakiman tersebut.

Menurut Satjipto, komposisi hakim MK yang jumlahnya sembilan orang yang kesemuannya adalah tidak lain para ahli hukum, menurutnya

¹⁶⁰ Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa Pemilukada di Indonesia*, hlm. 17

¹⁶¹ Abdul Mukhtie Fajar, *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi* (Jakarta: Konstitusi Press & Yogyakarta, Citra Media, 2006), hlm. 139

peristiwa ini menunjukkan penyempitan makna (reduksi makna) terhadap persoalan bangsa yang begitu besar seakan hanya menjadi masalah hukum.¹⁶²

Detailnya lagi disampaikan:

“Apabila kita memaknai bahwa MK itu mengurus sekaligus aspek kehidupan bangsa, kita tidak akan menyerahkan hakim MK hanya kepada panel ahli hukum saja. Masalah kehidupan bangsa yang begitu besar tentulah perlu dihadapi oleh sebuah panel yang sepadan pula. Ia bukan hanya urusan para ahli hukum, melainkan juga para sosiolog, antropolog, ilmuwan politik, ekonomi, sejarawan, budayawan, rohaniawan dan lain-lain.”

Pandangan peneliti dengan kritikan tersebut sangat setuju, alasan mendasar yang di kemukakan oleh Satjipto tentunya menjadi pertimbangan sebagai pengawal konstitusi yang menyangkut kebutuhan dan melindungi warga Indonesia guna mencapai kemashlahatan umum. Jika kesembilan hakim tersebut kesemuannya dari panel ahli hukum maka dikhawatirkan terjadi diskriminasi dalam hal pertimbangan sebuah putusan yang hanya melihat dari sudut pandang hukum. Seharusnya untuk mencapai sebuah demokrasi, maka integrasi keilmuan sangatlah penting dijadikan sebagai pertimbangan dalam putusan. Dalam hal ini posisi peneliti akan mengkaji putusan tersebut ke dalam ranah *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem oleh Jasser Auda.

Pandangan selanjutnya di Jimly Asshiddiqie bahwa kurangnya realitis ketika komposisi hakim MK, misalnya harus dihumi oleh para pakar dari lintas disiplin ilmu sebagaimana dikehendaki oleh Satjipto minim

¹⁶² Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 166

disebabkan oleh pengujian undang-undang di MK sangat berkaitan dengan penyelesaian konflik norma yang terdapat dalam UUD 1945.¹⁶³

Di lain sisi MK juga mengakomodir terhadap pakar di luar bidang hukum sebenarnya dapat saja terealisasi, karena MK juga sering menghadirkan saksi ahli untuk di dengarkan kemudian dijadikan pertimbangan pendapatnya terkait suatu perkara yang akan diputuskan. Contoh dari pengambilan saksi ahli dalam putusan yang peneliti kaji yaitu putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015 yang terdapat pandangan beberapa ahli pemohon dan saksi ahli. Dengan demikian harapan dari Satjipto sebenarnya sudah terpenuhi tanpa menghadirkan selain hakim di MK.

2. Eksistensi *Judicial Review* Sebagai Sarana Pengujian Konstitusional

Eksistensi berasal dari kata bahasa latin *existere* yang artinya muncul, ada, timbul, memiliki keberadaan aktual. *Existere* disusun dari *ex* yang artinya keluar dan *sistere* yang artinya tampil atau muncul.¹⁶⁴

Judicial Review merupakan kewenangan lembaga peradilan untuk menguji kesahihan dan daya laku produk-produk hukum yang dihasilkan oleh eksekutif legislatif maupun yudikatif di hadapan konstitusi yang berlaku. Pengujian oleh hakim terhadap produk cabang kekuasaan legislatif (*legislative acts*) adalah konsekuensi dari dianutnya prinsip “*check and*

¹⁶³ Jimly Assiddiqie, *Komentar Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 95

¹⁶⁴ Lorens Bagus, *Kamus Filsafat*, (Jakarta: Gramedia, 1996), hlm. 183-185

balances” berdasarkan doktrin pemisahan kekuasaan (*separation of power*).¹⁶⁵

Berdasarkan pengertian tersebut, kewenangan untuk melakukan *judicial review* melekat pada fungsi hakim sebagai subjeknya, bukan pada pejabat lain. Jika pengujian tidak dilakukan oleh hakim, tetapi oleh lembaga parlemen, maka pengujian seperti itu tidak dapat disebut sebagai “*judicial review*” melainkan “*legislative review*”.¹⁶⁶

Judicial review di negara-negara penganut aliran hukum civil law biasanya bersifat tersentralisasi (*centralized system*).¹⁶⁷ Negara penganut sistem ini biasanya memiliki kecenderungan untuk bersifat pasti terhadap doktrin supremasi hukum. Karena itu penganut sistem sentralisasi biasanya menolak untuk memberikan kewenangan ini kepada pengadilan biasa, karena hakim biasa dipandang sebagai pihak yang harus menegakkan hukum sebagaimana yang tercantum dalam suatu peraturan perundangan. Kewenangan ini kemudian dilakukan oleh suatu lembaga khusus yaitu seperti

¹⁶⁵ Sistem *judicial review* oleh Mahkamah Konstitusi di Jerman dan ditentukan pula adanya kewenangan MK untuk menguji putusan MA. Dengan demikian, secara akademisi dapat dikatakan bahwa objek yang dapat diuji melalui mekanisme “*judicial review*” oleh hakim konstitusi itu dapat mencakup (a) *legislative acts* (b) *executive acts* dan (c) *judicial decisions*. Jimly Assididqie, Catatan Kompilasi Peraturan Mahkamah Konstitusi di 45 Negara, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, lihat Legal Development Facility, *Judicial Review*, (Jakarta: ELSAM, 2007), hlm. 1

¹⁶⁶ Salah satu contoh bentuk pengujian legislatif terhadap produk eksekutif (*executive acts*) adalah pengujian oleh Dewan Perwakilan Rakyat terhadap Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU). Jika dalam satu tahun, suatu Perpu tidak mendapat persetujuan DPR, maka Perpu itu harus dicabut oleh Presiden. Karena itu, setiap Perpu yang ditetapkan oleh Presiden diharuskan segera diajukan ke DPR untuk mendapatkan “*legislative review*” dengan kemungkinan disetujui atau ditolak oleh DPR. Lihat Legal Development Facility, *Judicial Review*, (Jakarta: ELSAM, 2007), hlm. 1

Mahkamah Konstitusi.¹⁶⁸ Lebih detailnya akan di bahas dalam sub bab berikut.

a) Kilasan Historis Perlunya *Judicial Review* Sebagai Muatan Materil dalam Mahkamah Konstitusi

Pembentukan MK tidak dapat dilepaskan dari perkembangan hukum dan ketatanegaraan tentang pengujian produk hukum oleh lembaga peradilan atau *judicial review*.¹⁶⁹ Pengujian undang-undang terhadap konstitusi didasari oleh paradigma tentang prinsip dari supremasi konstitusi yang menginginkan konstitusi ini dimaknai sebagai hukum tertinggi, sehingga segala perbuatan dan undang-undang maupun peraturan perundang-undangan lain di bawahnya tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Hal ini menjadi salah satu dasar dari diberlakukannya *judicial review*.

Ide dasar dari lahirnya mekanisme *judicial review* (dan sekaligus dasar pemikiran lahirnya Mahkamah Konstitusi) di Eropa adalah justru bagaimana caranya “memaksa” pembentuk undang-undang taat kepada konstitusi, maksud dari hal tersebut agar tidak membuat undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Prinsip tersebut dinamakan prinsip konstusionalitas hukum (*Constitutionality of law*) yang merupakan

¹⁶⁸ Lihat Legal Development Facility, *Judicial Review*, (Jakarta: ELSAM, 2007), hlm. 1

¹⁶⁹ Istilah *judicial review* terkait dengan istilah Belanda “*toetsingsrecht*”, tetapi keduanya memiliki perbedaan terutama dari sisi tindakan hakim. *Toetsingsrecht* bersifat terbatas pada penilaian hakim terhadap suatu produk hukum, sedangkan pembatalannya dikembalikan kepada lembaga yang membentuk. Sedangkan dalam konsep *judicial review* secara umum terutama di negara-negara Eropa Kontinental sudah termasuk tindakan hakim membatalkan aturan hukum dimaksud. Di lain sisi istilah *judicial review*, juga terikat tetapi harus dibedakan dengan istilah lain seperti *legislative review*, *constitutional review*, dan *legal review*. Sehingga konteks *judicial review* yang dijalankan oleh MK dapat disebut sebagai *constitutional review* karena pengujiannya adalah konstitusi. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Konpress, 2005), hlm. 6-9

syarat atau unsur utama paham negara hukum maupun demokrasi konstitusional. Maka harus terdapat mekanisme hukum yang menjamin bahwa undang-undang dan peraturan perundang-undangan lain di bawahnya tidak bertentangan dengan konstitusi. Hal ini yang menjadikan lahirnya mekanisme pengujian undang-undang terhadap konstitusi atau UUD (*constitutional review* atau *judicial review*).¹⁷⁰

Banyak para ahli yang mencoba memahami dan melihat sejarah *judicial review* hingga masa Yunani kuno dan pemikiran sebelum abad ke-19¹⁷¹, tetapi momentum utama munculnya *judicial review* adalah pada keputusan MA Amerika Serikat dalam kasus *Marbury vs Madinson* pada 1803. Dalam kasus tersebut, MA Amerika Serikat membatalkan ketentuan dalam *judiciary Act* 1789 karena dinilai bertentangan dengan konstitusi AS. Saat itu tidak ada ketentuan dalam konstitusi AS maupun undang-undang yang memberikan wewenang *judicial review* kepada MA, namun para hakim agung MA AS yang diketuai oleh John Marshal berpendapat hal itu adalah kewajiban konstitusional mereka yang telah bersumpah untuk menjunjung tinggi dan menjaga konstitusi. Berikut merupakan sumpah hakim Agung AS:¹⁷²

“I do solemnly swear that I will administer justice without respect to person, and do equal right to the poor and to the rich, and that I will faithfully and impartially discharge all the duties incumbent on me as

¹⁷⁰I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi Judicial Review dan Welfare State* (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), hlm. 50-51

¹⁷¹Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, hlm. 10-16

¹⁷²<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/MarburyvsMadinson.mht>, diakses pada tanggal 26 Oktober 2017.

according to the best of my abilities and understanding, agreeably to the constitution, and laws of the United States”.

Berdasarkan sumpah tersebut, MA memiliki kewajiban menjaga supremasi konstitusi, termasuk dari peraturan hukum yang melanggar konstitusi. Selanjutnya, melihat dari perkembangan hukum di AS tersebut, Beard menyatakan bahwa *judicial review* merupakan bagian dari sistem *checks and balances* yang telah ditetapkan dalam *Contitution Convention*. Sistem *checks and balances* merupakan elemen esensial konstitusi dan dibangun di atas doktrin bahwa cabang pemerintahan tidak boleh berkuasa penuh, apalagi terkait dengan pelaksanaan undang-undang yang menyangkut hak kepemilikan.¹⁷³

Gagasan pembentukan peradilan tersendiri di luar MA untuk menangani perkara *judicial review* pertama kali dikemukakan oleh Hans Kelsen pada saat menjadi anggota *Chancelery* dalam pembaruan konstitusi Austria pada 1919-1920. Gagasan tersebut diterima dan menjadi bagian dalam konstitusi Austria 1920 yang di dalamnya dibentuk Mahkamah Konstitusi (*Verfassungsgerichtshof*). Sejak saat itu dikenal dan berkembang lembaga Mahkamah Konstitusi yang posisinya di luar MA dan secara khusus menangani *judicial review* serta perkara-perkara konstitusional lainnya.¹⁷⁴

Berbagai pandangan akhirnya mengkritik posisi MK ini, MK bahkan sering dicirikan sebagai pengadilan politik. Ironinya, *judicial review* secara pandangan tradisional dipahami sebagai tindakan politik guna menyatakan

¹⁷³Leonard W. Levy, *Judicial Review: Sejarah kelahiran, Wewenang, dan Fungsinya dalam Negara Demokrasi*, Terj. Eni Purwaningsih (Jakarta: Penerbit Nuansa, 2005), hlm. 3

¹⁷⁴Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, hlm. 29

bahwa suatu ketentuan tidak konstitusional oleh pengadilan khusus yang berisi para hakim yang dipilih oleh parlemen dan lembaga politik lain, dan bukan oleh pengadilan biasa yang didominasi oleh hakim yang memiliki kemampuan teknis hukum.¹⁷⁵ Oleh sebab itu perlu adanya pembatasan yang rasional, bukan sebagai sesuatu yang bertentangan dengan demokrasi, tetapi justru menjadi salah satu esensi dari demokrasi.¹⁷⁶

Gagasan *judicial review* di Indonesia tidak lepas dari kelembagaan yang menjalankannya, oleh sebab itu ide pembentukan MK di Indonesia muncul serta menguat di era reformasi saat dilakukannya perubahan terhadap UUD 1945. Namun, dari sisi gagasan *judicial review* sebenarnya telah ada sejak pembahasan UUD 1945 oleh BPUPKI pada tahun 1945. Anggota BPUPKI, Prof. Muhammad Yamin telah mengemukakan pendapat bahwa “Balai Agung” (MA) perlu diberi kewenangan untuk membandingkan Undang-Undang. Namun Prof. Soepomo menolak pendapat tersebut karena memandang bahwa UUD yang sedang disusun saat itu tidak menganut paham trias politika dan kondisi saat itu belum banyak sarjana hukum dan belum memiliki pengalaman *judicial review*.¹⁷⁷

Ide kepentingan dan perlunya *judicial review* khususnya pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, kembali muncul pada saat pembahasan

¹⁷⁵ Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (Durham and London: Duke University Press, 1989), hlm. 3. Lihat *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, 2010), Cet.1, hlm 3

¹⁷⁶ David Wood, *Judicial Invalidation of Legislation and Democratic Principles*, dalam Charles Sampford and Kim Preston, *Interpreting Constitution* (NSW: The Federation Press, 1996), hlm. 4-7. Lihat *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, 2010), Cet.1, hlm 4

¹⁷⁷ Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945* (Jakarta: Yayasan Prapanca, 1959), jilid 1, hlm. 341-341. Lihat *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MKRI, 2010), Cet.1, hlm 5

RUU kekuasaan kehakiman yang selanjutnya ditetapkan menjadi UU Nomor 14 Tahun 1970 tentang pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman. Saat itu Ikatan Hakim Indonesia yang mengusulkan supaya MA diberikan wewenang menguji undang-undang terhadap UUD. Namun karena ketentuan tersebut dipandang merupakan materi muatan konstitusi sedangkan dalam UUD 1945 tidak diatur sehingga usul itu tidak disetujui oleh pembentuk undang-undang. MA ditetapkan memiliki wewenang *judicial review* secara terbatas, yaitu menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, itupun dengan ketentuan harus dalam pemeriksaan tingkat kasasi yang mustahil dilaksanakan. Ketentuan ini juga dituangkan dalam Tap MPR Nomor VI/MPR/1973 dan Tap MPR Nomor III/MPR/1978.¹⁷⁸

b) *Legal Standing Guna Pengajuan Judicial Review*

Legal standing adalah ketentuan di mana seseorang atau suatu pihak ditentukan memenuhi syarat dan oleh sebab itu mempunyai hak untuk mengajukan permohonan penyelesaian perselisihan atau sengketa. Atau perkara di depan Mahkamah Konstitusi.¹⁷⁹

Kedudukan hukum (*legal standing*) mencakup syarat formal sebagaimana ditentukan undang-undang dan syarat materiil yaitu kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional. Dalam hal ini, Pasal 51 ayat (3) UU

¹⁷⁸ Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi* (Jakarta: LP3ES, 2007), hlm. 96

¹⁷⁹ Harjono, dalam I Dewa Gede Palguna, *Mahkamah Konstitusi Judicial Review dan Welfare State* (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008), hlm. 98

Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa “Dalam permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (2), pemohon wajib menguraikan dengan jelas bahwa:¹⁸⁰

- i. Pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan atau
- ii. Materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap bertentangan Undang-Undang Dasar Negara republik Indonesia Tahun 1945.

Berpedoman dengan ketentuan tersebut berarti suatu undang-undang dapat dimohonkan pengujian ke Mahkamah Konstitusi baik jika pembentukannya dianggap bertentangan atau tidak sesuai dengan UUD 1945 maupun jika materi muatan (pasal, ayat, atau bagian) dari undang-undang tersebut dianggap bertentangan dengan UUD 1945, atau keduanya. Sebagaimana diuraikan dalam pasal 57 ayat (2) UU Mahkamah Konstitusi permohonan pengujian baik dari pengujian formil maupun materiil.

Terhadap dua bentuk pengujian di atas, baik pengujian dari sisi formil maupun materiil undang-undang menurut jimly seharusnya tidak hanya terpaku kepada pengertian konstiusionalitas dalam artian yang sempit sehingga hanya terpaku kepada apa yang tertulis dalam naskah UUD saja. Karena di samping konstitusi tertulis masih ada konstitusi tidak tertulis yang terdapat dalam nilai-nilai yang hidup dalam praktik-praktik ketatanegaraan.¹⁸¹

Selanjutnya akan disampaikan mengenai nilai-nilai konstiusionalitas undang-undang baik secara formil maupun materiil dalam sub bab tersendiri karena

¹⁸⁰ Pasal 51 ayat (3) UU Mahkamah Konstitusi

¹⁸¹ Jimly Asshiddiqie, Hukum Acara Pengujian Undang-Undang (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 5

akan berkaitan dengan metode Mahkamah Konstitusi dalam menemukan atau berprogres terhadap penemuan hukum.

Sesuai dengan Pasal 57 ayat (1) UU MK apabila pengujian bersifat materil, yaitu hanya menyangkut ayat, pasal, dan/atau bagian tertentu dari undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945, jika pemohon berhasil membuktikannya maka hanya ayat, pasal, dan/atau bagian tertentu dari undang-undang itulah yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Pasal 57 ayat (2) UU MK, apabila pengujian formil, jika pemohon berhasil membuktikan bahwa pembentukan suatu Undang-Undang bertentangan dengan UUD 1945, sehingga hal itu merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya, berarti seluruh Undang-Undang itu akan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Hal penting selanjutnya berkaitan dengan subjek yang dapat mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 yang dalam istilah praktiknya disebut pihak yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) guna mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 diatur dalam Pasal 51 UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Pasal 51 ayat (1) menyatakan bahwa: pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- i. Perorangan warga Negara Indonesia
- ii. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip NKRI yang diatur dalam undang-undang.
- iii. Badan hukum publik atau privat
- iv. Lembaga Negara

Pasal 51 ayat (2) UU MK menyatakan bahwa: pemohon wajib menguraikan dengan jelas dalam permohonannya hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1). Maka agar pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 memenuhi syarat untuk diperiksa di Mahkamah Konstitusi maka seseorang atau suatu pihak dalam permohonannya harus menjelaskan:

Pertama, kualifikasinya sesuai dengan ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi di atas, yaitu apakah sebagai perorangan warga Negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum ataukah lembaga Negara. Kedua, hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya (dalam kualifikasi itu) yang dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang.

Hal tersebut dilakukan supaya permohonannya diterima untuk dilaksanakan pemeriksaan. Sebagaimana diatur dalam Pasal 39 UU Mahkamah Konstitusi, bahwa:

- i. Ayat (1): sebelum memulai memeriksa pokok perkara, Mahkamah Konstitusi mengadakan pemeriksaan kelengkapan dan kejelasan materi permohonan.

- ii. Ayat (2): dalam pemeriksaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Mahkamah Konstitusi wajib memberi nasihat kepada pemohon untuk melengkapi dan/atau memperbaiki permohonan dalam jangka waktu paling lambat 14 hari.

Hal ini menjelaskan bahwa kelengkapan menjadi syarat wajib yang harus dipenuhi terlebih dahulu untuk diterima sebagai pemohon *judicial review*. Dalam penelitian ini, seorang WNI juga merasa dirugikan hak konstitusionalnya terhadap UU Perkawinan 1/1974 pasal 29 yang kemudian diajukan permasalahan tersebut kepada Mahkamah Konstitusi dengan syarat dan ketentuan yang berlaku.

B. Menakar Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Dalam Pemaknaan Hukum

Putusan dalam peradilan merupakan produk hukum dari perbuatan hakim sebagai pejabat negara memiliki kewenangan dalam sidang dan dibuat secara tertulis guna mengakhiri suatu sengketa yang dihadapkan para pihak kepadanya.¹⁸²

Putusan Mahkamah Konstitusi ini memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum.¹⁸³ Pernyataan tersebut adalah konsekuensi dari sifat putusan MK yang ditentukan oleh UUD 1945 sebagai final. Maka Mahkamah Konstitusi adalah peradilan pertama dan terakhir yang terhadap putusannya tidak dapat dilakukan upaya hukum. Setelah putusan dibacakan, MK wajib mengirimkan

¹⁸² Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 11

¹⁸³ Model ini diterapkan mulai pada Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 yang diucapkan pada hari Selasa, 24 Februari 2004.

salinan putusan kepada para pihak dalam jangka waktu paling lambat 7 hari kerja sejak putusan dibacakan.¹⁸⁴

Deskripsi putusan MK Nomor 69/PUU-XIII/2015 bahwa Mahkamah Konstitusi pada tanggal 21 Maret 2016 telah mengabulkan permintaan uji materiil (*judicial review*) atas Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, lewat putusannya Nomor 69/PUU-XIII/2015 Tahun 2015.¹⁸⁵ Dengan atas gugatan yang diajukan oleh Ike Farida¹⁸⁶ terhadap Pasal 29 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang mengatur tentang perjanjian perkawinan bahwa pelaku perkawinan campuran, tidak bisa memiliki hak milik atas tanah di Indonesia.

Alasan permohonan tersebut terhadap uji materi pada pasal 21 ayat (1), ayat (3), dan pasal 36 ayat (1) UUPA, serta pasal 29 ayat (1), ayat (3), ayat (4) dan pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan 1974. Bahwa pemohon sangat menderita dan sengsara karena diberlakukannya pasal-pasal tersebut. Namun pertimbangan dari hakim MK bahwa permohonan pemohon sepanjang menyangkut pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU No.1 tentang Perkawinan Tahun 1974 beralasan menurut hukum untuk sebagian, sedangkan menyangkut pasal selebihnya yang diajukan tidak beralasan menurut hukum, demikian yang menjadi pertimbangan para hakim dalam salinan putusan tersebut.

¹⁸⁴ Model ini diterapkan sejak Putusan Nomor 019-021/PUU-III/2005 diucapkan pada hari Selasa tanggal 28 Maret 2006.

¹⁸⁵ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015.

¹⁸⁶ Kedudukan pemohon adalah perorangan warga Indonesia yang mempunyai kapasitas hukum, dan kepentingan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*. Lihat Salinan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015.

Fokus terhadap pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) justru menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian dan kesengsaraan bagi pemohon berkaitan dengan perjanjian perkawinan campuran. Ketika pemohon ingin melaksanakan perjanjian perkawinan ketika dalam kehidupan berumah tangga ternyata bertentangan dengan pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) karena perkawinan campuran yang dijalani oleh pemohon. Dengan adanya hal tersebut berarti pasal tersebut bertentangan dengan hak konstitusionalnya dengan warga negara Indonesia lainnya, sebagaimana dijamin dalam pasal 28E ayat (2). Berikut akan diuraikan isi dari pasal-pasal tersebut:

Pasal 28E ayat (2) UUD 1945:

“Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya”.

Frasa *“pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan”* dalam pasal 29 ayat (1), frasa *“...sejak perkawinan dilangsungkan”* dalam pasal 29 ayat (3), dan frasa *“selama perkawinan berlangsung”* dalam pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan 1974 membatasi kebebasan 2 (dua) orang individu untuk melakukan atau kapan akan melakukan “perjanjian”, sehingga bertentangan dengan pasal 28E ayat (2) UUD 1945 sebagaimana didalilkan pemohon. Dengan demikian, frasa *“selama perkawinan berlangsung”* dalam pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan 1/1974 adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai termasuk pula selama dalam ikatan perkawinan.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 154

Berdasarkan pernyataan di atas maka pentingnya akan kebutuhan suatu perlonggaran terhadap perjanjian perkawinan. Meskipun tidak semua masyarakat membutuhkan, namun nyatanya beberapa masyarakat atau individu yang melakukan perkawinan campuran membutuhkan kepastian hukum terhadap perundang-undangan yang berlaku.

Selain kepastian hukum yang nantinya diperoleh pemohon atau pihak yang berkepentingan dengan pengujian undang-undang tersebut, maka terdapat kepentingan umum dan progres terhadap perundang-undangan yang akan diuji melalui *judicial review*. Untuk itu peneliti akan mencoba mengkajinya dengan pendekatan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang sejalan dengan tujuan dari hukum progresif serta terdapatnya kepastian hukum.

Namun, penting untuk mengetahui sumber makna dari perlonggaran putusan Mahkamah Konstitusi tersebut terlebih dahulu, sebagai upaya dan metode dalam penemuan hukum atau progresifitas peta hukum di Indonesia, khususnya penduduk yang mayoritas muslim tentunya juga terjadi progres terhadap akibat hukum putusan tersebut dari perspektif hukum keluarga Islam.

1. Penafsiran Konstitusi Sebagai Metode Penemuan Hukum

Istilah penafsiran konstitusi merupakan terjemahan dari *constitutional interpretation*.¹⁸⁸ Salah satu guru besar Fakultas Hukum Universitas Hong Kong yaitu Albert H.Y Chen menggunakan istilah

¹⁸⁸ Istilah *constitutional interpretation* banyak digunakan oleh para ahli hukum tata negara untuk memberikan pengertian tentang cara menafsirkan konstitusi. Lihat Craigh R. Ducat, *Constitutional Interpretation*, (California: Wordsworth Classic, 2004), Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation, textual Meaning, Original, and Judicial Review*, (Kansas: University Press of Kansas, 1999).

“*constitutional interpretation*” yang dibedakan dari “*interpretation of statutes*”. Penafsiran konstitusi merupakan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau undang-undang dasar, atau *interpretation of the Basic law*.¹⁸⁹

Di Belanda dan mayoritas negara barat yang kontinental, pandangan tentang penemuan hukum (*rechtsvinding*) dikaitkan dengan legisme, yaitu aliran pemikiran dalam teori hukum yang mengidentikkan hukum dengan undang-undang. Gagasan bahwa penemuan hukum sebaiknya harus memiliki karakter yang sangat formalistik atau logikal, juga ditekankan oleh aliran teori hukum *Begriffsjurisprudenz*. Aliran ini dianut oleh beberapa negara Jermania pada abad sembilan belas.¹⁹⁰

Perspektif Indonesia yang peneliti sadur dari Satjipto Rahardjo bahwa, salah satu sifat yang melekat pada perundang-undangan atau hukum tertulis adalah sifat otoritatif dari rumusan-rumusan peraturannya. Meskipun pengaturan dalam bentuk tulisan atau *litera scripta* sesungguhnya hanya bentuk dari usaha menyampaikan sebuah ide. Selanjutnya, ide atau pikiran ini ada yang menyebutnya sebagai “semangat” dari suatu peraturan. Usaha guna menggali semangat tersebut harus melekat pada hukum perundang-undangan yang tertulis. Usaha ini akan dilakukan oleh lembaga kekuasaan pengadilan dalam bentuk interpretasi atau konstruksi. Selanjutnya interpretasi atau konstruksi tersebut merupakan proses yang dijalani oleh lembaga pengadilan

¹⁸⁹ Albert H.Y. Chen, *The Interpretation of Basic Law, Common Law and Mainland Chines Prespectives*, (Hong Kong: Hong Kong Jurnal Ltd., 2000) hlm. 1

¹⁹⁰ J. A Pontier, *Penemuan Hukum*, Terj. B. Arief Sidharta (Bandung: Jendela Mas Pustaka, 2008), hlm. 73-74

dalam rangka mendapatkan kepastian mengenai arti dari hukum perundang-undangan.¹⁹¹

Terkait dengan penafsiran konstitusi yang nantinya dijadikan sebagai metode penemuan hukum dalam putusan oleh Mahkamah Konstitusi, hal ini tidak lepas dari dua bentuk pengujian formil dan materiil yang sudah dibahas dalam sub bab sebelumnya. Menurut Jimly Assiddiqie konstitusionalitas undang-undang baik secara formil maupun materiil dapat dinilai sebagai berikut:

- a) Naskah Undang-Undang Dasar yang resmi tertulis
- b) Dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah UUD seperti risalah-risalah, keputusan beserta ketetapan MPR, UU tertentu, peraturan tat tertib dan lain sebagainya.
- c) Nilai-nilai konstitusi yang hidup dalam praktik ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara.
- d) Nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukum warga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.

Dengan demikian ketika hukum yang ada dalam undang-undang tidak cukup menjamin keadilan, MK harus membuat terobosan hukum sendiri

¹⁹¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 93-94

sebagai penemuan hukum demi keadilan.¹⁹² Sehingga secara umum penemuan hukum yang dilakukan oleh MK berkisar pada tiga model, pertama pengenyampingan ketentuan undang-undang. Kedua, menunda tidak mengikatnya undang-undang. Ketiga, konstitusional bersyarat (*conditionally constitution*).¹⁹³

Dalam ilmu hukum dan konstitusi, interpretasi atau penafsiran merupakan metode penemuan hukum. Dalam hal peraturannya ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada fenomena hukum. Penemuan hukum ihwalnya adalah berkenaan dengan hal mengkonkretisasikan produk pembentukan hukum. Penemuan hukum adalah proses kegiatan pengambilan keputusan yuridis konkrit yang secara langsung menimbulkan akibat hukum bagi suatu situasi individual (putusan-putusan hakim, ketetapan, pembuatan akta oleh notaris dan sebagainya). dalam arti tertentu menurut Meuwissen, penemuan hukum adalah pencerminan pembentukan hukum.¹⁹⁴

Penafsiran merupakan salah satu metode dalam penemuan hukum, berangkat dari paradigma bahwa pekerjaan kehakiman memiliki karakter logikal. Menurut Sudikno mertokusumo, interpretasi atau penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum dalam peristiwa

¹⁹² Rita Triani Budiarti, *Kontroversi Mahfud MD.*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2012), Cet.1, Jilid 1, hlm. 146

¹⁹³ Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Konstitusi*, (Bandung: Mandar Maju, 2012), hlm. 60

¹⁹⁴ Meuwissen, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, Terj. B. Arief Sidharta (Bandung: PT Refika Aditama, 2008) hlm. 11

yang konkrit. metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang.¹⁹⁵

Satjipto Rahardjo mengutip pendapat Fitzgerald, mengemukakan secara garis besar interpretasi dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu Interpretasi Harfiah dan interpretasi fungsional. Pertama, interpretasi harfiah merupakan interpretasi yang semata-mata menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya. Kedua, interpretasi fungsional bisa disebut interpretasi bebas, disebut bebas karena penafsiran ini mengikatkan diri sepenuhnya kepada kalimat dan kata-kata peraturan (*litera legis*). Dengan demikian penafsiran ini mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan kejelasan yang lebih memuaskan.¹⁹⁶

Berangkat dari beberapa metode interpretasi, yang semestinya tidak hanya dua yang disebutkan di atas dan masih banyak lagi dalam metode interpretasi, tetapi nampaknya hukum positif ini belum dapat menentukan bahwa dari beberapa metode interpretasi konstitusi yang ada atau yang berkembang dalam praktik peradilan di Mahkamah Konstitusi baik yang digunakan oleh pemohon, termohon, pihak terkait, saksi, ahli, maupun hakim konstitusi.

Sisi yang lain seorang hakim juga memiliki kebebasan untuk memilih dan menggunakan metode-metode penafsiran yang diyakini benar.

Mengenai hal ini MK dalam putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang

¹⁹⁵ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Penemuan Hukum* (Bandung: Citra Aditya bakti, 1993), hlm. 13

¹⁹⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, hlm. 95

permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 22 tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan pasal 34 ayat (3) UU Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman pernah mengemukakan bahwa “Mahkamah konstitusi sebagai lembaga penafsir Undang-Undang Dasar (*the sole judicial interpreter of the constitution*) , tidak boleh hanya semata-mata terpaku kepada metode penafsiran dengan mendasarkan diri hanya kepada UUD 1945. Terutama apabila penafsiran demikian justru menyebabkan tidak bekerjanya ketentuan-ketentuan UUD 1945 sebagai suatu sistem, dan/atau bertentangan dengan gagasan utama yang melandasi Undang-Undang Dasar itu sendiri secara keseluruhan berkaitan dengan tujuan yang hendak diwujudkan.

Mahkamah Konstitusi harus memahami UUD 1945 dalam konteks keseluruhan jiwa yang terkandung di dalamnya guna membangun kehidupan ketatanegaraan yang lebih tepat dalam upaya mencapai negara, yaitu mewujudkan negara hukum yang demokratis dan negara demokrasi yang berdasar atas hukum, hal ini merupakan penjabaran pokok pikiran yang terkandung dalam pembukaan UUD 1945”.¹⁹⁷

Ijtihad para hakim di lingkungan Mahkamah Konstitusi dalam rangka *rechtsvinding* sampai pada putusannya merupakan bagian dari amanat Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, bahwa sebagai peradilan negara Mahkamah Konstitusi harus menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Salinan Putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 Tentang Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 22 tahun 2004 tentang Komisi Yudisial, di akses pada tanggal 27 Oktober 2017

¹⁹⁸ Arief Sidharta mengemukakan cita hukum Pancasila berintikan: a. Ketuhanan Yang Maha Esa, b. Penghormatan atas martabat manusia, c. Wawasan kebangsaan dan wawasan nusantara, d.

Nampaknya pandangan tersebut diamini oleh mahfud MD. Yang secara tegas dikemukakan dalam pidato penutupan Rapat Kerja MK RI pada tanggal 22-24 Januari 2010. Pernyataanya bahwa:

“MK saat ini menganut hukum progresif, sebuah konsep hukum yang tidak terkungkung kepada konsep teks undang-undang semata, tetapi juga memperhatikan rasa keadilan yang hidup di masyarakat. MK tidak sekedar peradilan yang hanya menjadi corong sebuah undang-undang.”¹⁹⁹

Jika MK telah menganut hukum progresif yang tidak hanya menginterpretasi dari konsep teks semata, berarti sejalan dengan makna yang terkandung dalam teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* melalui pendekatan sistem, karena diharapkan sesuai dengan tiga pokok hal yang sangat dibutuhkan di era kontemporer ini yaitu *Human right*, *Human Development*, dan *Maṣlahat al-‘Ām*.

Sesungguhnya ijtihad *Ulil Amri (Ahlul Hilli wal Aqdi)* harus berdasarkan kemaslahatan umum, dan salah satu dasar yang baku setelah Al Qur'an dan Sunnah di antara dasar-dasar syariat Islam. Oleh sebab itu, ketika pendapat mereka sama (sepakat), wajib atas seluruh individu rakyat dan atas para penguasanya untuk melaksanakannya. Perlu diketahui bahwa ijtihad mereka hanya khusus pendapat yang kuat menurut kami dalam hal-hal yang

Persamaan dan keyakinan, e. Keadilan sosial, f. Moral dan budi pekerti yang luhur, g. Partisipasi dan transparansi dalam proses pengambilan putusan publik. Lihat B. Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum, Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional*, (Bandung: CV. Mandar Maju, 2000), hlm. 185

¹⁹⁹ Tim Peneliti, *Perkembangan Pengujian Perundang-undangan di Mahkamah Konstitusi: dari Berpikir Hukum Tekstual ke Hukum Progresif*, (Kerjasama antara MKRI dengan Pusat Studi Konstitusi FH Universitas Andalas, 2010), hlm. 1

berkenaan dengan perundang-undangan, politik, dan sipil, tidak dalam hal-hal yang berkenaan dengan ibadah dan hukum-hukum privat (keperdataan) jika tidak diadukan ke pengadilan.²⁰⁰

Ijtihad mereka juga seharusnya berdasarkan atas kaidah mencari dan memelihara kemaslahatan serta mencegah dan menghilangkan kerusakan. Sebagian pakar berpendapat bahwa menjadikan mashalih mursalah (kepentingan publik) sebagai satu dasar dari dasar-dasar ilmu fikih hanya khusus ada pada mazhab malikiyah, namun al-Qarafi berkata: "setelah dilakukan pengoreksian, ternyata mashalih mursalah itu ada pada semua mazhab".²⁰¹

Di antara dalil-dalil atas kaidah itu juga adalah hadist: tidak mudarat dan tidak memudaratkan.²⁰² Dasar dari kaidah itu juga adalah meniadakan kesulitan dan kesusahan serta memberikan segala yang mudah bagi umat. Ini juga telah ditetapkan dalam Al-Qur'an.²⁰³

²⁰⁰ Farid Abdul Khaliq, *Fikih Politik Islam*, Terj. Faturrahman A. Hamid, (Jakarta: Amzah, 2005), Cet.1, hlm. 94

²⁰¹ Farid Abdul Khaliq, *Fikih Politik Islam*, hlm. 95

²⁰² HR. Ahmad dan Ibn Majah dari Ibnu Abbas, sanad kedua dari Ubadah. Juga diriwayatkan oleh Hakim. Dia berkata: "hadist ini shahih menurut syarat Muslim." Lihat Farid Abdul Khaliq, *Fikih Politik Islam*, hlm. 95

²⁰³ Lihat: *Tafsir Al-Manar*, Juz 5, hlm. 169-172 di mana dia membedakan antara ijma' menurut bahasa dan ijma' menurut ilmu ushul. Maksud ijma' mereka dalam pendapat adalah keakuratan suatu perkara dan menetapkannya agar tidak berbeda-beda. Muhammad Abduh berkata: "Apa yang mereka sepakati itu disebut dengan mujma' alaih (yang telah disepakati), hingga terjadi kesepakatan baru, baik dari mereka juga atau dari orang-orang setelah mereka." Ijma' umat bisa dicapai lewat perantara orang-orang yang mewakili umat. Mereka adalah *Ahlul Hilli wal Aqdi*. "Orang-orang yang hidup setelah mereka boleh membatalkan apa yang telah disepakati oleh orang sebelum mereka bahkan yang telah disepakati oleh mereka sendiri, jika mereka melihat kemaslahatan pada pendapat orang lain atau dalam keputusan lain. Taat kepada mereka karena adanya kemaslahatan, bukan karena adanya jaminan 'ishmah (terpelihara dari kesalahan) sebagaimana yang dikatakan oleh ulama ushul. Kemaslahatan bisa tampak dan bisa juga tidak terlihat sebab adanya perbedaan situasi dan kondisi seperti kuat, lemah, dan lain sebagainya.

Mengapa penting menggunakan telaah *Maqāṣid* dalam hal pembaruan undang-undang ini ?, Mengingat keberlakuan undang-undang yang nantinya akan dirasakan oleh masyarakat yang membutuhkan pembuatan perjanjian perkawinan atau seluruh masyarakat Indonesia yang notabene mayoritas Islam. berangkat dari kebhinekaanlah pendekatan mengenai hukum Islam harus diwujudkan. Untuk itu *Maqāṣid* sebagai metodologi dalam hukum Islam mempunyai peran penting dalam suatu permasalahan, tentunya dalam permasalahan kontemporer mengenai hukum positif maupun hukum Islam. Dalam hal ini seluruh madzhab hukum dalam Islam sepakat bahwa permasalahan yang tidak ditemukan dalam Al-Qur'an, Sunnah dan Ijma' diselesaikan melalui ijtihad. Perbedaan diantara aliran-aliran ini hanya dalam urutan metode-metode yang digunakan, atau sebagian aliran menggunakan metode tertentu tetapi aliran yang lain tidak menggunakannya.²⁰⁴

Auda menempatkan *Maqāṣid* sebagai kumpulan maksud-maksud Ilahiah dan konsep-konsep moral di jantung dan dasar hukum Islam. Jasser Auda juga memperkenalkan metode analisis. Klasifikasi, kritik baru yang menggunakan fitur-fitur yang relevan berdasarkan teori sistem seperti, watak kognitif, kemenyeluruhan, sistem hierarki yang saling mempengaruhi, keterbukaan, multidimensionalitas, dan kebermaksudan. Dampak dari pendekatan metodologis ini terhadap rekonstruksi hukum Islam, institusi-

Ijma' di atas bukanlah ijma' yang dilarang menyalahinya, yang mana ijma' yang dilarang menyalahinya itu adalah apa yang telah dilakukan oleh seluruh sahabat. Lihat Farid Abdul Khaliq, *Fikih Politik Islam*, hlm. 95

²⁰⁴ Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia: Perspektif Muhammadiyah dan NU*, (Jakarta: Universitas YARSI, 1999), hlm. 9

institusi hak-hak asasi manusia, masyarakat madani, dan kekuasaan yang ditanamkan dalam prinsip-prinsip Islami dalam pemikiran yuridis.²⁰⁵

Menelaah dari penjelasan di atas, bahwa pencarian keadilan yang substansif seringkali melahirkan ijtihad yang dirasa kurang sesuai dengan syarat konsep sebuah teori keilmuan tertentu terhadap permasalahan yang nantinya memunculkan putusan yang berkekuatan hukum tetap. Namun setiap putusan pengadilan akan lebih bagus jika selalu diteliti dari berbagai perspektif yang sesuai dengan kebutuhan solusi atas problematika di masyarakat.

2. Menakar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 Dalam Pemaknaan Hukum Progresif

Amar putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 adalah hasil ijtihad para hakim MK sebagai bentuk progres terhadap hukum perkawinan di Indonesia. Isi dari Amar putusan tersebut adalah mengenai pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 yang maknanya telah diperlonggar oleh hakim MK. Berkaitan dengan UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 tentunya banyak pasal atau bahkan secara keseluruhan dibutuhkan sebuah progres, hal tersebut terlihat jelas ketika banyak problematika tentang UU Perkawinan Nomor 1 tahun 1974 yang ditangani atau diterima perkaranya oleh MK.

Harapannya pembaruan hukum perkawinan yang khususnya terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan dapat dipahami serta

²⁰⁵ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Pendekatan Sistem*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), hlm. 18

menjadi solusi atas problematika yang dihadapi oleh pelaku perkawinan campuran antara WNI dengan WNA. Dalam pasal 29 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentunya tidak berlaku hanya bagi pelaku perkawinan campuran tetapi berlaku juga untuk seluruh lapisan masyarakat Indonesia. Walaupun tidak semua perkawinan itu membutuhkan sebuah perjanjian perkawinan.

Berkaitan dengan pembaruan makna perjanjian perkawinan tersebut maka sangat berkaitan dengan pemaknaan hukum progresif. Karena pembaruan dalam pasal 29 UU Nomor 1 Tahun 1974 berawal dari suatu kebutuhan masyarakat yang merugikan hak konstitusionalnya sebagai warga negara Indonesia.

Hukum progresif berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.²⁰⁶ Menurut peneliti, dengan memperoleh tujuan yang diharapkan bersama baik dari masyarakat serta penegak hukum dalam suatu aturan hukum, maka sangat penting menjadi pertimbangan progres kedepannya terhadap implikasi dari suatu putusan hakim dalam kajian ini.

Ungkapan peneliti diatas akan dipertegas dengan sudut pandang hukum progresif yang digagas oleh Satjipto Raharjo terhadap pemikiran awalnya mengenai hukum progresif dan posisi ideal hukum untuk masa depan. Penting untuk dilakukan analisis dari segi hukum progresif ini, karena perkembangan hukum khususnya mengenai putusan MK Nomor 69/PUU-

²⁰⁶ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1

XIII/2015 mengenai perjanjian perkawinan telah memperbarui pasal 29 dalam UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Menurut Satjipto Raharjo, harapan bagi perkembangan hukum di Indonesia harus berlandaskan Pancasila. Dengan seruan semangat bangkit dari keterpurukan hukum sekarang ini. Harapan baru dengan meletakkan filsafat baru, bahwa hukum hendaknya memberikan kebahagiaan terhadap rakyat. Selanjutnya demi bisa memposisikan Indonesia terhadap kalangan internasional maka sangat penting pula mengintegrasikan menggunakan hukum modern yang umum dipakai di dunia. Namun, apapun yang dilakukan oleh bangsa Indonesia ini tidak ada yang melarang bangsa ini menjadi bahagia, karena itu yang jauh lebih penting.²⁰⁷

a. Paradigma dalam Hukum Progresif

Karakteristik hukum modern yang ada di Indonesia yang salah satunya paling menonjol adalah sifat rasionalitas hukum modern. Perkembangan sifat dasar ini sampai pada tingkat rasionalitas diatas segalanya (*rationality above else*).²⁰⁸ Tentunya hal ini sangat mempengaruhi para penyelenggara hukum, baik legislator, penegak hukum, dan lainnya, titik tekannya bukan pada keadilan yang seperti apa guna tercapainya kemashlahatan umum, namun sekedar menjalankan dan menerapkannya secara rasional. Menurut peneliti, hal demikian seharusnya menjadi pertimbangan penting dalam sistem hukum yang di laksanakan di Indonesia.

²⁰⁷ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara, 2006), hlm. 15

²⁰⁸ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 10

Tentunya sifat rasionalitas itu tidak lepas dari aspek liberal yang menjadi awal dari kelahirannya hukum modern yang bekerja dengan cara mempertahankan netralitas. Hal itu dilakukan dengan menggunakan format *format-rasional*. Artinya ia berusaha untuk sama sekali tidak mencampuri proses-proses dalam masyarakat, tetapi berusaha ada di atasnya.

Dalam abad ke sembilan belas terdapat semboyan “*laissez fair laissez passez*” (biarkanlah semua berjalan sendiri secara bebas). Maka tugas hukum adalah hanya menjaga agar individu-individu di masyarakat berinteraksi secara bebas tanpa ada intervensi dari pihak manapun. Inilah hakikat dari kerja hukum modern.

Perkembangan selanjutnya, masyarakat tidak tahan dengan bekerjanya hukum modern ini, yang hanya memperhatikan kemerdekaan dan kebebasan individu. Masyarakat ingin supaya hukum itu aktif terhadap kesejahteraan masyarakat yang sebenarnya. Maka lahirlah era baru yaitu pasca liberal, dimana negara ikut campur tangan dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat yang dikenal dengan “Negara Kesejahteraan” (*welvaartstaat*).²⁰⁹

Dari sedikit penggalan sejarah di atas, Satjipto Raharjo menulis, kita seperti dibangun oleh kesadaran bahwa kelahiran hukum modern bukanlah segalanya, tetapi alat untuk meraih tujuan lebih jauh. Tujuan lebih jauh itu adalah “kesejahteraan dan kebahagiaan masyarakat”. Masyarakat

²⁰⁹ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 10-11

kurang bahagia bila hukum hanya melindungi dan memberi keleluasaan kepada individu dan tidak memperhatikan kebahagiaan masyarakat.²¹⁰

Nampaknya dalam gagasan Satjipto Raharjo ini dipengaruhi oleh ucapan dari Lin Yu Tang, seorang intelektual China yang lama bermukim di Amerika. Lin membedakan penempatan rasionalitas hukum modern dan mengingatkan pada tujuan yang lebih besar dan karena itu lebih bisa berhati-hati dalam melaksanakan sistem yang rasional itu. Jikalau tujuan lebih besar itu tidak disadari, maka hukum akan menjadi kering sehingga masyarakat bisa menjadi “sakit” dan tidak bahagia.

Satjipto Raharjo selanjutnya menolak pendapat dan sikap rasionalitas di atas segalanya. Tujuan yang lebih besar itu ingin dirumuskan dalam kata-kata keadilan dan kebahagiaan. Bukan rasionalitas namun kebahagiaanlah yang ditempatkan di atas segalanya. Seharusnya para penegak hukum di negeri ini hendaknya senantiasa merasa gelisah apabila hukum belum bisa membuat rakyat bahagia. Inilah selanjutnya yang disebut sebagai penyelenggara hukum progresif.²¹¹

b. Keadilan Progresif

Untuk mencapai tujuan yang lebih besar tentunya bisa memahami keadilan yang seperti apa yang diinginkan oleh masyarakat dan sistem hukum yang bagaimana yang akan dibutuhkan. Oleh sebab itu, pentingnya keadilan progresif yang di gagas oleh Satjipto Raharjo.

²¹⁰ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 10-11

²¹¹ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 11-12

Sebelum mengetahui keadilan dan kebahagiaan penting untuk diketahui tentang urgensi moral dalam pembangunan hukum progresif di masa mendatang. Etika atau moral ini akan menjadi dasar pembangunan hukum progresif di masa mendatang.

Selanjutnya ide pengembangan hukum progresif juga disetujui oleh Satjipto dengan diawali perbaikan etika atau moral, karena hukum progresif yang dimaksud oleh Satjipto adalah:²¹²

- e) Mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia
- f) Memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat
- g) Hukum progresif adalah hukum yang membebaskan, meliputi dimensi yang amat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik, melainkan juga teori
- h) Bersifat kritis dan fungsional, oleh karena itu ia tidak berhentinya melihat kekurangan yang ada dan menemukan jalan untuk memperbaikinya.

Satjipto menyimpulkan bahwa hukum progresif yang berlandaskan pembinaan dan pengembangan etika atau moral dan akal yang berhati nurani. Jika etika atau moral sudah melekat pada diri manusia, maka perlu alat penilaian yaitu *consciousness*, yaitu kata hati atau kesadaran jiwa manusia. Isi dari *consciousness* ini merupakan kesatuan dari totalitas sejumlah sikap jiwa yang terdiri dari metoda kesadaran, pertimbangan rasa dari keadilan, kedewasaan jiwa. Ketiga hal ini terdapat pada manusia di mana hukum progresif sangat bertumpu pada sumber daya manusia dalam hukum.²¹³

²¹² Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan*, (Jurnal Hukum Progresif, Vol.1 No.1 April 2005), hlm. 1

²¹³ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 234

Ketika etika atau moral sudah melekat pada diri manusia, maka penting memperbaiki salah satu dari bagian unsur-unsur hukum dan memperbaikinya harus secara keseluruhan. Perbaikan itu meliputi tahap formulasi (pembuatan peraturan undang-undang), tahap aplikasi dan tahap eksekusi. Disamping itu upaya pembaharuan hukum juga perlu terus dikembangkan melalui kegiatan-kegiatan non-hukum yang mendukung penyelenggaraan hukum. Seperti, peningkatan pengetahuan dan kepatuhan hukum, kesadaran hukum, partisipasi dan peran serta masyarakat. Serta perlu ditingkatkan pemberdayaan masyarakat dalam penyelenggaraan hukum sesuai dengan hak asasi manusia.²¹⁴

Hukum progresif menurut Satjipto berpegang pada paradigma “hukum untuk manusia” hukum itu memandu dan melayani masyarakat. Namun sekali lagi dan harus diwaspadai bahwa keleluasaan produk hukum progresif, improvisasi terhadap produk hukum perlu diantisipasi. Penafsiran itu dilakukan hanyalah sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga kebutuhan manusia.²¹⁵

Mencerna serta memahami harapan dan tujuannya dari pandangan hukum progresif, menurut peneliti definisi dari hukum progresif adalah pandangan mengenai hukum yang komprehensif sesuai dengan keadilan dan kebahagiaan masyarakat. Dalam putusan MK Nomor 69/PUU-XIII/2015 tentu sudah tercapainya kebutuhan yang merepresentasikan keadilan serta kebahagiaan bagi pelaku perkawinan campuran dan bagi masyarakat

²¹⁴ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 266-267

²¹⁵ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 266-267

Indonesia pada umumnya yang berkepentingan dengan pembuatan perjanjian perkawinan.

3. Menakar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 Dalam Pemaknaan Kepastian Hukum

Berlandaskan pada amanat dalam pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, bahwa :

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final...”

Sifat final terhadap putusan Mahkamah Konstitusi artinya ingin segera mewujudkan kepastian hukum bagi para pencari keadilan. Dengan demikian sejak hakim konstitusi mengucapkan putusannya maka putusan tersebut telah berkekuatan hukum tetap (*in kracht*), sehingga tidak terdapat lagi akses bagi para pihak untuk menempuh upaya hukum. Detailnya, putusan tersebut segera dilaksanakan dan dieksekusi.

Di lain sisi, sifat daripada putusan Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan sebuah upaya untuk menjaga wibawa peradilan konstitusi. Jika peradilan mengakomodasi harus adanya upaya hukum, jelas sama dengan peradilan umum. Oleh sebab itu, kepastian hukum merupakan perlindungan bagi para pencari keadilan terhadap problematika yang dihadapinya.

Sehingga akan terciptanya ketertiban dalam masyarakat karena kepastian hukum ini salah satu tujuannya adalah ketertiban. Khususnya menyangkut pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar sebagai konstitusi. Inilah pentingnya kepastian hukum dalam putusan

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang progresif. Selanjutnya akan dikaji kepastian hukum itu dari prinsip-prinsip legislasinya.

Pada umumnya kepastian hukum tidak hanya meliputi ketentuan pasal-pasal aturan hukum, namun juga harus terdapat konsistensi putusan hakim antara yang satu dengan yang lainnya untuk kasus yang serupa. Kepastian hukum merupakan salah satu asas materil pembentukan peraturan perundang-undangan. kemudian asas kepastian hukum (*het rechtszekerheidsbeginzel*) merupakan salah satu sendi asas umum negara berdasarkan atas hukum. Selain juga pembentukan peraturan perundang-undangan, kepastian hukum juga merupakan asas penting di dalam tindakan hukum dan penegakan hukum.²¹⁶

Sang filsuf pendiri aliran utilitarianisme asal Inggris yakni Jeremy Bentham pun sesungguhnya secara implisit sangat meng-*urgent*-kan eksistensi kepastian hukum. Bentham dalam mengeksplorasi prinsip-prinsip legislasi menegaskan bahwa hukum harus diketahui oleh semua orang, konsisten, pelaksanaan yang jelas, sederhana, dan ditegakkan secara tegas. Terutama dengan meng-*underline* kata konsisten dan ditegakkan secara tegas, berarti walaupun bukan sang positivisme juga sangat mementingkan adanya kepastian hukum.²¹⁷

²¹⁶ Hamzah Halim & Kemal Redindo Syahrul Putra, *Cara Praktis Menyusun & Merancang Peraturan Daerah: Konsep Teoritis Menuju Artikulasi Empiris (Suatu Kajian Teoritis Dan Praktis Disertai Manual)*, (Jakarta: Kencana Perdana Media Grup, 2010), hlm. 63

²¹⁷ Jeremy Bentham, *Teori Perundang-Undangan: Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata, dan Hukum Pidana*, (Bandung: Nuansa & Nusa Media, 2010), hlm. 17

Terdapat tiga syarat utama dalam menerapkan prinsip-prinsip legislasi yang dapat dijadikan landasan bagi suatu sistem penalaran, yaitu:²¹⁸

1. “*A precise idea of the meaning of the term*” (Meletakkan gagasan-gagasan yang jelas dan tepat pada kata manfaat, secara sama persis dengan semua orang yang menggunakannya).
2. “*The admission of its sovereignty without exception*” (Menegakkan kesatuan dan kedaulatan prinsip ini, dengan secara tegas membedakannya dengan segala kesatuan dan kedaulatan lain).
3. “*The discovery of a process of moral arithmetic by which to arrive at uniform result*” (Menemukan proses aritmatika moral yang dapat digunakan untuk mencapai hasil-hasil yang seragam).

Menurut Bentham, dari ketiga prinsip ini seperti jalan yang kerap berpotongan satu sama lain, dan hanya satu yang mengarah ke tujuan yang dikehendaki. Namun tanpa melemahkan sesuatu akibat dari prinsip, maka harus berusaha memberikan gagasan yang jelas tentang prinsip yang benar.

Dijelaskan pula tentang arti manfaat, yaitu satu istilah abstrak. Artinya sifat atau kecenderungan sesuatu untuk mencegah kejahatan atau memperoleh kebaikan. Selanjutnya yang paling sesuai dengan manfaat yaitu dengan memperbesar jumlah kebahagiaan individu yang membentuk masyarakat itu.

Prinsip merupakan gagasan primer yang menjadi titik tolak dasar untuk suatu sistem penalaran. Prinsip itu harus jelas keberadaannya dan

²¹⁸ Jeremy Bentham, *Analysis of Jeremy Bentham's Theory of Legislation* (London: Trubner & CO., 60, Paternoster Row, 1864), hlm. 1

mendapat pengakuan. Ilustrasi yang digambarkan oleh Bentham bahwasanya aksioma (pembuktian) itu tidak terbukti secara langsung, cukup menunjukkan bahwa aksioma itu tidak dapat ditolak tanpa terjerumus dalam absurditas (ketidak bermaknaan).²¹⁹

Hakikat dari kepastian hukum dalam konsep negara hukum itu masih dipersepsikan sebagai kepastian orientasi, sehingga hukum-hukum yang dibuat haruslah jelas dan tegas, tidak boleh ada rumusan yang kabur. Begitupula dalam lingkup prosedur.

Padahal kepastian hukum yang dituangkan dalam teks-teks hukum niscaya tidak akan bisa menyatukan pandangan banyak orang terhadap rumusan dan prosedur hukum yang ada dalam undang-undang. Mengapa demikian?, karena kepastian hukum itu bukanlah semata-mata melaksanakan apa yang tertera dalam hukum (undang-undang). Jika makna legalitas dalam hubungannya dengan kepastian hukum itu diartikan hanya berkaitan dengan apa yang dinyatakan dalam hukum (undang-undang), maka gagasan kepastian hukum sebagaimana dimaksud oleh *rule of law* yang bakal menjerumuskannya ke dalam sebuah kehendak untuk memelihara kelanggengan positivisme, termasuk juga kepentingan pemegang kekuasaan. Hal ini tentunya beresiko terhadap campur tangan politik dalam konstitusi negara.

Disisi lain yang berkaitan dengan kemerdekaan individual dan keadilan yang dijadikan pertimbangan, maka kepastian hukum dapat dijamin

²¹⁹ Jeremy Bentham, *Teori Perundang-Undangan: Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata, dan Hukum Pidana*, hlm. 25-27

terselenggaranya, hakikat perlakuan yang sama (*equality*) dan juga demokrasi menjadi sangat penting. Supaya kepastian hukum yang diterapkan oleh konsep negara hukum, tidak berfungsi untuk melanggengkan kekuasaan yang positivistik dan akhirnya bisa mengorbankan kemerdekaan individual dan keadilan.²²⁰ Harapan demokrasi oleh masyarakat terhadap aturan perundang-undangan nampaknya juga telah berkembang dengan mengajukan problematikanya kepada Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi negara.

C. Perlonggaran Makna Perjanjian Perkawinan Terhadap Pasal 29 Ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974

Mencermati perlonggaran makna perjanjian perkawinan, tentunya terdapat sebuah solusi atas problematika yang dihadapi oleh pemohon *judicial review*. Pengajuan semula oleh pemohon yaitu terhadap pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) dan pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, yang menurut pemohon bertentangan dengan pasal 28D ayat (1), pasal 27 ayat (1), pasal 28E ayat (1), serta pasal 28H ayat (1), dan ayat (4) UUD 1945.

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi terhadap pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) serta pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 sebagai berikut:

“Alasan yang umumnya dijadikan landasan dibuatnya perjanjian setelah perkawinan adalah adanya kealpaan dan ketidaktahuan bahwa dalam UUP 1/1974 ada ketentuan yang mengatur mengenai Perjanjian Perkawinan

²²⁰ E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas, dan Kepastian Hukum*, (Jakarta: Prenadamedia Grup, 2016), hlm. 159-160

sebelum pernikahan dilangsungkan. Menurut pasal 29 UU 1/1974, perjanjian perkawinan dapat dibuat pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan. Alasan lainnya adalah resiko yang mungkin timbul dari harta bersama dalam perkawinan karena pekerjaan suami dan isteri memiliki konsekuensi dan tanggung jawab pada harta pribadi, sehingga masing-masing harta yang diperoleh dapat tetap menjadi milik pribadi”.²²¹

Kaitannya dengan harta bersama, jika dilihat dari UU 5/1960 dan peraturan pelaksanaannya bahwa hanya warga negara Indonesia yang dapat memiliki sertifikat dengan hak milik atas tanah dan apabila yang bersangkutan setelah memperoleh sertifikat hak milik, kemudian menikah dengan ekspatriat (bukan WNI) maka dalam waktu 1 tahun setelah pernikahannya, ia harus melepaskan hak milik atas tanah tersebut. Kepada subjek hukum lain yang berhak.

Selanjutnya pertimbangan MK terhadap perjanjian perkawinan sebelumnya adalah:²²²

- a. Memisahkan harta kekayaan antara pihak suami dengan pihak istri sehingga harta kekayaan mereka tidak bercampur. Oleh karena itu, jika suatu saat mereka bercerai, harta dari masing-masing pihak terlindungi, tidak ada perebutan harta kekayaan bersama atau gono gini.
- b. Atas hutang masing-masing pihak pun yang mereka buat dalam perkawinan mereka, masing-masing akan bertanggung jawab sendiri-sendiri

²²¹ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 153

²²² Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 153

- c. Jika salah satu pihak ingin menjual harta kekayaan mereka tidak perlu meminta izin terlebih dahulu dari pasangannya (suami/istri)
- d. Begitu juga dengan fasilitas kredit yang mereka ajukan, tidak lagi harus meminta izin terlebih dahulu dari pasangan hidupnya dalam hal menjaminkan aset yang terdaftar atas nama salah satu dari mereka.

Selama ini sesuai dengan pasal 29 UUP 1/1974, perjanjian yang demikian harus diadakan sebelum perkawinan dilangsungkan dan harus diletakkan dalam akta notaris. Mulai berlakunya perjanjian tersebut ketika suami istri sejak perkawinan dilangsungkan, isinya tergantung pada kesepakatan antara suami istri. Asal tidak bertentangan dengan Undang-Undang, agama, dan kepatutan atau kesusilaan.

Berdasarkan atas norma “tidak bertentangan dengan Undang-Undang, agama dan kesusilaan atau kepatutan” maka peneliti mulai akan menganalisis menggunakan pendekatan teori *Maqāṣid al-Sharī’ah* yang berbasis sistem. Karena keberlakuan undang-undang yang di putus oleh hakim MK tentu akan berdampak pada seluruh lapisan masyarakat yang mayoritas masyarakat Indonesia adalah Islam serta menjaga hukum (undang-undang) tersebut tetap dinamis. maka sangat penting dikaji dalam sistem hukum Islam. Jika melihat fenomena yang melatar belakangi perlonggaran terhadap makna perjanjian perkawinan bahwa adanya suami istri yang karena alasan tertentu baru merasakan adanya kebutuhan untuk membuat perjanjian perkawinan.

Menurut MK, dengan menimbang seluruh pertimbangan terhadap kebutuhan akan perjanjian perkawinan, permohonan pemohon ini sepanjang menyangkut pasal 29 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) UUP 1/1974 beralasan menurut hukum untuk sebagian. Sedangkan menyangkut pasal 35 ayat (1) UU 1/1974 tidak beralasan menurut hukum.²²³

Kesimpulan Mahkamah Konstitusi berdasarkan penilaian fakta dan hukum sebagaimana telah dijelaskan pada salinan putusannya, bahwa:²²⁴

- a. Mahkamah berwenang mengadili permohonan pemohon
- b. Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo* (perkara yang sedang diperselisihkan)
- c. Permohonan pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian.

Mahkamah Konstitusi akhirnya berdasarkan kesimpulannya tersebut di atas mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian dalam amar putusannya sebagai berikut:²²⁵

- d. Mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian:
 - 1) Pasal 29 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai:

“Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian

²²³ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 155

²²⁴ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 155

²²⁵ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 156-157

tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.

- 2) Pasal 29 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai:

“Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.

- 3) Pasal 29 ayat (3) UU No. 1 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai:

“Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”.

- 4) Pasal 29 ayat (3) UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai:

“Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”.

- 5) Pasal 29 ayat (4) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan UUD 1945 sepanjang tidak dimaknai:

“Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”.

- 6) Pasal 29 ayat (4) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai:

“Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”.

- e. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya
- f. Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya

Setelah pengujian atas Undang-Undang itu diputus final, seperti apakah yang menjadi implikasi hukum putusan Mahkamah Konstitusi dalam

perkara pengujian undang-undang? Menurut ketentuan UU No 24 Pasal 47 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi :

“Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum”. Pasal 49 menentukan:” Mahkamah Konstitusi wajib mengirim salinan putusan kepada para pihak dalam jangka waktu paling lambat tujuh hari kerja sejak putusan diucapkan”.

Pemahaman dari putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 mengenai pembaruan hukum telah jelas, awalnya Putusan MK yang memperoleh kekuatan hukum tetap dan mengikat sejak putusan telah diucapkan dihadapan sidang terbuka untuk umum, yang artinya putusan MK langsung memperoleh kekuatan hukum tetap dan mengikat setelah diucapkan, dan tidak ada upaya hukum lain yang dapat ditempuh (*final and binding*). Akibat hukum putusan MK di atas mengenai dikabulkannya permohonan pemohon ialah batal dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat terhadap suatu norma hukum yang dimohonkan oleh pemohon. Sebab demikian, dalam pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) Undnag-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, berdasarkan amar putusan MK di atas inkonstitutional bersyarat, sehingga putusan yang demikian akan menciptakan suatu keadaan hukum baru (*declaratoir constitutif*).

Pandangan dari fenomena yang terjadi di masyarakat, untuk membuat suatu perjanjian perkawinan yang dapat dibuat sepanjang perkawinan merupakan pertimbangan MK untuk menyatakan pasal-pasal

demikian itu inkonstitusional bersyarat sebagaimana uraian pertimbangan MK di atas. Hal tersebut dijalankan oleh MK selain kewenangannya juga memberikan kepastian hukum serta keadilan yang dijamin oleh UUD 1945 bagi masyarakat atas hak konstitusionalnya dalam kebutuhan membuat perjanjian perkawinan, sebab demikian MK melalui salah satu kewenangannya yang diatur dalam pasal 24C ayat (1) UUD 1945, yaitu mengenai pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 mengeluarkan suatu putusan yang progresif guna mengakomodir kebutuhan hukum yang penting dalam kehidupan masyarakat kontemporer.

Sejalan dengan makna dari analisis putusan MK Nomor 69/PUU-XIII/2015, peneliti akan mengintegrasikan antara tujuan yang di harapkan dari hasil analisis terhadap teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* berbasis sistem yang dikembangkan oleh Jasser Auda, yang peneliti nilai sejalan dengan hukum progresif serta kepastian hukumnya.

BAB V

PEMBAHASAN

A. Menuju Implikasi Hukum Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 Terhadap Makna Perjanjian Perkawinan

Perjanjian perkawinan dalam Undang-Undang Perkawinan bukan hanya mengatur masalah harta benda dan akibat perkawinan saja melainkan juga meliputi hak-hak dan kewajiban yang harus dipenuhi oleh kedua belah pihak, sepanjang perkawinan itu tidak bertentangan dengan batas-batas hukum, agama, dan kesusilaan.²²⁶

Dalam pasal 139 KUHPer disebutkan bahwa “para calon suami istri dengan perjanjian perkawinan dapat menyimpang dari peraturan undang-undang mengenai harta bersama, asalkan hal itu tidak bertentangan dengan tata susila yang baik atau dengan tata tertib umum dan diindahkan pula ketentuan-ketentuannya”.²²⁷ Yang dimaksud dalam redaksi tersebut adalah suami istri, serta mempertegas bahwa perjanjian perkawinan dilakukan sebelum terjadinya perkawinan.

Menurut KHI mengenai perjanjian perkawinan diatur dalam pasal 45 sampai dengan pasal 52. Perjanjian perkawinan ini menurut KHI tidak hanya terbatas pada harta yang didapat selama perkawinan, tetapi mencakup harta bawaan masing-masing suami istri, sedangkan yang dimaksud perjanjian perkawinan terhadap harta bersama yaitu perjanjian tertulis yang disahkan

²²⁶ Fitria Herawati, *Perlindungan Hukum Bagi Pihak Ketiga dalam Terjadinya Pembatalan Perjanjian Perkawinan*, (Tesis, Universitas Brawijaya Malang), hlm. 13

²²⁷ Pasal 139 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

oleh pegawai pencatat nikah, perjanjian tersebut dibuat oleh calon suami istri untuk mempersatukan dan memisahkan harta kekayaan pribadi masing-masing selama perkawinan berlangsung, tergantung dari apa yang telah disepakati oleh para pihak yang melakukan perjanjian. Isi perjanjian tersebut berlaku pula bagi pihak ketiga sejauh pihak ketiga tersangkut.²²⁸

Mengenai perjanjian perkawinan ini telah terjadi suatu problematika yang dihadapi oleh seseorang yang melaksanakan perkawinan campuran. Kasus ini berawal ketika Pemohon (Ny. Ikke Farida) sebagai WNI yang menikah dengan laki-laki berkewarganegaraan Jepang pada tanggal 22 Agustus 1995 di KUA Kec. Makasar Kotamadya Jakarta Timur. Pada tanggal 26 Mei 2012, pemohon (WNI) telah berhasil membeli satu unit rusun, akan tetapi rusun yang telah dibayar lunas oleh pemohon tersebut tidak kunjung diserahkan kepada pemohon. Bahkan oleh pengembang kemudian perjanjian pembelian dibatalkan secara sepihak dengan dalih suami pemohon ini adalah warga negara asing dan pemohon tidak memiliki perjanjian perkawinan.

Hal tersebut tentunya berbeda keadaannya jika dalam ikatan perkawinan sebelumnya terdapat perjanjian perkawinan tentang harta gono-gini ataupun pemisahan harta. Sedangkan bila diasiasi dengan akan dibuatnya perjanjian perkawinan setelah terjadinya pernikahan ini, maka hal tersebut akan bertentangan dengan pasal 29 ayat (1) UU No. 1/1974 yang menyatakan bahwa perjanjian perkawinan hanya dapat dibuat sebelum atau

²²⁸ HR. Damanhuri, *Segi-segi Hukum Perjanjian Perkawinan Terhadap Harta Bersama*, (Bandung: Mandar Maju, 2007), hlm. 12

pada waktu perkawinan dilangsungkan. Oleh sebab itu, pemohon tidak dapat membuat perjanjian setelah terjadi perkawinan.

Pasal 21 ayat (1), (3) UUPA dan Pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan berpotensi merugikan hak konstitusional pemohon karena pasal-pasal tersebut dapat menghilangkan dan merampas hak pemohon untuk mendapatkan hak milik dan hak guna bangunan. Sebagai warga negara Indonesia, hak konstitusional pemohon dilanggar karena sebagai warga Indonesia pemohon memiliki hak konstitusional yang sama dengan warga negara Indonesia lainnya. Sebagaimana yang dijamin oleh pasal 27 ayat (1), pasal 28D ayat (1), pasal 28E ayat (1) pasal 28H ayat (1) dan ayat (4) UUD 1945. Namun untuk memfokuskan penelitian ini, maka peneliti mefokuskan terhadap ketentuan pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) yang sesuai dengan putusan Mahkamah Konstitusi.

Berikut adalah identifikasi kerugian konstitusional pelaku perkawinan campuran atas pemberlakuan pasal *a quo*. Diantaranya:

- a) Hilangnya hak-hak kepemilikan dan hak guna bangunan atas tanah.
- b) Meskipun atas dasar dalam Surat yang dikeluarkan oleh Direktorat Jendral Hak Asasi Manusia Nomor HAM2-HA. 01.02-10, pelaku perkawinan campuran yang membuat perjanjian perkawinan dapat memiliki tanah dengan hak milik dan hak guna pada saat dan sebelum perkawinan. Maka hal tersebut dinilai merugikan apabila tidak di buatnya perjanjian perkawinan. Oleh sebab itu, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pembuatan perjanjian perkawinan dapat dibuat sesudah perkawinan dilaksanakan, sehingga Pasal

29 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak melanggar konstitusi dalam kaitannya dengan pemenuhan hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional warga negara.

Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 terkait perjanjian perkawinan, peneliti ingin menganalisis putusan tersebut dari aspek implikasi hukumnya yang akan dikaji menggunakan *Maqāṣid al-Sharī'ah* melalui pendekatan sistem yang di gagas oleh Jasser Auda, tujuan mengenai teori yang digunakan untuk menganalisis implikasi hukum putusan tersebut adalah *Maqāṣid al-Sharī'ah* dapat dijadikan pertimbangan dalam menemukan atau memperbarui suatu hukum yang sejalan dengan hukum progresif yaitu keadilan dan kebahagiaan masyarakat. untuk itu analisis dimulai dengan frasa dalam putusan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

Frasa “*pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan*” dalam pasal 29 ayat (1), frasa”...sejak perkawinan dilangsungkan” dalam pasal 29 ayat (3), dan frasa “*selama perkawinan berlangsung*” dalam pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan 1974 membatasi kebebasan 2 (dua) orang individu untuk melakukan atau kapan akan melakukan “perjanjian”, sehingga bertentangan dengan pasal 28E ayat (2) UUD 1945 sebagaimana didalilkan pemohon. Dengan demikian, frasa “*selama perkawinan berlangsung*” dalam pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan 1974 adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara

bersyarat sepanjang tidak dimaknai termasuk pula selama dalam ikatan perkawinan.²²⁹

Selain kepastian hukum yang nantinya diperoleh pemohon atau pihak yang berkepentingan dengan pengujian undang-undang tersebut, maka terdapat kepentingan umum dan progres terhadap perundang-undangan yang akan diuji melalui *judicial review*. Untuk itu peneliti akan mengkajinya dengan pendekatan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang sejalan dengan tujuan dari hukum progresif serta menjelaskan mengenai kepastian hukum yang terdapat dalam putusan tersebut. Meskipun secara umumnya di Indonesia yang notabene masyarakat Islam yang tidak terlalu mementingkan masalah perjanjian perkawinan karena dianggap tabu. Namun seiring perkembangan zaman keniscayaan untuk membuat perjanjian perkawinan tidak dapat disepelekan atau diabaikan karena secara hukum terdapat kewajiban dan hak yang harus dijalankan secara proporsional.

Jika dibandingkan putusan Mahkamah Konstitusi No 69/PUU-XIII/2015 tersebut dengan pengaturan perjanjian perkawinan di beberapa negara seperti Amerika Serikat, Rusia, Belanda, dan Perancis memang putusan tersebut termasuk putusan yang kontroversial, karena di negara-negara tersebut pengaturan perjanjian perkawinan masih sama seperti ketentuan UU Perkawinan sebelum putusan MK No 69/PUU-XIII/2015 berlaku. Namun Inggris yang diatur dalam *Matrimonial Causes Act 1973*, memperbolehkan perjanjian perkawinan dibuat sebelum atau setelah

²²⁹ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 154

perkawinan berlangsung bahkan dapat dilakukan perubahan setelah/selama dalam perkawinan atas persetujuan kedua belah pihak suami istri.²³⁰

Berarti Indonesia termasuk negara yang responsif terhadap problematika hukumnya dengan tetap menjaga konstitusi yang relevan. Perihal responsif menurut Sellnic bahwa hukum yang baik dalam masyarakat kontemporer adalah hukum yang dapat merespon keinginan warganya. Selanjutnya akan dibahas serta direkonstruksi pemahaman hukum tersebut dengan teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* dengan harapan dalam suatu putusan hakim dapat dijadikan pertimbangan sebuah tawaran interpretasi dalam pendekatannya.

1. Implikasi Hukum Atas Jaminan Hak Secara Konstitusional Terhadap Perjanjian Perkawinan Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Kepentingan untuk membuat perjanjian perkawinan sebenarnya sama dengan perjanjian pada umumnya. Perjanjian harus didasarkan pada pembuatan perjanjian sebagaimana mestinya. Pembuatan perjanjian didasarkan pada asas-asas berikut:²³¹

- a) Asas kebebasan berkontrak maksudnya dapat mengadakan perikatan apa saja asalkan tidak bertentangan dengan Undang-Undang, kesusilaan dan ketertiban umum yang diatur dalam pasal 1337 KUH Perdata.
- b) Asas konsensualisme yaitu dalam perikatan didasarkan pada kesepakatan para pihak, pada pasal 1320 KUH Perdata

²³⁰ Salim HS dan Erlis Septiana Nurbani, *Perbandingan Hukum Perdata, (Comparative Civil Law)*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2014), hlm. 131

²³¹ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata di Inonesia* (Yogyakarta: Liberty, 1988), hlm. 97

- c) Asas kekuatan mengikat yaitu asas *pacta sunt servanda* yaitu kekuatan mengikat sebagai Undang-Undang.
- d) Asas kepribadian yaitu untuk menentukan personalia dalam perjanjian sebagai sumber perikatan.
- e) Asas kepercayaan atau *vertrouwensabeginsel* yang artinya seseorang yang mengadakan perjanjian dan menimbulkan perikatan dengan orang lain, antara para pihak ada kepercayaan bahwa akan saling memenuhi prestasi.
- f) Asas itikad baik atau *togoeder trouw* yaitu dalam melaksanakan perikatan didasarkan dengan itikad baik.

Setelah mengetahui tentang asas-asas dalam pembuatan perjanjian perkawinan maka penting untuk menganalisis implikasi hukumnya pasca putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 yaitu jaminan secara konstitusional yang akan dikaji menggunakan perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* melalui fitur-fitur yang ditawarkan oleh Jasser Auda.

Teori *Maqāṣid* baru lebih terhadap *development* (dalam hal ini termasuk pembangunan dan pemberdayaan) dan *human right* (hak asasi manusia) serta kemaslahatan publik.²³² Ketiga unit inilah target utama dari masalah dalam *Maqāṣid al-Sharī'ah* guna merealisasikan studi hukum Islam yang komprehensif. Ketiga komponen ini digunakan sebagai tujuan dari beberapa analisis sistem di bawah ini.

²³² Jasser Auda, *Maqosid Al-Shariah As Philosophy Of Islamic Law: A Sistem Approach*, (London: The International Institute Of Islamic Thought, 2007), hlm. 45

a) Implikasi Hukum Jaminan Hak Secara Konstitusional Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dalam Dimensi Kognisi Hukum Islam (*Cognitive Nature*)

Jaminan hak secara konstitusional menurut peneliti tidak lain adalah bentuk penghormatan secara aturan, dalam hal ini perundang-undangan terhadap hak asasi manusia sebagai warga negara. Dengan demikian, putusan Mahkamah Konstitusi No 69/PUU-XIII/2015 telah melindungi hak-hak konstitusional setiap warga negara. Hal ini bisa dicermati dalam amar putusannya atas pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974, yang menyatakan: “Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.

Dalam kata “selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis” berarti perlonggaran dalam hal pembuatan perjanjian perkawinan tersebut dapat dilaksanakan. Sebagaimana pasal 29 ayat (1) yang sebelumnya hanya mengatur pembuatan perjanjian perkawinan hanya berlaku sebelum dan pada saat melakukan perkawinan. Oleh sebab itu, pasal 29 ayat (1) telah dinyatakan bertentangan dengan UUD, yaitu Pasal 28I ayat (2) UUD 1945, karena atas dasar melakukan perkawinan campuran, berikut isi pasal tersebut:

“Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang sifatnya diskriminatif itu.”

Korelasi antara jaminan konstitusional yang merupakan pemenuhan HAM dengan hukum Islam bersumber pada Al-Qur'an. Berikut ayat yang menerangkan mengenai jaminan atas sebuah hak dalam QS. An-Nisa 58:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾

Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha mendengar lagi Maha melihat. (QS. An-Nisa: 58)

Dengan demikian, HAM dalam Islam lebih dulu muncul tepatnya pada *Magna Charta* tercipta 600 tahun setelah kedatangan Islam. Di samping nilai-nilai dasar dan prinsip-prinsip HAM itu ada dalam sumber ajaran Islam, yakni Al-Qur'an dan Hadist, juga terdapat dalam praktik-praktik kehidupan Islam. Tonggak sejarah keberpihakan Islam terhadap HAM yaitu pendeklarasian Piagam Madinah yang dilanjutkan dengan Deklarasi Kairo.²³³

Mengenai hubungan Islam dengan HAM, juga terdapat dari ajaran pokok tentang “*hablum minallah dan hablum minan nas*” dari situ muncul dua konsep hak, yakni hak asasi manusia dan hak Allah. Setiap hak saling

²³³ M. Lukman Hakim, *Deklarasi Islam Tentang HAM*, (Surabaya: Risalah Gusti, 1993), hlm. 12

melandasi satu dengan lainnya. Hak Allah melandasi hak manusia, konsep Islam mengenal kehidupan manusia ini didasarkan pada pendekatan teosentris atau yang menempatkan Allah melalui ketentuan syari'at-Nya sebagai tolak ukur tentang baik buruk tatanan kehidupan manusia baik sebagai pribadi maupun sebagai warga masyarakat atau warga Negara.²³⁴

Ketika HAM dikomparasikan dengan *Maqāṣid al-Sharī'ah*, ternyata sangat berkaitan, selain *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai instrumen filsafat hukum Islam. Karena *Maqāṣid* sendiri menjaga kemaslahatan individu, di sinilah letak relevansi antara HAM dengan *Maqāṣid*. Ketika manusia berhadapan dengan masalah yang mendesak, dalam keadaan terpaksa dan dalam keadaan sulit, maka *Maqāṣid* memberikan alternatif untuk keluar dari kesulitan tersebut, sehingga hak-haknya terjaga dari kerusakan atau kerugian. Berhasilnya taklif syari'ah akan diperoleh dengan menjaga prinsip-prinsipnya, serta mengantisipasi segala kemungkinan yang dapat menghambatnya.

Maqāṣid tidak hanya melihat masalah manusia secara personalia dan duniawi, tetapi juga memperhatikan dari aspek lingkup sosial dan ukhrowi. Selanjutnya bagaimana ketika kepentingan manusia bertentangan dengan kepentingan agama, dengan jiwa, akal, keluarga beserta hartanya?.

Dapat dicontohkan dalam suatu Putusan MK No 69/PUU-XIII/2015, perlunya perlonggaran dalam pembuatan perjanjian perkawinan, yang semula pada pasal 29 ayat (1) menyatakan perjanjian dapat dibuat

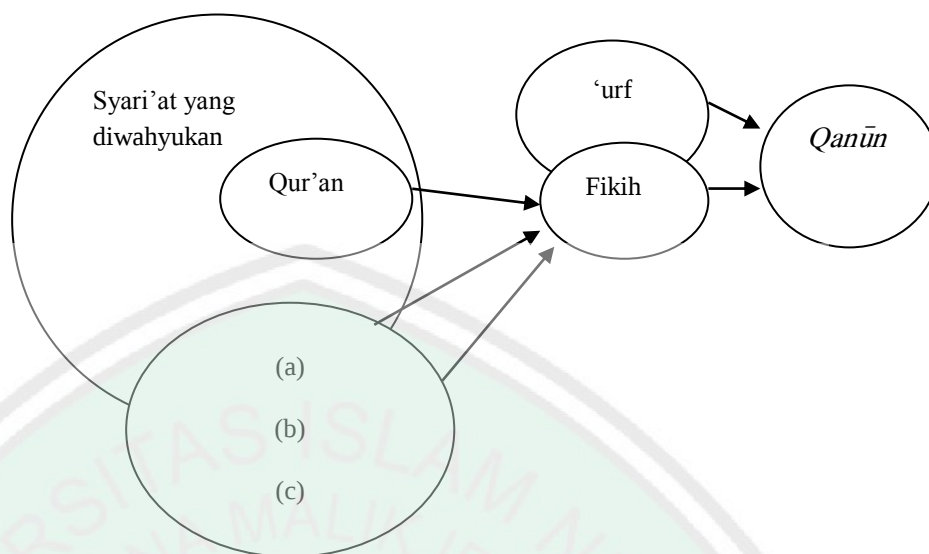
²³⁴ Said Aqiel Siradj, *Hak Atas Keadilan dalam Wacana Islam* (Jakarta: ELSAM, 1998), hlm. 142

sebelum atau pada saat menikah. Ketika ada perkawinan campuran di mana saat itu sudah berumah tangga dan pemohon ingin memiliki suatu hak milik yang akhirnya tidak bisa memilikinya, karena terhalang aturan pasal 29 UU Perkawinan yang menyatakan perjanjian perkawinan dapat dilakukan sebelum atau pada saat menikah. Jelas hal ini merugikan pemohon sebagai warga Indonesia. Dengan adanya putusan *Judicial Review* MK, akhirnya pemohon dapat melaksanakan suatu perjanjian tertulis ketika sudah berumah tangga. Dan hak pemohon terjamin pada pasal 28H UUD 1945.

Kemudian posisi *Maqāṣid* dapat dijadikan suatu pertimbangan pada pendekatan interpretasi hukum Islam dalam putusan MK tersebut karena kebutuhan seseorang yang merasa dirugikan sebagai warga negara Indonesia. Dan hal ini salah satu bentuk menjaga diri (*hifzu nafs*) yang tentunya sesuai dengan UUD 1945 sebagai konstitusi tertinggi dalam suatu negara.

Secara aplikatifnya, hal tersebut dapat dilandasi dengan skala prioritas, sehingga masalah yang diberikan oleh syara' adalah masalah yang sangat urgen dan lebih daripada lainnya. Itulah gambaran sederhana menurut peneliti mengenai keterlibatan *Maqāṣid* dalam kaitannya dengan kepentingan individu atau sebagai warga negara yang terjamin hak konstitusionalnya.

Berikut pemahaman yang diusulkan Jasser Auda menuju validasi kognitif.



Skema 1.5: Skema Pengembangan watak kognitif oleh Jasser Auda²³⁵

Pemahaman tersebut lebih jauh menurut Auda harus dipahami pada tingkatan yang lebih dalam dibandingkan sekedar konsiderasi dalam aplikasi. Dan fikih secara praktis mengakomodasi *urf* yang memenuhi persyaratan *Maqāsid*, bahkan jika *urf* ini berbeda dari implikasi (*dalalah*). Terakhir, baik *urf* maupun fikih (*Maqāsid*) harus sama-sama memberi kontribusi terhadap *Qanun* (Undang-Undang), di samping memberikan kebebasan terhadap para pembuat undang-undang untuk mengkonversi kebiasaan-kebiasaan *urf* dan hukum-hukum fikih menjadi statuta-statuta yang paling sesuai dengan masyarakat dan kebutuhannya.²³⁶ Hal tersebut menurut peneliti, merupakan proses pembaruan yang progresif karena tujuan dari diperbarainya suatu

²³⁵ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), Cet.ke-1. Hlm. 256

²³⁶ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 254-256

hukum adalah proses menuju keadilan dan kebahagiaan yang bersifat progresif.²³⁷

Esensi dari hukum progresif menurut Satjipto, suatu keadaan hukum progresif tidak sama sekali menepis kehadiran hukum positif, tetapi selalu gelisah menanyakan “apa yang bisa saya lakukan dengan hukum ini untuk memberi keadilan kepada rakyat?”. Singkat kata, ia tak ingin menjadi tawanan sistem dan undang-undang semata. Keadilan dan kebahagiaan rakyat ada di atas hukum.²³⁸

Maksud dari keadilan dan kebahagiaan yang bersifat progresif bukan berarti menyampingkan suatu aturan yang sifatnya mengikat atau hukum positif, namun dengan hadirnya suatu pembaruan hukum atau perlonggaran makna dalam hukum dapat menjamin keadilan dan kebahagiaan masyarakat luas. Maka posisi keadilan dan kebahagiaan masyarakat menjadi materi dalam sistem hukum.

Pasal 29 ayat (1) UUP 1974 yang telah diperbarui melalui *Judicial review*, menjadi salah satu tolok ukur keadilan dan kebahagiaan masyarakat Indonesia atas jaminan hak secara konstitusional yang berkaitan dengan perjanjian perkawinan campuran. Keadilan dan kebahagiaan tidak hanya menjadi milik warga negara yang menikah dengan sesama WNI dalam konteks jaminan haknya, namun bagi pelaku perkawinan campuran yaitu antara WNI dengan WNA juga mendapatkan jaminan hak yang sama.

²³⁷ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1

²³⁸ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 117

Terciptanya sistem hukum yang ada pada pasal 29 ayat (1) UUP 1974 yang telah diperbarui, berarti proses menuju keadilan dan kebahagiaan masyarakat menjadi terealisasi. Meskipun aturan tersebut tidak lahir dari rumusan undang-undang, namun berkat pengajuan warga negara yang memiliki *legal standing* untuk mengajukan permasalahannya kepada Mahkamah Konstitusi. Pada intinya substansi dari keadilan dan kebahagiaan berangsur-angsur dapat dirasakan oleh semua kalangan masyarakat.

b) Implikasi Hukum Jaminan Hak Secara Konstitusional Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dalam Dimensi Keterbukaan Sistem Hukum Islam (Openness)

Fitur ini diadopsi dari Bertalanffy yang menghubungkan fitur-fitur keterbukaan dan kebermaksudan dengan fitur sistemnya seperti kesepadanan dan ekuifinalitas. Maksud dari ekuifinalitas adalah²³⁹ “*which means that open systems have the ability of reaching the same objectives from conditions come from the environment*”(Ekuifinalitas berimplikasi bahwa sistem terbuka memiliki kemampuan meraih tujuan-tujuan yang sama dari berbagai kondisi awal yang berbeda melalui berbagai alternatif valid yang setara).

Sistem hukum Islam adalah sistem terbuka dalam pengertiannya. Namun beberapa faqih masih menyerukan pada penutupan pintu ijtihad pada level teori usul fikih. Semua madzhab fikih terkenal dan mayoritas faqih selama berabad-abad setuju bahwa ijtihad merupakan keniscayaan bagi hukum Islam, karena Nash khusus itu terbatas, sedangkan peristiwa tidak

²³⁹ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 47

terbatas. Jadi, metodologi ushul fiqh mengembangkan mekanisme tertentu untuk menghadapi peristiwa baru atau dalam terminologi teori sistem berinteraksi dengan lingkungan.²⁴⁰

Maksud dari fitur ini adalah dengan menggunakan beberapa metode dalam Ushul Fiqh seperti masalah sebagai metode filsafat hukum Islam dengan tujuan *Maqāsid al-Sharī'ah*. Pendapat Auda mengenai pembaruan hukum Islam melalui ushul fikih sedikit atau banyak merupakan filsafat hukum Islam, maka sudah pasti bahwa ushul fikih memelihara investigasi filosofis, yang secara umum berkembang seiring evolusi pengetahuan.²⁴¹

Akhirnya peneliti memilih konsep masalah sebagai bagian dari Ushul fikih yang digunakan untuk menakar kemaslahatan dalam jaminan hak secara konstitusional atas perlonggaran perjanjian perkawinan dalam putusan Mahkamah Konstitusi No 69/PUU-XIII/2015. Dalam konteks filsafat hukum Islam yang mana peneliti menggunakan konsep masalah yang ditawarkan oleh Al-Ghazali.

Secara terminologis yang menurut peneliti sangat penting dalam masalah yaitu menurut Abu Hamid Al-Ghazali. Masalah pada prinsipnya adalah ungkapan untuk meraih kemanfaatan atau menolak kemudhorotan.²⁴²

Pernyataan al-Ghazali tersebut dapat diperkuat dengan sebuah hadist:²⁴³

²⁴⁰ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 88

²⁴¹ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 269

²⁴² Abu Hamid Al-Ghazali, *al-Mustashfa min 'Ilm al-Ushul*, (Bairut: Syirkan al-Thiba' al-Fannaniyah al-Muttahidah, 1971), hlm. 251

لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ

(Tidak boleh memudharatkan dan tidak boleh pula dimudaratkan orang lain dalam Islam). Menurut al-Ghazali mashlahah merupakan memelihara tujuan dari syariat itu sendiri. Sedangkan tujuan syariat meliputi lima dasar pokok yang telah populer, diantaranya: 1) *hifzu al-din*, 2) *hifzu al-nafs*, 3) *hifzu al-aql*, 4) *hifzu al-nasl* dan 5) *hifzu al-maal*.²⁴³

Meskipun Jasser Auda mengkritik para ulama fiqh, dan menganggap bahwa sesuatu yang datangya bukan dari Islam adalah sebagai sesuatu yang salah dan harus dihindari. Logika berpikir yang demikian dalam konteks pengembangan *Maqāsid* saat ini sangat sulit diterima. Oleh sebab itu, jasser Auda mendasarkan keterbukaan pembaruan suatu hukum berdasarkan filsafat hukum Islam yang tak lain adalah Ushul fiqh, baik itu secara parsial, maupun secara menyeluruh.

Untuk itu peneliti akan menggali kemashlahatan yang terdapat dalam putusan Mahkamah Konstitusi No 69/PUU-XIII/2015 tentang perlonggaran perjanjian perkawinan campuran, kaitannya dengan jaminan hak secara konstitusional untuk mencapai sebuah pembaruan dalam hukum keluarga Islam.

Berlandaskan atas pasal 27 ayat (1), pasal 28D ayat (1), pasal 28E ayat (1), pasal 28H ayat (1), dan ayat (4) UUD 1945 bahwa pemohon dalam

²⁴³ Hadist riwayat al-Hakim, al-Bayhaqi, al-Daruqutni, Ibn Majah dan Ahmad Ibn Hambal. Abu Abdulloh Ahmad Ibn Muhammad Ibn Hambal Ibn Hilal Ibn Asad al-Syaybani, *Musnad Ahmad, Mauqu'u Wizarah al-Awqaf al-Mishriyah*. Lihat Zainuddin al-Hambali, *Jami' al-'Ulum wa al-Hukm fi al-Syarh Khamsin Haditsa min Jawami' al-Kalim*, (Bairut: Dar al-Fikr, tt), hlm. 265

²⁴⁴ Al-Ghazali, *al-Mushtasfa* Juz 1, (Bairut: Dar al-Ma'rifah, 1975), hlm. 39

putusan MK No 69/PUU-XIII/2015 memiliki hak-hak konstitusional yang sama dengan warga Indoneisa lainnya sebagaimana yang dijamin oleh pasal-pasal tersebut. Hak konstitusional yang seharusnya didapat pemohon adalah untuk bertempat tinggal dan mendapat lingkungan hidup yang baik. Karena setiap orang pasti menginginkan keberlangsungan hidup di masa depan.

Alasan mengapa sebelumnya tidak diadakan perjanjian perkawinan mengingat perkawinan yang dilakukan tergolong perkawinan campuran antara WNI dengan WNA. Karena selain kealpaan pemohon dalam hal perjanjian perkawinan, juga tidak terlalu mempermasalahkan harta ketika saat perkawinan berlangsung.

Namun setelah adanya putusan MK No 69/PUU-XIII/2015 yang menjamin setiap warga negara Indonesia berhak untuk memiliki hak milik serta hak guna bangunan, meskipun perjanjian perkawinan diadakan setelah perkawinan berlangsung yang terdapat dalam pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974. Hal ini menjadi terobosan hukum baru yang berdampak pada masyarakat luas, karena saat perkawinan berlangsung dan belum mengadakan perjanjian perkawinan, kemudian dirasa terdapat masalah yang menuntut diadakannya perjanjian perkawinan, maka seketika itu bisa diadakan perjanjian perkawinan dengan persetujuan kedua belah pihak meskipun perkawinan telah lama berlangsung.

Adanya pembuatan perjanjian perkawinan, diharapkan suami istri mempunyai kesempatan untuk saling terbuka, saling berbagi rasa terhadap keinginan-keinginan yang hendak disepakati tanpa merugikan salah satu

pihak. Hubungan suami istri juga menjadi lebih nyaman dan aman, karena jika suatu saat hubungan mereka tidak harmonis lagi dan bahkan sampai pada perceraian, maka terdapat sesuatu hal yang dapat dijadikan pegangan dan dasar hukum.²⁴⁵

Menurut peneliti, terobosan hukum dalam pasal 29 ayat (1) UUP 1974 tersebut telah muncul adanya kemaslahatan, yang mana sebelumnya dengan pasal tersebut hak konstitusional pemohon terdiskriminasi akibat perkawinan campuran, dengan adanya putusan *judicial review* tersebut berarti telah mempertimbangkan kebutuhan pemohon yang di dasari oleh UUD 1945 sebagai konstitusi tertinggi. Mempertimbangkan suatu kebutuhan seseorang terhadap haknya, berarti secara filsafat hukum Islam dapat disebut dengan mashlahah.

Secara sederhana al-Ghazali memformulasikan kemaslahatan dalam kerangka “mengambil manfaat dan menolak kemudharatan untuk memelihara tujuan-tujuan syarak”.²⁴⁶ Berdasarkan dengan kepentingan dan kualitas kemaslahatan tersebut, para pakar undang-undang mengklasifikasikan teori masalah kepada tiga bagian.²⁴⁷ Pertama, masalah daruriyah, yaitu masalah yang amat diperlukan dalam kehidupan manusia di dunia dan di akhirat. Masalah ini berkaitan dengan lima keperluan asas yang disebut *al-masalih*

²⁴⁵ Yulies Tiena Masriani, “*Perjanjian Perkawinan dalam Pandangan Hukum Islam*” (Jurnal Serat Acitya, Vol. 2 No. 3 November 2013, Universitas TujuhBelas Agustus Semarang, 2013), hlm. 131

²⁴⁶ Abu hamid al-Ghazali, *al-Mustasfa min ‘Ilm al-Usul*, Juz 1, hlm. 286

²⁴⁷ Abu Ishaq al-Syatibi, *al-Muafaqat fi Usul al-Syari’ah* (Beirut: Dar al-ma’rifah, tt), Juz II, hlm. 8-12

al-khmsah yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan, dan memelihara harta.

Sejalan dengan kemaslahatan yang terdapat dalam pasal 29 ayat (1) berarti tergolong dengan masalah daruriyat karena berkaitan dengan kebutuhan di dunia dan akhirat. Yaitu dengan perlonggaran perjanjian perkawinan sebuah keluarga dapat melindungi hartanya untuk kepentingan dunia maupun akhirat dan dapat melindungi suatu perkawinan dengan adanya perjanjian perkawinan. Berarti, keberlakuan pasal tersebut telah mengakomodasi kemaslahatan secara umum dan tidak mendiskriminasikan dengan kebutuhan individu dalam masalah ini adalah pemohon, karena ketentuan dalam pasal tersebut bersifat universal yang harus dipatuhi seluruh warga negara Indonesia.

Selanjutnya yang kedua adalah *masalah khassah*, yaitu kemaslahatan khusus yang berhubungan dengan kemaslahatan individu. Secara urgensi telah disebutkan di atas juga bahwa pengklasifikasian kedua masalah tersebut harus mendahulukan kemaslahatan umum dari pada kemaslahatan individu. Sehingga hemat peneliti, Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal konstitusi negara telah mementingkan kemaslahatan umum lewat putusan *judicial review* yang implikasinya harus dipatuhi oleh seluruh warga negara berkaitan dengan perundang-undangan yang telah diperbarui.

Dengan demikian, pembaruan hukum tersebut telah sesuai dengan tujuan pendekatan sistem dalam keterbukaan via filsafat hukum Islam yaitu kemaslahatan. Sehingga fitur ini dapat dipakai untuk melacak atau mendalami

sebuah pembaruan hukum yang sesuai dengan tujuan dari jaminan hak secara konstitusional.

Berbicara mengenai filsafat hukum Islam di atas, maka sangat penting untuk menganalisis dari sisi filsafat hukum sebagai landasan konstitusional negara yang terdapat dalam UUD 1945. Guna memahami filsafat hukum tidak dapat dijelaskan secara singkat dalam pembahasan ini. Namun usaha peneliti untuk menggali suatu hakikat hukum yang terdapat dalam putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 akan disandarkan pada nilai keadilan sebagai tujuannya.

Menurut Satjipto, pandangan dari penganut filsafat hukum berpendapat bahwa, filsafat hukum merupakan kategori dari disiplin hukum yang menjelajahi dan berupaya menemukan hakikat hukum dengan mengajukan pertanyaan mendasar. Selanjutnya, jawaban dari pertanyaan yang mendasar merupakan sarana bagi filsafat hukum untuk menggambarkan khasanah dunia etis yang tidak dapat dijangkau oleh panca indera.²⁴⁸

Pertanyaan mendasar dari pembaruan hukum khususnya dalam putusan *Judicial review* MK No. 69/PUU-XIII/2015, adalah bagaimana ukuran keadilan terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan campuran dalam pasal 29 UU Perkawinan 1/1974 ?. melalui pertanyaan tersebut, maka penting untuk difahami bahwa filsafat hukum juga berperan

²⁴⁸ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 158

dalam mencari dan menemukan ide tentang hukum yang dapat dipergunakan sebagai landasan etis hukum positif nasional suatu negara.²⁴⁹

Ukuran keadilan dalam putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 adalah jaminan hak secara konstitusional. Selain pasangan suami istri sesama WNI yang mendapatkan hak konstitusional, maka pasca putusan tersebut mendapatkan jaminan hak yang sama. Dalam konteks ini adalah hak milik dan hak guna bangunan sebagaimana yang di ajukan oleh pemohon sebagai pelaku perkawinan campuran.

Kesetaraan jaminan secara konstitusional yang didapatkan oleh pemohon dalam putusan tersebut merupakan potret demokrasi dan pembaruan hukum secara progresif. Untuk itu, pembaruan hukum tersebut telah memberikan jalan kesejahteraan bagi masyarakat. Sebagaimana yang di ungkapkan oleh Satjipto “hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,..dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu... untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia”²⁵⁰.

c) Implikasi Hukum Jaminan Hak Secara Konstitusional Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dalam Dimensi Kebermaksudan (*Purposefulness*)

Fitur kebermaksudan merupakan fitur yang dapat menjangkau seluruh fitur yang telah ditawarkan oleh Jasser Auda. Maksud dan tujuan pun dibedakan dalam fitur ini, untuk itu realisasi dari sebuah *Maqāṣid* adalah kunci untuk mencapai inti metodologi analisis sistem dari Hukum Islam.

²⁴⁹ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 159

²⁵⁰ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 154

kaitannya dengan jaminan hak secara konstitusional merupakan implikasi hukum dari realisasi atas perlonggaran perjanjian perkawinan pada umumnya, yang dimaksud umum adalah kaitannya dengan perundang-undangan.

Menurut Auda, realisasi *Maqāṣid* merupakan dasar penting dan fundamental bagi sistem hukum Islam. Menggali *Maqāṣid* harus dikembalikan kepada teks utama (Al-Qur'an dan Hadist), bukan pendapat pikiran atau faqih. Oleh sebab itu, perwujudan tujuan menjadi tolok ukur dari validitas setiap ijihad, tanpa menghubungkannya dengan kecenderungan atau madzhab tertentu. Tujuan penetapan hukum Islam harus dikembalikan kepada kemashlahatan masyarakat yang terdapat disekitarnya.²⁵¹

Mengenai teks utama yang terdapat dalam Al-Qur'an yang terdapat makna jaminan hak sesuai dengan keadilan dalam menetapkan suatu hukum. Berikut ayat yang menerangkan mengenai jaminan atas sebuah hak dalam QS. An-Nisa 58:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾

Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha mendengar lagi Maha melihat. (QS. An-Nisa: 58)

²⁵¹ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 55

Dengan landasan sebuah *nash* Al-Qur'an tersebut maka nantinya dapat direalisasikan terhadap putusan hakim melalui interpretasi *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang akan dibahas selanjutnya. Karena di Indonesia menganut sistem *common law* di mana seorang hakim dapat memutuskan serta mewujudkan kepastian hukum. Sebenarnya makna dari ayat tersebut sudah tertuang dalam UUD 1945 dalam pasal 28D ayat (1), pasal 28E ayat (1), pasal 27 ayat (1), pasal 28H ayat (1), pasal 28H ayat (4), pasal 28I ayat (2), pasal 28I ayat (4) UUD 1945. Berikut akan diuraikan isi dari pasal-pasal tersebut:²⁵²

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

Pasal 27 ayat (1) UUD 1945:

“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.”

Pasal 28E ayat (1) UUD 1945:

“Setiap orang bebas..., memilih tempat tinggal di wilayah negara...”

Pasal 28H ayat (1) UUD 1945:

“Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.”

²⁵² Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 154

Pasal 28H ayat (4) UUD 1945:

“Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak dapat diambil secara sewenang-wenang oleh siapapun.”

Pasal 28I ayat (2) UUD 1945:

“Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang sifatnya diskriminatif itu.”

Pasal 28I ayat (4) UUD 1945:

“Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.”

Pasal-pasal inilah kaitannya dengan alasan terbatasnya pada pembuatan perjanjian perkawinan yang sebelumnya diatur bahwa, perjanjian perkawinan dapat dibuat sebelum atau pada saat menikah. Sampai terjadi putusan *judicial review* Mahkamah Konstitusi, karena terdapat masyarakat yang melakukan perkawinan campuran. Akibatnya terjadi diskriminasi terhadap haknya sebagai warga Indonesia untuk mendapatkan hak milik dan hak guna bangunan.

Atas putusan *judicial review* Mahkamah Konstitusi No 69/PUU-XIII/2015 mengenai pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) jaminan atas hak konstitusional bagi pelaku perkawinan campuran dapat diperlonggar bahwa selama dalam rumah tangga atau ikatan perkawinan yang sah dapat membuat suatu perjanjian perkawinan yang disetujui bersama.

Proses untuk merealisasikan suatu *Maqāṣid* dalam perlonggaran perjanjian perkawinan, dengan implikasi hukumnya yaitu jaminan hak sebagai warga negara, secara konstitusional telah terealisasi melalui putusan *judicial review* Mahkamah Konstitusi tersebut. Berarti implikasi hukum jaminan hak atas perlonggaran perjanjian perkawinan, dapat dikategorikan kebutuhan masyarakat secara kontemporer. Meskipun dalam tanda kutipnya berawal dari kebutuhan individu sebagai pemohon dalam *judicial review*, pada akhirnya melalui pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) dapat mengakomodasi atau melindungi hak seluruh masyarakat atau warga negara Indonesia.

Jika melihat konteks ke Indonesiaan, putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 telah melakukan terobosan hukum atau pembaruan hukum dalam ranah konstitusi yang mengatur perlonggaran perjanjian perkawinan pada umumnya dan pelaku perkawinan campuran khususnya. Sejalan dengan hukum progresif yang berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.²⁵³ Menurut peneliti, dengan memperoleh tujuan yang diharapkan bersama baik dari masyarakat serta penegak hukum dalam suatu aturan hukum, maka sangat penting analisis atas suatu progres pembaruan hukum. Khususnya dalam hukum perkawinan Indonesia, mencermati dari beberapa persoalan dan analisis dalam perlonggaran perjanjian perkawinan yang terdapat dalam pasal 29 ayat (1), (3), dan (4), berarti Undang-Undang Perkawinan di Indonesia harus

²⁵³ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 1

diupayakan pembaruan yang sifatnya menyeluruh, sesuai dengan jaminan atas nilai hak asasi manusia, hal tersebut sangat penting untuk diupayakan dalam hal perundang-undangan karena masyarakat yang terus berkembang.

Mengenai pembaruan hukum, kritik dari Satjipto sebenarnya telah menggambarkan bahwa, pembaruan hukum tidak serta merta dilaksanakan oleh penegak hukum, dalam konteks penelitian ini adalah Mahkamah konstitusi. Menurutnya “pembaruan itu didasarkan pada hakikat dari hukum itu sendiri sebagai suatu peraturan yang berlakunya harus memenuhi persyaratan filosofis, politis, yuridis, dan sosiologis. Secara sosiologis, hukum itu muncul dari aspirasi masyarakat, sehingga berlakunya hukum diterima dan dipatuhi masyarakat”²⁵⁴.

Jika ditarik dalam konteks penelitian ini, aspirasi masyarakat sendiri lahir bukan karena murni mengajukan suatu permohonan terkait jaminan hak secara konstitusional yang ada pada pasal 29 UU Perkawinan 1/1974, melainkan karena kebutuhan dan kesadaran akan dirugikan oleh pasal 29 UU Perkawinan 1/1974 terkait perjanjian perkawinan, yang mana pemohon mengalami kealpaan terkait undang-undang ketika memutuskan perkawinan campuran. Terlepas dari kealpaan tersebut, Progres terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan pasca putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dapat dikategorikan sebagai hukum yang baik. Hukum yang baik adalah

²⁵⁴ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 246

hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat.²⁵⁵

2. Implikasi Hukum Atas Perlindungan Harta Bersama Dalam Perjanjian Perkawinan Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Mencermati amar putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 yang menyebutkan bahwa: “perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”. Atas dasar tersebut jelas bahwa terhadap perjanjian perkawinan yang dibuat sepanjang perkawinan juga berlaku mulai terhitung sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain di dalam perjanjian perkawinan yang bersangkutan. Pasal 29 ayat (3) Undang-Undang No. 1/1974 yang berbunyi “perjanjian perkawinan mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan”.

Hal tersebut menurut Mahkamah Konstitusi harus dimaknai bahwa “perjanjian perkawinan mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”. Bila tidak dimaknai sebagaimana tafsir Mahkamah Konstitusi, maka terhadap pasal-pasal demikian itu dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

Pembuatan perjanjian selama ikatan perkawinan tersebut tanpa dengan menentukan keberlakuannya, maka konsekuensi hukumnya perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan yang diikuti dengan status harta bersama menjadi terpisah bila dikehendaki kedua belah pihak

²⁵⁵ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 246

dalam perjanjian tersebut, tanpa harus mendapatkan penetapan pengadilan terkait pemisahan harta. Karena materi muatan perjanjian yang dibuat oleh para pihak diberikan kebebasan untuk menentukan materi muatannya, apabila para pihak dalam hal ini telah menentukan bahwa harta yang tadinya telah berstatus harta bersama menjadi harta masing-masing pihak, maka secara hukum dapat dibenarkan, sehingga harta yang demikian itupun yang diperoleh suami istri selama perkawinan berlangsung baik sebelum atau setelah dibuatnya perjanjian perkawinan menjadi milik masing-masing suami istri.

Perlindungan terhadap harta akan sangat penting dalam sebuah perjanjian perkawinan tersebut. Menurut peneliti, demi perlindungan terhadap harta dalam perjanjian perkawinan merupakan implikasi hukum yang terdapat dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015. Berangkat dari implikasi hukum pasca putusan tersebut, penting dilakukan analisis menggunakan perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* melalui fitur-fitur yang ditawarkan oleh Jasser Auda. Karena status harta tersebut akibat dari perlonggaran makna perjanjian perkawinan yang tentunya memperbarui suatu undang-undang sesuai dengan kebutuhan umat.

Penerapan dari teori *Maqāṣid* baru yang dikembangkan oleh Jasser Auda lebih terhadap *development* (dalam hal ini termasuk pembangunan dan pemberdayaan) dan *human right* (hak asasi manusia) serta kemaslahatan publik.²⁵⁶ Ketiga unit tersebut merupakan target utama dari masalah dalam

²⁵⁶ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 45

Maqāṣid al-Sharī'ah, guna merealisasikan studi hukum Islam yang komprehensif, lebih daripada itu pentingnya sebuah studi terhadap hukum keluarga Islam kaitannya dengan makna perjanjian perkawinan. Ketiga komponen ini nantinya juga akan peneliti gunakan sebagai tujuan dari beberapa analisis sistem di bawah ini kaitannya dengan perlindungan harta bersama pasca putusan Mahkamah Konstitusi.

a) Implikasi Hukum Atas Perlindungan Harta Bersama Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dalam Dimensi Kognisi Hukum Islam (*Cognitive Nature*)

Putusan Mahkamah Konstitusi No 69/PUU-XIII/2015 dapat dilihat bahwa MK melakukan penafsiran dengan melihat asas keadilan dan kemanfaatan dalam rangka menciptakan keharmonisan. Tidak dipungkiri bahwa masalah harta dan kepemilikan terhadap properti baik itu tanah maupun bangunan dapat menimbulkan permasalahan dalam rumah tangga. Oleh sebab itu, MK dalam putusannya memberikan penafsiran perlonggaran terkait dengan waktu pembuatan perjanjian perkawinan. Dengan demikian putusan tersebut dapat mendukung tujuan perkawinan yakni kekal abadi dalam keharmonisan rumah tangga khususnya dalam perkawinan campuran.

Sebenarnya implikasi dari putusan MK tersebut dalam operasionalnya di masyarakat dikawatirkan menjadi dilema. Hal ini dimungkinkan terjadinya pembuatan maupun perubahan terhadap perjanjian perkawinan dari pasangan suami istri yang selama ini menentukan sikap terhadap harta perkawinannya terjadinya perpisahan, karena ada perjanjian

perkawinan atau persatuan harta karena tidak adanya perjanjian perkawinan. Kondisi tersebut jelas menimbulkan ketidak pastian hukum bagi para pihak suami istri tentang kedudukannya terhadap harta perkawinan. Meskipun di sisi lainnya menyenangkan bagi pasangan putri perkawinan campuran yang masih mempertahankan WNI-nya guna mendapatkan kepastian dan perlindungan hukum dalam kepemilikan hak milik atau hak guna bangunan atas tanah di Indonesia. Kesannya pun menjadi kurang begitu tenang karena bagi perkawinan campuran karena munculnya sebuah praktek penyelundupan hukum.

Dalam putusan tersebut juga terdapat pro dan kontra mengenai harta bersama. Pertama disampaikan oleh Yusril Ihza Mahendra dalam keterangan saksi ahlinya, menyatakan bahwa, MK akan sangat bijak untuk mempertimbangkan penafsiran harta benda yang akan diperoleh dalam perkawinan sebagai harta bersama tidaklah dalam konteks artinya hak milik, tetapi memang hal tersebut sebagai perkongsian atas harta tersebut, tetapi bukan dalam pengertian yuridis. Dengan demikian, harta tanah atau rumah beralih menjadi hak milik apabila memang perkawinan terputus, baik cerai hidup maupun cerai mati. Disitulah ketentuan pasal 21 ayat (3) UUPA berlaku. Oleh karena itu, penafsiran tersebut menjadikan hak-hak konstitusional warga negara tidak menjadi hilang. Menurut ahli, sangatlah aneh apabila seorang WNI haknya berkurang karena melakukan perkawinan

dengan WNA yang disebabkan oleh larangan untuk memiliki hak milik dan hak guna bangunan.²⁵⁷

Tidak hanya itu, Ari Sukanti Hutagalung, dalam keterangannya sebagai saksi ahli, antara lain mengatakan bahwa pengertian “harta bersama” khususnya mengenai tanah inilah yang kemudian masalah dalam prakteknya, banyak pihak beranggapan, karena menjadi harta bersama maka penguasaan dan kepemilikannya baik fisik maupun yuridis menjadi milik bersama. Sehingga berakibat bagi pelaku perkawinan campuran, sekalipun tanah hak milik ataupun hak guna bangunan yang dimiliki terdaftar atas nama si WNI menjadi milik bersama si WNA. Hal tersebut berakibat pada pasal 21 ayat (3) UUPA tetap berlaku dan akhirnya berdampak pada hilangnya hak konstitusional seorang WNI untuk mempunyai tanah dengan status hak milik dan hak guna bangunan di Indonesia. Oleh karenanya, ahli setuju bahwa dikeluarkannya hak milik serta hak guna bangunan dari harta bersama oleh WNI yang melakukan perkawinan campuran. Namun juga harus diperketat jika terjadi peristiwa hukum yang menyebabkan hak milik dan hakl guna bangunan jatuh ketangan orang asing.²⁵⁸

Melihat serta mencermati dari pro-kontra mengenai harta bersama maka terobosan atau pembaruan hukum MK No 69/PUU-XIII/2015 menjadi dilematis. Namun hal itu semua merupakan hikmah dari pembaruan hukum melalui perjanjian perkawinan tersebut. Perjanjian perkawinan yang dibuat sebelum atau pada saat perkawinan berlangsung sudah diatur dalam

²⁵⁷ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, Hlm. 92-98

²⁵⁸ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, Hlm. 98-105

perundang-undangan, sedangkan perjanjian perkawinan selama dalam ikatan perkawinan masih belum diatur. Tentunya sangat penting kehadiran instrumen hukum guna mengakomodir problematika tersebut. Untuk itu secara eksplisit Mahkamah Konstitusi memberikan jalan keluar mengenai permasalahan tersebut lewat *judicial review* MK No 69/PUU-XIII/2015 yang menyatakan perjanjian perkawinan dapat dilakukan selama dalam ikatan perkawinan.

Pada intinya pembaruan tersebut dibuat atau dilaksanakan karena selain mengacu pada asas-asas yang telah disebutkan di atas, juga mempertimbangkan kebutuhan akan masyarakat terkait konstitusi, agar mendapatkan kepastian hukum. Sehingga terobosan atau perlonggaran terhadap perjanjian perkawinan dapat menjadi kemaslahatan publik yang sesuai dengan perkembangan zaman.

Jika melihat sudut pandang fikih klasik, menurut Amir Syarifuddin bahwa tidak ditemukan secara khusus dan terperinci terkait dengan bab perjanjian perkawinan. Tetapi yang ada adalah rukun dan syarat dalam perkawinan. Perjanjian perkawinan termasuk istilah modern yang muncul dalam aturan-aturan perkawinan di Indonesia. Perjanjian perkawinan bukan merupakan sebuah syarat-syarat yang diucapkan dalam prosesi akad, akan tetapi perjanjian yang dimaksud di sini adalah di luar prosesi akad perkawinan meskipun dalam suasana atau majlis yang sama.²⁵⁹

²⁵⁹ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009), hlm. 46

Pandangan lain tentang perjanjian perkawinan menurut Abdul Rahman Ghozali, yaitu persetujuan yang dibuat oleh kedua calon mempelai pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan, dan masing-masing berjanji akan menaati apa yang disebutkan dalam perjanjian tersebut, yang disahkan oleh pegawai pencatat nikah.²⁶⁰ Selebihnya, perjanjian perkawinan ber hukum mubah atau boleh dilakukan selama perjanjian perkawinan yang dibuat itu tidak bertentangan dengan syariat Islam atau hakikat perkawinan itu sendiri.²⁶¹ Jika nantinya syarat perjanjian perkawinan yang dibuat bertentangan dengan syariat Islam atau hakikat perkawinan apapun perjanjian tersebut maka menjadi tidak sah, namun akad nikahnya tetap sah.²⁶²

Jumhur Ulama berpendapat bahwa memenuhi syarat yang dinyatakan dalam bentuk perjanjian, hukumnya adalah wajib sebagaimana hukum memenuhi perjanjian lainnya.²⁶³ Berdasarkan ulama fiqh Imam Ahmad dan kalangan Hanabilah tersebut, maka persyaratan yang dimasukkan dalam bentuk perjanjian perkawinan sangat terbuka selama tidak ditemukan secara khusus aturan yang melarang syarat tersebut.²⁶⁴

Landasan Al-Qur'an yang berhubungan dengan perlindungan harta bersama dalam perjanjian perkawinan, sebagai berikut dalam QS. An-Nisa 32:

²⁶⁰ Abdul Rahman Ghozali, *Fiqh Munakahat*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2014), hlm. 119

²⁶¹ Abdul Rahman Ghozali, *Fiqh Munakahat*, hlm. 119

²⁶² Zakiah Daradjat, *Ilmu Fiqh* (Yogyakarta: Dana Bhakti Wakaf, 1995), Jilid 2, hlm. 93, lihat Abdul Rahman Ghozali, *Fiqh Munakahat*, hlm. 120

²⁶³ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, hlm. 146

²⁶⁴ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, hlm. 146

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا^ط
وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ^ج وَسَأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ^ط إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا



“Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lain. (karena) bagi orang laki-laki ada bahagian dari pada apa yang mereka usahakan, dan bagi Para wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui segala sesuatu”. (QS. An-Nisa 32)

Dan dapat dijadikan pertimbangan juga dalam ayat lain, yaitu QS. Al-Baqarah 228:

وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ^ج وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ^ج وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا^ط وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْعُرْفِ^ج وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ^ط وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

“Wanita-wanita yang ditalak hendaklah menahan diri (menunggu) tiga kali quru' (suci atau haid). tidak boleh mereka Menyembunyikan apa yang diciptakan Allah dalam rahimnya, jika mereka beriman kepada Allah dan hari akhirat. dan suami-suaminya berhak merujukinya dalam masa menanti itu, jika mereka (para suami) menghendaki ishlah. dan Para wanita mempunyai hak yang seimbang dengan kewajibannya menurut cara yang ma'ruf. akan tetapi Para suami, mempunyai satu tingkatan kelebihan daripada

isterinya. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana”. (QS. Al-Baqarah 228)

Dengan demikian, jelas sudah bahwa menurut Al-Qur'an bahwa suami istri memiliki kewenangan dalam harta yang dimilikinya masing-masing. Suami tidak berhak atas harta istri karena kekuasaan istri terhadap hartanya tetap dan tidak berkurang disebabkan perkawinan.

Karena itu suami tidak boleh mempergunakan harta istri untuk membelanjai rumah tangga kecuali dengan izin sang istri, bahkan harta kepunyaan istri yang dibelanjakan untuk kepentingan rumah tangga menjadi utang suami dan suami wajib membayar kepada istrinya. Kecuali istri mau merelakannya.²⁶⁵

Menurut hukum Islam dengan perkawinan tersebut, maka istri menjadi “*Syirkatu rojuli filhayati*” kongsi sekutu seorang suami dalam melayani behera hidup, maka antara suami dan istri dapat terjadi *syirkah abdan* (perkongsian tidak terbatas).²⁶⁶ Harta kekayaan bersatu karena syirkah seakan-akan harta kekayaan tambahan karena usaha bersama suami istri selama perkawinan menjadi milik bersama. Karena itu, apabila terputus karena perceraian atau thalaq, maka harta syirkah tersebut dibagi antara suami istri menurut pertimbangan sejauh mana usaha mereka (suami istri) turut berusaha dalam syirkah.

²⁶⁵ Departemen Agama RI, *Terjemah Kitab Suci Al-Qur'an*, (Jakarta: PT. Bumi Restu, tt), hlm. 120

²⁶⁶ Hasbi Ash-Shiddiqie, *Pedoman Rumah Tangga*, (Medan: Pustaka Maju, 1971), hlm. 9

Ketetapan fatwa Syirkah tentang harta bersama antara suami istri yang ditetapkan oleh Pengadilan Agama Jakarta Timur, tanggal 7 februari 1978. No 21/C/1978 dalam perkembangan hukumnya menyatakan:

“Apabila telah terjadi syirkah (harta bersama) pada suatu masa tertentu, setelah berpindah dan tidak dapat diperbolehkan dari masing-masing harta syirkah itu, maka harta tersebut dibagi menjadi dua”.²⁶⁷

Mengenai perkongsian atas harta bersama menurut peneliti juga dapat ditelaah dari ayat Al-Qur'an. QS. An-Nisa' 34:

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَنِينَتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾

“Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebahagian mereka (laki-laki) atas sebahagian yang lain (wanita), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebahagian dari harta mereka. sebab itu Maka wanita yang saleh, ialah yang taat kepada Allah lagi memelihara diri²⁶⁸ ketika suaminya tidak ada, oleh karena Allah telah memelihara (mereka)²⁶⁹. wanita-wanita yang kamu khawatirkan nusyuznya²⁷⁰, Maka nasehatilah mereka dan pisahkanlah mereka di tempat tidur mereka, dan pukullah mereka. kemudian jika mereka mentaatimu, Maka

²⁶⁷ Proyek Pembinaan peradilan Agama Dep. Agama, *Himpunan Fatwa Pengadilan Agama*, (jakarta: 1980/1981), hlm. 63

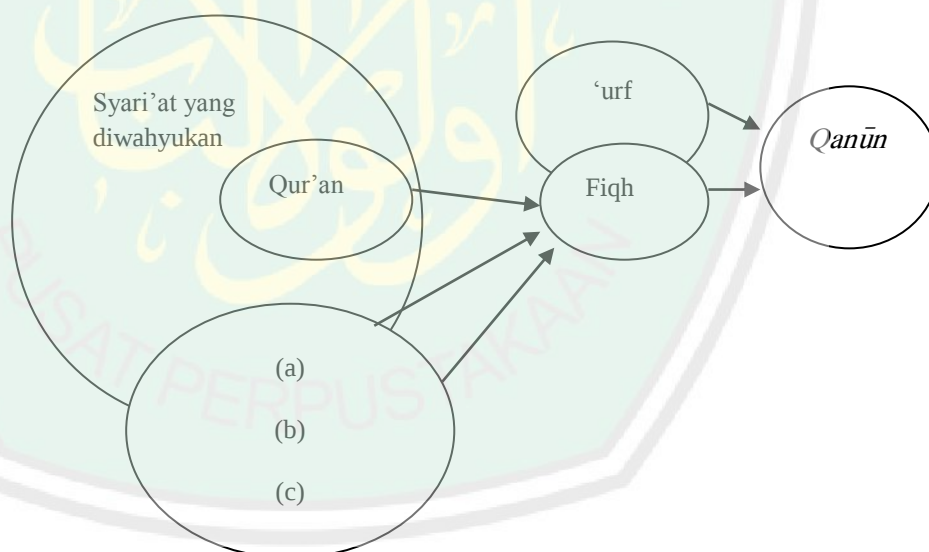
²⁶⁸ Maksudnya: tidak Berlaku curang serta memelihara rahasia dan harta suaminya.

²⁶⁹ Maksudnya: Allah telah mewajibkan kepada suami untuk mempergauli isterinya dengan baik.

²⁷⁰ Nusyuz: Yaitu meninggalkan kewajiban bersuami isteri. nusyuz dari pihak isteri seperti meninggalkan rumah tanpa izin suaminya.

janganlah kamu mencari-cari jalan untuk menyusahkannya²⁷¹. Sesungguhnya Allah Maha Tinggi lagi Maha besar”. (QS. An-Nisa’ 34)

Posisi *Maqāṣid* dapat dijadikan suatu pertimbangan pada pendekatan interpretasi perspektif hukum Islam dalam putusan MK tersebut, karena sumber wahyu dalam Al-Qur’an sangat membantu dalam menemukan atau menginterpretasikan makna yang terkandung dalam Al-Qur’an sebagai pertimbangan atas putusan berkaitan dengan konsep harta bersama atas perlonggaran perjanjian perkawinan campuran, sehingga hal tersebut menurut peneliti sudah teraplikasikan apa yang ditawarkan Jasser Auda maksud dari fitur ini. Berikut pemahaman yang di usulkan Jasser Auda dalam menuju validasi kognitif.



Skema 1.6: Skema Pengembangan watak kognitif oleh Jasser Auda²⁷²

²⁷¹ Maksudnya: untuk memberi pelajaran kepada isteri yang dikhawatirkan pembangkangannya haruslah mula-mula diberi nasehat, bila nasehat tidak bermanfaat barulah dipisahkan dari tempat tidur mereka, bila tidak bermanfaat juga barulah dibolehkan memukul mereka dengan pukulan yang tidak meninggalkan bekas. bila cara pertama telah ada manfaatnya janganlah dijalankan cara yang lain dan seterusnya.

Gambar di atas sekali lagi menjelaskan metode dari fitur watak kognitif yang di usulkan Jasser Auda dalam mengidentifikasi sebuah kontribusi terhadap proses legislasi. Di mana Al-Qur'an menjadi landasan yang fundamental ke dalam perumusan fiqh, yang nantinya berkontribusi terhadap pembaruan sebuah undang-undang.

Tidak hanya sampai disitu, kontribusi *'urf* pun diharapkan berpartisipasi dalam pembentukan perundang-undangan, guna mencapai perundang-undangan yang mampu meraih keadilan dan kebahagiaan masyarakat pada umumnya, serta terhadap perlindungan atas harta bersama dalam perjanjian perkawinan khususnya.

Dalam konteks terhadap pasal 35 ayat (1)²⁷³ dan (2)²⁷⁴ UU Perkawinan, yang seharusnya tidak menyampingkan hukum adat, karena nilai-nilai hukum adat yang mengandung asas kekeluargaan tidak bertentangan dengan pancasila. Hal ini juga yang dimaksud oleh Hukum progresif berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.²⁷⁵

Jadi jika mencermati asumsi dari hukum progresif di atas, Satjipto dalam pemikirannya mengenai suatu produk hukum progresif lebih

²⁷² Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), Cet.ke-1. Hlm. 256

²⁷³ Isinya "harta benda diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama" Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974

²⁷⁴ Isinya "harta bawaan dari masing-masing dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain". Pasal 35 ayat (2) UU Perkawinan 1/1974

²⁷⁵ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 1

menekankan pada aspek dehumanisasi terhadap produk-produk hukum yang disusun atau dibangun kelak kemudian hari. Berdasarkan konsep rancangan menuju produk hukum yang digambarkan oleh Jasser Auda di atas, suatu produk hukum harus disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat modern.

Manusia harus diletakkan pada sentral hukum, artinya suatu kebahagiaan, keadilan, kesejahteraan dan sebagainya yang melekat pada manusia menjadi pusat dari kepedulian hukum. Hukum hanya sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Apabila hukum tidak mampu mencapai jaminan demikian, maka harus dilakukan suatu upaya konkret terhadap hukum, termasuk melakukan penataan dan penyusunan kembali.²⁷⁶

Inilah benang merah yang dapat diambil dari konsep menuju produk hukum oleh Jasser Auda melalui fitur watak kognitif tersebut dan maksud penataan hukum oleh Satjipto, dapat membantu terbentuknya suatu hukum yang sesuai dengan masyarakat modern atau menjadi pondasi untuk solusi dalam problematika hukum.

b) Implikasi Hukum Atas Perlindungan Harta Bersama Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dalam Dimensi Keterbukaan Sistem Hukum Islam (*Openness*)

Telah dijelaskan mengenai fitur ini pada pembahasan sebelumnya, oleh sebab itu sekali lagi peneliti kuatkan dasar fitur ini, dengan berawal dari sistem hukum Islam. Sistem hukum Islam adalah sistem terbuka dalam

²⁷⁶ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 265

pengertiannya. Namun beberapa faqih masih menyerukan pada penutupan pintu ijtihad pada level teori usul fikih. Semua madzhab fikih terkenal dan mayoritas faqih selama berabad-abad setuju bahwa ijtihad merupakan keniscayaan bagi hukum Islam, karena Nash khusus itu terbatas, sedangkan peristiwa tidak terbatas. Jadi, metodologi ushul fiqh mengembangkan mekanisme tertentu untuk menghadapi peristiwa baru atau dalam terminologi teori sistem berinteraksi dengan lingkungan.²⁷⁷

Maksud dari fitur ini adalah dengan menggunakan beberapa metode dalam Ushul Fiqh seperti '*urf*' sebagai metode filsafat hukum Islam yang terdapat tujuan *Maqāṣid al-Sharī'ah*. Pendapat Auda mengenai pembaruan hukum Islam melalui ushul fiqh sedikit atau banyak merupakan filsafat hukum Islam, maka sudah pasti bahwa ushul fiqh memelihara investigasi filosofis, yang secara umum berkembang seiring evolusi pengetahuan.²⁷⁸

Korelasi antara implikasi hukum perlonggaran perjanjian perkawinan yaitu perlindungan harta bersama pasca putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dengan '*urf*' atau yang dapat disebut dengan kebiasaan atau adat, yaitu berawal dari ketentuan pada pasal 35 ayat (1) sebagaimana yang telah dijelaskan di pembahasan sebelumnya. Dalam konteks terhadap pasal 35 ayat (1)²⁷⁹ dan (2)²⁸⁰ UU Perkawinan, yang seharusnya tidak

²⁷⁷ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 88

²⁷⁸ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 269

²⁷⁹ Isinya "Harta benda diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama" Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974

²⁸⁰ Isinya "Harta bawaan dari masing-masing dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain". Pasal 35 ayat (2) UU Perkawinan 1/1974

menyampingkan hukum adat, karena nilai-nilai hukum adat yang mengandung asas kekeluargaan tidak bertentangan dengan Pancasila.

Oleh sebab itu, menurut peneliti nilai-nilai hukum adat tentang harta bersama seharusnya tetap mewarnai dalam UU perkawinan. Kaitannya dengan hal tersebut, maka pasal 29 ayat (1) UU perkawinan yang membatasi waktu pembuatan perjanjian perkawinan hanya “pada waktu” atau “sebelum” perkawinan diselenggarakan, sehingga membatasi hak suami istri yang melakukan perkawinan campuran antara WNI dengan WNA, guna membuat perjanjian perkawinan disaat mereka dalam sebuah ikatan perkawinan. Jadi, hak untuk membuat perjanjian perkawinan bagi suami istri hendaknya tidak dibatasi hanya “pada waktu” atau “sebelum” perkawinan berlangsung, tetapi perjanjian perkawinan hendaknya juga dapat dilakukan pada “selama perkawinan berlangsung”, sesuai dengan hukum adat sebagai salah satu sumber pembentukan hukum di Indonesia khususnya mengenai harta bersama.

Adat adalah suatu istilah yang dikutip dari bahasa Arab “*’Ādah*” yang artinya “kebiasaan”, yakni perilaku masyarakat yang selalu terjadi. Selain itu, ada yang menyebutkan berasal dari kata “*urf*”. Dengan kata ‘*urf*’ dimaksudkan adalah semua kesusilaan dan kebiasaan Indonesia (peraturan, peraturan hukum dalam yang mengatur hidup bersama).²⁸¹

Adat atau ‘*urf*’ ialah sesuatu yang telah dibiasakan oleh manusia dan mereka telah menjalaninya dalam berbagai aspek kehidupan. Mayoritas

²⁸¹ Djamanat Samosir, *Hukum Adat Indonesia: Eksistensi dalam Dinamika Perkembangan Hukum di Indonesia* (Bandung: CV. Nuansa Aulia, 2013), hlm.8

ulama' menerima 'urf sebagai dalil hukum, tetapi berbeda pendapat dalam menetapkan sebagai dalil hukum yang *mustaqill* (mandiri).²⁸²

Adat atau kebiasaan manusia dapat dijadikan sebagai landasan penetapan hukum dengan pengecualian adat tersebut tidak bertentangan dengan syariat, kebiasaan tersebut juga dapat dikatakan dengan 'urf'. Terdapat suatu kaidah hukum:²⁸³

الْعَادَةُ مُحَاكِمَةٌ

(kebiasaan atau tradisi itu bisa dijadikan landasan hukum)

Setiap daerah di Indonesia jika ditinjau melalui adat, mempunyai ketentuan masing-masing. Oleh sebab itu, sikap pluralisme sangatlah penting untuk dihidupkan. Terkait dengan harta bersama peneliti mengambil pandangan menurut hukum adat yaitu semua harta yang dikuasai suami istri selama mereka dalam ikatan perkawinan, baik harta kerabat yang dikuasai maupun harta perseorangan yang berasal dari harta warisan, harta hibah, harta penghasilan sendiri, harta pencarian hasil bersama suami istri dan barang-barang hadiah. Kesemuanya itu dipengaruhi oleh prinsip kekerabatan yang dianut setempat dan bentuk perkawinan yang berlaku terhadap suami istri yang bersangkutan.²⁸⁴ Sebenarnya nilai-nilai hukum adat tersebut sudah terealisasi dalam KHI mulai pasal 85 sampai dengan pasal 97. Sedangkan mengenai perjanjian perkawinan KHI mengaturnya mulai pasal 45 sampai dengan pasal 52.

²⁸² Nasrun Rusli, *Konsep Ijtihad Al-Syaukani* (Jakarta: Logos, 1999), hlm. 34

²⁸³ Muhammad Shidqi, *Al-Wajiz fi 'idhohi Quaidhul Fiqh Al-Kuliyati*, (Riyadh: Attaubah, 1994), Cet. 4, hlm. 217

²⁸⁴ Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Adat*, (Bandung: penerbit Alumni, 1982), hlm. 156

Pengaturan harta bersama dalam hukum adat itu dibedakan dalam harta gono gini yang menjadi milik bersama suami istri, dan harta bawaan menjadi milik masing-masing pihak suami atau istri, dan harta bawaan menjadi milik masing-masing pihak suami atau istri. Diikutinya sistem hukum adat oleh UU No. 1 Tahun 1974 sebagai hukum nasional adalah sebagai konsekuensi dari politik hukum di Indonesia yang telah menggariskan bahwa pembangunan hukum nasional haruslah berdasarkan hukum adat sebagai hukum kepribadian bangsa Indonesia yang berdasarkan Pancasila.²⁸⁵

Selanjutnya mengenai harta bersama dalam hukum adat ketika terjadi perceraian, baik cerai mati maupun cerai hidup. Sejak masa perang dunia kedua, sudah dipertahankan ketetapan hukum yang memberi hak dan kedudukan yang sama antara suami istri terhadap harta bersama apabila perkawinan mereka pecah. Contohnya dalam putusan Mahkamah Agung tanggal 9 Desember 1959 No. 424K/STP/1959, dalam putusan ini ditegaskan: “Menurut yurisprudensi Mahkamah Agung dalam hal terjadi perceraian barang gono-gini harus dibagi antara suami istri dengan masing-masing mendapat separuh bagian”.²⁸⁶

Kaitannya dengan nalar hukum Islam yaitu terdapat empat syarat adat dapat dijadikan pijakan hukum; pertama, tidak bertentangan dengan salah satu *naṣ sharī'ah*; kedua, berlaku dan diberlakukan secara umum dan konstan; ketiga, tradisi tersebut sudah terbentuk bersamaan dengan saat

²⁸⁵ R. Purwoto S., *Renungan Hukum*, (Jakarta: Pengurus Pusat Ikatan Hakim Indonesia, 1998), hlm. 449

²⁸⁶ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 129

pelaksanaannya; keempat, tidak terdapat ucapan atau perbuatan yang berlawanan dengan nilai substansial yang dikandung oleh tradisi.²⁸⁷

Dengan demikian, pembaruan hukum tersebut telah sesuai dengan tujuan pendekatan sistem dalam keterbukaan via filsafat hukum Islam yaitu *'urf*. Sehingga fitur ini dapat dipakai untuk melacak atau mendalami sebuah pembaruan hukum yang sesuai dengan tujuan dari perlindungan terhadap harta bersama pasca putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015.

Istilah adat atau *'urf* adalah sesuatu hukum yang tidak dapat diabaikan di Indonesia itulah kenyataannya. Dengan mempertimbangkan nilai-nilai yang ada dalam hukum adat khususnya pada perlindungan harta bersama dalam suatu perkawinan harus dipertimbangkan, sebagai efek yang sangat fundamental terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan, terlebih undang-undang sebagai landasan hukum secara nasional. Maka pentingnya suatu mobilitas hukum guna mencapai tujuan yang idealis.

Senada dengan pernyataan Satjipto mengenai tujuan dari harmonisasi hukum²⁸⁸. Cara ber hukum yang harus dilaksanakan di Indonesia sebagai negara yang pluralis adalah dengan memfasilitasi tumbuh dan berkembangnya *The living law* pada masyarakat yang pluralis dan

²⁸⁷ Abdul Haq, et. al., *Formulasi Nalar Fiqh: Telaah Kaidah Fiqh Konseptual* (Buku Satu) (Surabaya: Khalista, 2006), hlm. 283

²⁸⁸ Harmonisasi dalam hukum adalah mencakup penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, sistem hukum dan asas-asas hukum dengan tujuan peningkatan kesatuan hukum, kepastian hukum dan kejelasan hukum, tanpa mengorbankan pluralisme hukum jika dibutuhkan. Pernyataan tersebut yang mengutip dari buku tussen eenheid en verscheidenheid: Opstellen over harmonisatie instaat en bestuurecht (1988). Lihat Suhartono, *Harmonisasi Peraturan Perundang-undangan Dalam Pelaksanaan Anggaran Belanja Negara*, Disertasi (Universitas Indonesia, 2011), hlm. 95

mensinergikan dengan kepentingan nasional, melalui upaya yang dikenal dengan istilah harmonisasi hukum.²⁸⁹

Untuk menjaga disharmoni hukum yang terdapat dalam pembaruan terhadap perlonggaran perjanjian perkawinan, perlu adanya antisipasi dari faktor-faktor potensial khususnya terkait perlindungan harta bersama perspektif hukum adat dan dapat dilakukan melalui:

- 1) Proses litigasi melalui *court-connected dispute resolution* (CCDR) untuk mendalami para pihak yang bersangkutan dibidang perdata sebelum dimulai pemeriksaan di pengadilan
- 2) Proses non litigasi melalui *alternative dispute resolution* (ADR) untuk menyelesaikan persoalan sengketa perdata di luar pengadilan
- 3) Proses litigasi sebagai pemeriksaan perkara perdata di pengadilan
- 4) Proses negosiasi atau musyawarah, baik dengan mediator atau tidak untuk menyelesaikan disharmoni hukum politik yang tidak bersifat pidana, seperti tumpang-tindih kewenangan dan benturan kepentingan antar instansi pemerintah
- 5) Proses pemeriksaan perkara pidana untuk mengadili pelanggaran atau tindak kejahatan²⁹⁰

Dengan demikian, fungsi hukum nasional ketika terjadi pembaruan atau perlonggaran makna harus mempertimbangkan lebih dalam terkait akibat atau implikasinya terhadap kebutuhan masyarakat. Satjipto menegaskan dalam konteks ini bahwa fungsi hukum nasional pada dasarnya adalah

²⁸⁹ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 174

²⁹⁰ Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Sistem Hukum: Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik*, (Malang: Nasa Media, 2010), hlm. 11

sedapat mungkin memfasilitasi tumbuhnya nilai-nilai hukum pada masyarakat yang pluralis dan mengharmonisasikannya dalam bingkai hukum nasional, dan tidak memaksakan nilai-nilai yang belum tentu dibutuhkan dan sesuai dengan kebutuhan berhukum dari masyarakat Indonesia yang pluralis.²⁹¹

c) Implikasi Hukum Atas Perlindungan Harta Bersama Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 dalam Dimensi Kebermaksudan (*Purposefulness*)

Sebagai landasan fitur kebermaksudan yang dijadikan fitur utama menurut Jasser Auda, Fitur kebermaksudan merupakan fitur yang dapat menjangkau seluruh fitur yang telah ditawarkan oleh Jasser Auda. Maksud dan tujuan pun dibedakan dalam fitur ini, untuk itu realisasi dari sebuah *Maqāṣid* adalah kunci untuk mencapai inti metodologi analisis sistem dari Hukum Islam. kaitannya dengan perlindungan harta bersama pasca putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 merupakan implikasi hukum dari realisasi atas perlonggaran perjanjian perkawinan pada umumnya, yang dimaksud umum adalah kaitannya dengan perundang-undangan. Meskipun pembahasan dalam ranah hukum positif, namun dengan harapan integrasi-interkoneksi sehingga dalam pendekatan perspektif hukum Islam dirasa sangat penting dan perlu dalam kontribusinya atas perundang-undangan khususnya berkaitan dengan perlonggaran perjanjian perkawinan.

Menurut Auda, realisasi *Maqāṣid* merupakan dasar penting dan fundamental bagi sistem hukum Islam. Menggali *Maqāṣid* harus dikembalikan kepada teks utama (Al-Qur'an dan Hadist), bukan pendapat

²⁹¹ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 188

pikiran atau faqih. Oleh sebab itu, perwujudan tujuan menjadi tolok ukur dari validitas setiap ijtihad, tanpa menghubungkannya dengan kecenderungan atau madzhab tertentu. Tujuan penetapan hukum Islam harus dikembalikan kepada kemashlahatan masyarakat yang terdapat disekitarnya.²⁹²

Harta merupakan tonggak kehidupan rumah tangga, sebagaimana dalam firman Allah QS. An-Nisa' ayat 5:

وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴿٥﴾

“Dan janganlah kamu serahkan kepada orang-orang yang belum sempurna akal²⁹³, harta (mereka yang ada dalam kekuasaanmu) yang dijadikan Allah sebagai pokok kehidupan. berilah mereka belanja dan pakaian (dari hasil harta itu) dan ucapkanlah kepada mereka kata-kata yang baik.(QS. An-Nisa' ayat 5)

Berkaitan dengan perundang-undangan, bahwa putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 juga berimplikasi pada masyarakat secara menyeluruh karena sifat dari hukum positif yang wajib ditaati oleh seluruh elemen masyarakat, tidak hanya berlaku pada perkawinan campuran saja yang mendapat perlonggaran atas perjanjian perkawinan.

Berdasarkan pasal 29 ayat (4) dalam diktum putusan MK tersebut, dijelaskan bahwa :

²⁹² Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 55

²⁹³ Orang yang belum sempurna akal^{nya} ialah anak yatim yang belum balig atau orang dewasa yang tidak dapat mengatur harta bendanya.

“Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”.

Pemohon dalam *judicial review* tersebut sebenarnya juga mendalilkan mengenai inkonstitusionalitas pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974 tentang harta bersama. Namun MK dalam pertimbangannya menyatakan bahwa pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974 tidak beralasan menurut hukum. Artinya perjanjian perkawinan dalam amar putusan atas pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974 yang berkaitan dengan perjanjian harta bersama ditentukan dalam pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974 tersebut.

Menurut analisis peneliti, pada prinsipnya UU No 1/1974 tentang perkawinan menganut adanya harta bersama secara otomatis. Berbeda dengan KHI yang tidak ada pernyataan yang tegas mengenai terbentuknya harta bersama secara otomatis. Terutama dalam pasal 86 ayat (1) “Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan”. Dalam pembahasan sebelumnya mengenai perlindungan harta bersama dalam dimensi keterbukaan, telah dijelaskan mengenai syirkah antara suami istri.

Jika dicermati, pemohon dalam amar putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 sebenarnya menginginkan konsep tentang pembagian harta bersama yang jelas akibat hukum dari perjanjian perkawinan. Namun dalil pemohon dinyatakan inkonstitusional yang artinya tidak bertentangan dengan

UUD 1945. Oleh sebab itu, pentingnya sebuah pendekatan *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai alternatif atau setidaknya berkontribusi dalam menentukan sebuah putusan.

Bila dibandingkan dengan KHI, yang menyebutnya harta kekayaan dalam perkawinan adalah syirkah. Jika harta kekayaan dalam perkawinan dianggap syirkah, maka perlu adanya akad syirkah. Di pembahasan sebelumnya juga dijelaskan perbedaan antara akad nikah dengan akad syirkah. Menurut peneliti, terbentuknya harta bersama di Indonesia hendaknya dimulai dengan akad/kesepakatan, tentunya akan sejalan dengan ketentuan yang ada pada pasal 35 ayat (1)²⁹⁴ dan (2)²⁹⁵, pasal 36 ayat (1)²⁹⁶ dan (2)²⁹⁷, serta pasal 37²⁹⁸ UU Perkawinan 1/1974. Oleh sebab itu, pihak KUA atau dispenduk harusnya mempertimbangkan adanya formulir isian kesepakatan tentang harta kekayaan yang diisi oleh catin atau ketika adanya perjanjian dalam ikatan perkawinan. Regulasi seperti itu tentunya sudah dapat dijalankan jika melihat peraturan dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan. Untuk merealisasikan kerangka regulasi tersebut tentunya juga harus mendapatkan kewenangan oleh pihak bersangkutan baik pemohon maupun institusi terkait, karena secara konstitusi sudah terdapat landasan hukumnya.

²⁹⁴ Isi pasal: "Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama".

²⁹⁵ Isi pasal: "Harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan,, adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

²⁹⁶ Isi pasal: "Mengenai harta bersama, suami atau istri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak".

²⁹⁷ Isi pasal: "Mengenai harta bawaan masing-masing suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya".

²⁹⁸ Isi pasal: "Bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing".

Realisasi *Maqāṣid* yang terdapat dalam perlonggaran perjanjian perkawinan khususnya perkawinan campuran, mengenai perlindungan harta bersama pasca putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015, yaitu dengan disandarkannya atas pasal 35, pasal 36 dan pasal 37 UU Perkawinan 1/1974. Dengan demikian, regulasi-regulasi mengenai perlindungan terhadap harta bersama, tentunya harus direalisasikan karena sebagai upaya dalam memenuhi kebutuhan masyarakat yang semakin berkembang. Dan sebagai pembaruan hukum tentu berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.²⁹⁹

Penjelasan di atas merupakan sebuah konsep yang maksud dan tujuannya adalah untuk mengembangkan nilai-nilai yang terdapat dalam pemberdayaan manusia secara yuridis, inilah tujuan bekerjanya fitur-fitur yang ditawarkan oleh Jasser Auda sebagai metode analisis sistem.

Pemberdayaan manusia secara yuridis dapat diistilahkan sebagai pemberdayaan hukum, karena hukum untuk manusia. Oleh sebab itu, penting merealisasikannya dalam pembangunan hukum lewat pembaruan perundang-undangan. Hal ini dipertegas tegas oleh Satjipto, bahwa salah satu tujuan yang hendak dicapai dalam pembangunan hukum adalah pembaruan peraturan perundang-undangan sekaligus penegakan hukumnya, sehingga

²⁹⁹ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1

akan menampakkan secara jelas mengenai bagaimanakah hukum di masa mendatang.³⁰⁰

Perlu diingat, hukum adalah bangunan ide, kultur, dan cita-cita. Keterpurukan hukum di Indonesia lebih dikarenakan pemaknaan hukum sebagai *rule of law* tanpa melihat sebagai *rule of morality*. Akibatnya hukum hanya dilihat sebagai peraturan, prosedur yang lekat dengan kekuasaan. Mereka lupa bahwa hukum juga sarat dengan nilai, gagasan, sehingga menjadi partikuler.³⁰¹

Tak terkecuali di Indonesia, tidak dapat dikesampingkan apalagi menolak eksistensi hukum modern. Selain masyarakat yang pluralis juga konteks pergaulan hukum secara global. Intinya dalam sistem hukum itu harus diberikan arah yang jelas,³⁰² realisasi dari perundang-undangan yang responsif dan mempertimbangkan sebuah implikasi terkait, sehingga tidak meninggalkan hukum yang sesuai dengan karakteristik Indonesia.

Hal demikian menjadi mutlak, karena tanpa adanya arah yang jelas mengenai perubahan yang diinginkan oleh masyarakat sebagai suatu upaya untuk mengatasi krisis hukum dalam melanjutkan pemberdayaan hukum. Lebih jauh Satjipto mengungkapkan reformasi hukum tidak sekedar mengadakan pembaruan, namun perlu adanya pengembangan moralitas hukum sebagai arah dari perubahan, sehingga mewujudkan penyelenggaraan hukum yang baik.³⁰³

³⁰⁰ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 258

³⁰¹ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 254

³⁰² Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 254

³⁰³ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 259

Berkaitan dengan moralitas, perjanjian perkawinan sebenarnya akan berdampak *culture shock*. Karena secara moral, budaya masyarakat timur yang tidak mengenal individualisme tentu menolak adanya perjanjian perkawinan yang dianggap hanya mementingkan harta. Meskipun tidak selamanya perjanjian perkawinan berorientasi pada penyatuan harta dalam perkawinan. Dengan adanya perkawinan campuran antara WNI dengan WNA, maka sangat penting pemahaman akan perjanjian perkawinan karena akan berkaitan dengan penyatuan harta serta perlindungan harta.

Perlonggaran makna perjanjian perkawinan dalam pasal 29 UUP 1/1974 mengenai implikasinya yaitu perlindungan terhadap harta bersama, akan menimbulkan kerumitan dalam keperdataan jika terdapat kealpaan terkait perjanjian perkawinan. Terlebih untuk status perkawinan campuran, pembuatan perjanjian perkawinan tanpa dibatasi waktu akan semakin melindungi setiap pasangan untuk meraih tujuan dalam perkawinan. Dengan adanya putusan Mk tersebut, menjadikan setiap pasangan di awal pernikahan fokus terhadap tujuan perkawinan, yaitu membentuk keluarga yang bahagia, kekal, dan berlandaskan ketuhanan Yang Maha Esa.

B. Analisis Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif Nilai *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Sikap inklusif sangat dibutuhkan dalam sebuah interpretasi, yang mana hal ini berkaitan dengan interpretasi makna dalam diktum putusan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengawal konstitusi negara. Proses internalisasi terhadap hukum Islam pun tentunya menjadi hal penting yang tidak boleh terlupakan dalam pembaruan hukum positif.

Sebenarnya mendefinisikan hukum secara konkrit dan sempurna itu sangat sulit karena banyak aspek keilmuan yang bersinggungan dengan hukum. sebagaimana pernyataan Van Apeldoorn “sulit sekali untuk merumuskan sebuah definisi hukum secara lengkap”. Namun sepanjang sejarah terdapat dua pengertian hukum yang sering diungkap, yaitu:³⁰⁴

- 1) Hukum diartikan sebagai hak. Hal ini merupakan pengertian yang lebih mengarah kepada pengaturan moral (*right, recht, ius, droit, diritto, derecho*)
- 2) Hukum diartikan sebagai undang-undang. Hal ini merupakan pengertian yang lebih mengarah kepada aturan yang dibuat oleh pembentuk undang-undang atau legislasi (*law, lex, gesetz, legge, ley*).

Masalah pembaruan dalam hukum positif, setiap negara pasti memiliki sistem hukum yang berbeda-beda. Indonesia sebagai negara yang multikultural tentu mengalami perkembangan baik dari sisi sosio-kultural, politik hukumnya, maupun atmosfir keagamaan yang berkembang. Sebagai negara hukum, Indonesia tidak hanya mengenal satu sistem hukum yaitu hukum positif, namun juga mengenal hukum Islam maupun hukum adat. Keduanya ini tidak dapat dinafikan soal eksistensinya, karena telah dipahami bersama keduanya telah berkontribusi sangat besar dalam perjalanan sejarah hukum nasional. Bahkan dapat disebut sebagai cikal bakal dalam perumusan hukum atau perundang-undangan di negara ini. Sebagai contoh konkritnya; Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Undang-Undang Peradilan Agama, dan sebagainya.

³⁰⁴ Isrok, *Masalah Hukum Jangan Dianggap Sepele: Menyoal The Devils Is In The Detail Sebagai Konsep Teori* (Malang: Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2017), hlm. 33

Berlandaskan pemahaman bahwa hukum itu tidak hanya produk politik saja, tetapi juga sarat akan nilai-nilai transendental maupun nilai budaya. Maka hukum harus dilihat dari berbagai perspektif pula. Hal ini diperkuat dengan istilah yang disampaikan oleh Jasser Auda, bahwa hukum tidak bersifat *single entity*, melainkan *integrated entities*.³⁰⁵ Pernyataan tersebut juga sebagai salah satu alasan peneliti mengkaji sebuah pembaruan undang-undang dalam disiplin ilmu *Maqāṣid al-Sharī'ah* dengan pendekatan sistemnya.

Sebagaimana hukum Islam, hukum positif juga tidak hanya teks-teks normatif yang harus dipahami secara skriptualis. Bahwa memahaminya perlu pendekatan multidimensional, sehingga hukum betul-betul memberikan keadilan kepada masyarakat. Putusan hakim ini adalah bagian dari cara baru melihat hukum. Di mana hukum tidak hanya di dasarkan kepada kepastian hukum, tetapi juga berdasarkan asas keadilan yang merupakan tujuan utama hukum (*Maqāṣid al-Sharī'ah*).

Paradigma hukum positif selama ini menjadi cara pandang hakim yang di dasarkan pada legalitas tekstual normatif, tetapi harusnya tidak mengabaikan keadilan substantif. Di poin itulah kritik dari Satjipto bahwa paradigma hukum progresif dinilai tepat untuk dijadikan *optical view* dalam memotret problematika hukum di atas. Dengan spirit *bringing justice for the people*.³⁰⁶

³⁰⁵ Jasser Auda, *Maqosid Syaria as Philosophy of Islamic Law*, (London IIIT, 2008), hlm. xxv

³⁰⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 2

Pandangan peneliti, paradigma tersebut sejalan dengan *Maqāṣid al-Sharī'ah* terhadap pendekatan sistem yang ditawarkan oleh Jasser Auda melalui beberapa fitur yang pada intinya bertujuan demi kemaslahatan umum. Hukum memang harus tertulis, seperti undang-undang atau *nash* agar memiliki kekuatan hukum. Dalam paradigma hukum progresif yang diartikan sebagai *law in the making and never final* (hukum itu selalu terus berproses dan tidak pernah final). Dalam hal ini hukum progresif menyarankan urgensi penafsiran kritis yang bebas dari absolutisme tekstual, dengan harapan menemukan *new meaning* dari konteks hukum yang ada. Menurut fanani, salah satu disiplin ilmu penting dan barangkali bermanfaat dalam metode penemuan hukum adalah hermeneutika.³⁰⁷

Metode interpretasi guna menemukan hukum, maka menurut peneliti para hakim juga dituntut untuk memahami logika berfikir dalam memahami *nash* utamanya dalam kajian *Maqāṣid al-Sharī'ah*. Karena sangat jarang para penegak hukum menggunakan metode seperti yang ditawarkan al-Ghazali maupun asy-Syatibi dengan alasan bahwa hukum tidak hanya terlepas dari teks. Atas dasar integrasi-interkoneksi yang telah digagas oleh Jasser Auda, maka sangat penting dalam menginterpretasikan dalam metode penafsiran yang ada di Mahkamah Konstitusi, atau langkah seorang hakim yang memiliki interpretasi bebas dalam metode penemuan hukumnya. Oleh sebab itu, peneliti akan mem-*mixed method* antara pendekatan *Maqāṣid al-Sharī'ah* dengan tujuan hukum progresif serta kepastian hukum.

³⁰⁷ Ahmad Zainal Fanani, *Hermeneutika Hukum Sebagai Metode Penemuan Hukum dalam Putusan Hakim*, (Varia Peradilan, XXV, No. 297, 2010), hlm. 58

Mengenai lembaga yang menjalankan yaitu Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga tinggi negara yang lahir pasca amandemen. Dalam sejarah pembentukannya, Mahkamah Konstitusi lahir didasari oleh dua alasan, yaitu:³⁰⁸

- 1) Perlunya mekanisme pengujian yudisial supaya Undang-Undang selalu konsisten dengan UUD 1945.
- 2) Perlunya mekanisme pengujian yang dapat dioperasionalkan terhadap semua peraturan perundang-undangan yang selama ini tidak dapat dioperasionalkan.

Dalam konteks ketatanegaraan, Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang berfungsi menegakkan keadilan konstitusional di tengah kehidupan masyarakat. Mahkamah Konstitusi bertugas mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen negara secara konsisten dan bertanggung jawab. Di tengah kelemahan sistem konstitusi yang ada, Mahkamah Konstitusi selalu hidup dan mewarnai keberlangsungan bernegara dan bermasyarakat.³⁰⁹ Berikut akan dibahas mengenai interpretasi makna dalam diktum putusan Mahkamah Konstitusi serta perkembangan terhadap pasca putusan terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan khususnya dalam perkawinan campuran.

³⁰⁸ Mahfud MD. *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi*, (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hlm. 260

³⁰⁹ Jimly Assiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, (Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2010), hlm. 9

1. Menuju Sebuah Interpretasi Nilai *Maqāṣid al-Sharī'ah* Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Penjelasan mengenai interpretasi dalam putusan Mahkamah Konstitusi perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda, terlebih dahulu akan dikupas definisi mengenai interpretasi tersebut. Sebenarnya kata interpretasi ini lebih populer digunakan dikalangan *out-sider*, dibandingkan di kalangan Islam. karena kaitannya dengan memahami Al-Qur'an, Islam hanya mengenal istilah tafsir dan ta'wil.³¹⁰ Dalam sejarahnya, istilah interpretasi dipahami sama dengan istilah hermeneutika, sebagai sebuah disiplin ilmu penafsiran, atau ilmu yang digunakan untuk mengetahui maksud yang terkandung dalam kata-kata dan ungkapan pengarang.³¹¹

Definisi interpretasi tersebut sepintas terlihat sama dengan ilmu tafsir, dan keduanya merujuk pada sebuah perangkat dalam memahami teks. Oleh sebab itu, beberapa pemikir kemudian menyebut bahwa menafsirkan Al-Qur'an dalam bahasa yang lebih populer disebut juga dengan interpretasi.³¹² Dengan demikian, aktivitas memahami dalam artian tidak mengatakan menafsirkan Al-Qur'an tidak hanya dilakukan oleh umat muslim, namun juga dilakukan oleh sarjana Barat (*outsider*).³¹³ Baik untuk kepentingan religius maupun kepentingan akademik. Komunitas muslim maupun *outsider* sama-sama melakukan aktifitas memahami Al-Qur'an, hanya saja *Outsider*

³¹⁰ Muhammad Husein az-Zahabi, *at-Tafsir wa al-Mufasssirin*, (Cairo: Maktabah Wahbah, t.t), hlm. 12-15

³¹¹ Fakhruddin Faiz, *Hermeneutika Al-Qur'an*, (Yogyakarta: al-Qur'an, 2002), hl;m. 21

³¹² Tim Penyusun, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Pusat Bahasa Pendidikan Nasional, 2008), hlm. 1362

³¹³ Bruce Fudge, *Qur'anic Exegeis In Medieval Islam and Modern Orientalism*, (Leiden: Koninklijke Brill, 2006), hlm. 116-117

menyebutnya sebagai aktifitas interpretasi (*the activity of interpretation*), bagi peneliti, menurut perkembangan hukum serta metode penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim juga menuntut adanya interpretasi hukum. Oleh sebab itu, istilah interpretasi ini akan digunakan sebagai alat analisis dalam diktum putusan Mahkamah Konstitusi.

Sebelum menggunakan sebuah metode interpretasi tertentu, seorang hakim harus menimbang terlebih dahulu sebelum memutuskan perkaranya dengan sebuah pendekatan interpretasinya. Melalui pengambilan keputusan, pada akhirnya dihadapkan dengan beberapa asas hukum yang nantinya akan ditimbang lebih berat daripada yang lainnya, tentunya dengan menggunakan interpretasi terhadap aturan hukum. Pernyataan peneliti akan di perkuat secara definitif di bawah ini.

Asas secara umum diartikan sebagai dasar atau prinsip yang bersifat umum yang menjadi titik tolak pengertian atau pengaturan. Asas di satu sisi dapat disebut sebagai landasan atau alasan pembentukan suatu aturan hukum yang memuat nilai, jiwa, atau cita-cita yang ingin diwujudkan. Asas hukum merupakan jantung yang menghubungkan antara aturan hukum dengan cita-cita dan pandangan masyarakat di mana hukum tersebut berlaku (asas hukum objektif).³¹⁴

Sama halnya dengan proses peradilan pada umumnya, di dalam peradilan Mk terdapat asas-asas baik yang bersifat umum untuk semua peradilan maupun yang khusus sesuai dengan karakteristik peradilan MK.

³¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: Alumni, 1982), hlm. 85-86

Maruarar Siahaan, salah satu senior hakim konstitusi periode pertama, mengemukakan enam asas dalam peradilan MK yaitu:³¹⁵

- a) *Ius Curia Novit*³¹⁶
- b) Persidangan Terbuka Untuk Umum
- c) Independen dan Imparsial
- d) Peradilan dilaksanakan secara cepat, sederhana, dan biaya ringan
- e) Hak untuk Didengar Secara Seimbang
- f) Hakim Aktif dan juga Pasif dalam Persidangan

Selain enam asas tersebut juga perlu diketahui terdapat satu asas yaitu Praduga Keabsahan.³¹⁷

Setelah mengetahui tentang asas yang harus dipertimbangkan oleh hakim MK sebelum menggunakan metode interpretasi, maka selanjutnya akan dibahas mengenai sebuah metode interpretasi secara ke-Islaman, yang mana metode interpretasi ini nantinya dapat menjadi salah satu pedoman atau opsi dalam menginterpretasi sebuah problematika hukum, untuk proses ijtihad seorang hakim maka seharusnya juga perlu mempertimbangkan sebuah metode interpretasi yaitu *Maqāṣid al-Sharī'ah*.

Pandangan yang dikemukakan oleh Hashim Kamali mengenai *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai kacamata baru³¹⁸, bahwa:

³¹⁵ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan MK RI, 2006), hlm. 61-81

³¹⁶ Tentang Latar Belakang asas *ius curia novit* dapat dilihat pada pertimbangan putusan MK Nomor 061/PUU-II/2004

³¹⁷ Dikenal juga dengan istilah *het vermoeden van rechtmatigheid*. Asas ini berarti tindakan penguasa dianggap sah sesuai aturan hukum sampai ada pembatalannya. Asas ini dipandang perlu khususnya terkait dengan wewenang memutus perkara pengujian Undang-Undang. Sengketa Kewenangan Lembaga Negara, dan Perselisihan Hasil Pemilu, di mana objek sengketa adalah tindakan penguasa. Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 15

“A time when some of the important doctrines of Ushul al-Fiqh such as general consensus (ijma), analogical reasoning (qiyas) and even ijtiḥad seem to be burdened with difficult conditions, conditions that might stand in a measure of disharmony with the prevailing sociopolitical climate of the present day Muslim countries, the Maqāṣid have become the focus of attention as it tends to provide a ready and convenient access to the Shariah”.

“pada saatnya ketika doktrin penting dalam ushul fiqh seperti ijma, qiyas dan juga ijtiḥad sepertinya menjadi beban dari keadaan yang sangat sulit, keadaan yang mungkin terjadi dari kegagalan pemberlakuan undang-undang dengan realitas kuat sosial politik yang berlaku di negara muslim sekarang. Teori *Maqāṣid al-Sharī’ah* muncul menjadi pemahaman dengan fokus pada perhatian sebagai pemelihara jembatan hukum dan realitas, dengan menawarkan gagasan yang matang dan baik untuk mengakses syariaḥ”.

Kutipan tersebut memberikan pandangan atau pemahaman bahwa *Maqāṣid al-Sharī’ah* sebagai salah satu model pemahaman atau jalan yang diandalkan dalam memformulasikan sebuah hukum. Bagi peneliti, metode interpretasi melalui *Maqāṣid al-Sharī’ah* akan memperluas jangkauan hakim dalam memilih pendekatan atas sebuah kasus atau dalam penelitian ini dapat menjangkau maksud sebuah makna dari perundang-undangan.

Maqāṣid al-Sharī’ah melalui pendekatan sistem yang ditawarkan oleh Jasser Auda menurut peneliti akan sangat membantu dalam penggalian atau memahami sebuah fenomena di masyarakat yang membutuhkan suatu keadilan. Melalui fitur-fitur yang di tawarkan Jasser Auda yaitu fitur kognitif,

³¹⁸ Mohammad Hashim Kamali, *Maqasid al-Shari’ah Made Simple*”, (Jurnal Islamic Studies Vol.38, 1999), hlm. 1

holistik, keterbukaan, hierarki saling mempengaruhi, multidimensionalitas dan kebermaksudan.³¹⁹ Harapan peneliti dari adopsi fitur-fitur tersebut dapat menjadi bahan analisis atau pertimbangan hakim dalam memutus sebuah problematika di masyarakat atau masalah yang menjadi kewenangannya dalam konstitusi. Hal ini penting untuk menuju sistem hukum positif maupun sistem hukum Islam yang kontemporer.

Konteks pembaruan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi terhadap diktum atas pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan 1/1974 mengenai perjanjian perkawinan, kemudian oleh peneliti dilakukan konstruksi perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah*. Dalam hal ini penting adanya suatu interpretasi melalui *Maqāṣid al-Sharī'ah* guna menambah perbendaharaan penegak hukum dalam memahami sebuah kasus atau pertimbangan atas problematika yang kontemporer demi mencapai suatu keadilan yang substantif.

Berarti dengan pembaruan hukum yang sifatnya masih parsial yaitu per-pasal, menurut prinsip-prinsip demokrasi dalam hukum perkawinan Indonesia menjadi legitimasi yang harusnya mempunyai nilai-nilai sebagai prasyarat suatu demokrasi tersebut.³²⁰ Eksistensi *judicial review* akan sangat membantu untuk mencapai demokrasi dalam konstitusi dan sebagai sarana masyarakat ketika terdapat problematika berkaitan dengan konstitusional.

³¹⁹ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, (London: The International Institute Of Islamic Thought, 2007), hlm. 45

³²⁰ Nurlia Dian Paramita, *Perempuan, Agama dan Demokrasi*, (Yogyakarta: Lembaga Studi Islam dan Politik (LSIP), 2007), hlm. 130

Berikut akan dijelaskan prasyarat menuju demokrasi tersebut diantaranya.³²¹

a) Prinsip Keadilan

Maksudnya di mana nilai keadilan tersebut merupakan nilai universal yang diterima disemua kalangan, di manapun suatu sistem politik dan mekanisme demokrasi, nilai keadilan tidak boleh dihilangkan.

b) Prinsip Kesenjangan dan Persamaan Hak Masyarakat Demokratis

Seluruh warga negara memiliki hak yang sama, baik itu individu maupun hak publik, latar belakang suku, etnis, kelamin, agama dengan tidak membedakan hak-haknya.

c) Prinsip Kebebasan dan Kemerdekaan

Setiap warga negara berhak untuk mendapatkan kebebasan dan kemerdekaan dalam berpikir dan berekspresi atau mengungkapkan pendapat

Hal tersebut juga hampir sama dengan yang dinyatakan oleh Jasser Auda dalam *Maqāṣid al-Sharī'ah*, yaitu melihat dalam tulisannya Jasser Auda yang berjudul "*Fiqh al-Maqāṣid: Inat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqāṣidiha*" menerangkan bahwa:³²²

³²¹ Nursyahbani Katjasungkana, dalam buku Syafiq Hasim, Menakar Harga Perempuan: Eksplorasi Lanjut atas Hak-Hak Reproduksi Perempuan Dalam Islam (Bandung: Mizan, 1999), hlm. 70

³²² Jasser Auda, *Fiqh al-Maqāṣid: Inat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqāṣidiha*, (London: The International Institut of Islamic Thought (IIIT), 2007), hlm. 27

"فِيمَا يَظْهَرُ لِي مِنْ كُلِّ مَا سَبَقَ أَنَّ الْمَقَاصِدَ مَنْظُومَةٌ مُعَقَّدَةٌ لَيْسَتْ عَلَى نَسَقٍ أَوَّلِيٍّ
بَسِيطٍ مِثْلَ أَهْرَمٍ أَوْ الشَّجَرَةِ أَوْ الدَّائِرَةِ فَهِيَ إِذَنْ بِالتَّعْبِيرِ الْمَنْظُومِيِّ الْمُعَاصِرِ أَقْرَبُ مَا
تَكُونُ لِمَا يُعْرَفُ بِالْمَنْظُومَةِ الشَّبَكِيَّةِ الْمُتَعَدِّدَةِ الْأَنْسَاقِ وَالْأَبْعَادِ"

Artinya: “dari yang tampak bahwa *Maqāṣid* itu adalah sesuatu yang tersusun dan terikat, bukan seperti dasar dari sebuah pondasi yang berupa barang kuno atau tanaman/lingkaran. *Maqāṣid* dengan istilah modern adalah menyerupai sesuatu yang disebut dengan sistem jaringan yang pondasinya banyak dan jangkauannya luas serta jauh.”

Pendefinisian Auda tersebut adalah langkah awal untuk melakukan perubahan paradigma dalam hukum Islam. Tawaran Auda adalah dengan perspektif *Maqāṣid*, dari teori *Maqāṣid* lama menuju teori *Maqāṣid* baru terletak pada titik tekan keduanya. Titik tekan *Maqāṣid* lama lebih kepada perlindungan (*protection*) dan penjagaan pelestarian (*preservation*). Sedangkan teori *Maqāṣid* baru lebih terhadap *development* (dalam hal ini termasuk pembangunan dan pemberdayaan) dan *human right* (hak asasi manusia) serta kemaslahatan publik.³²³ Ketiga unit inilah target utama dari masalah dalam *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai variabel guna merealisasikan studi hukum Islam yang komprehensif.

Sebenarnya pernyataan tersebut dapat diperkuat dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 sebagai landasan konstitusi negara:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

³²³ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, (London: The International Institute Of Islamic Thought, 2007), hlm. 45

Auda mendasarkan konsep *Maqāṣid*-nya pada Hadits Sahih Bukhori-Muslim, yaitu:

عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ الْأَحْزَابِ (لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدٌ الْعَصَرَ إِلَّا فِي بَيْتِ قُرَيْظَةَ). فَأَذْرَكَ بَعْضُهُمُ الْعَصَرَ فِي الطَّرِيقِ فَقَالَ بَعْضُهُمْ لَا نُصَلِّي حَتَّى نَأْتِيَهَا وَقَالَ بَعْضُهُمْ بَلْ نُصَلِّي ثُمَّ يُرَدُّ مِنَّا ذَلِكَ. فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمْ يَعْنِفْ وَاحِدًا مِنْهُمْ³²⁴

“Dari Ibn Umar ra. Berkata: Nabi SAW bersabda pada hari perang al-Ahzab : (Jangan salah seorang dari kalian sholat asar kecuali di perkampungan Yahudi Bani Quraydah)”. Maka sebagian sahabat Nabi SAW telah mendapat waktu asar di jalan. (sebelum sampai di Bani Quraydah), lalu sebagian sahabat berkata: kami tidak akan sholat sebelum sampai, dan sebagian lain berkata: kami akan tetap sholat di jalan. Kemudian diadukannya persoalan itu kepada Nabi SAW dan Nabi SAW tidak menyalahkan atau membenarkannya.”

Argumentasi Auda dalam hadis tersebut bahwa sebagai bukti yang jelas terhadap istinbat hukum dari teks yang diambil dari *al-zān al-ghalib* (persepsi kuat), bahkan boleh menetapkan sebuah hukum ‘*amali* (praktis) dengan berdasar konsep *Maqāṣid* yang diambil lewat sebuah pemahaman yang sekalipun bertentangan dengan ‘*illah* yang tampak secara tekstual, karena sebagian sahabat yang berijtihad dan mengerti bahwa maksud Nabi SAW itu adalah segera sampai tujuan (Bani Quraydah) dan bukan perintah sholat di Bani Quraydah, maka mereka yang tetap melakukan sholat di jalan itu berarti telah bertentangan dengan zahirnya perintah Nabi SAW. Sedangkan sebagian sahabat yang tetap melakukan sholat di tempat tujuan

³²⁴ Lihat Al-Imam Abu Abdillah Muhammad bin Ismail al-Bukhari, *Shahih al-Bukhari*, (Bairut Lebanon: Dar al-kutub al-Ilmiyah, 1992), No. Hadis 3810

walau waktunya telah habis itu berarti mereka tetap bepegangan pada *'illah* yang zahir dari perintah Nabi SAW. Dengan adanya mendiamkan kedua kelompok itu adalah bukti bahwa Nabi SAW membenarkan kedua metode (pemahaman) tersebut.³²⁵

Kaitannya dengan pembaruan sistem hukum atas pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan 1/1974 bahwa :

Frasa "*pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan*" dalam pasal 29 ayat (1), frasa "...sejak perkawinan dilangsungkan" dalam pasal 29 ayat (3), dan frasa "*selama perkawinan berlangsung*" dalam pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan 1974 membatasi kebebasan 2 (dua) orang individu untuk melakukan atau kapan akan melakukan "perjanjian", sehingga bertentangan dengan pasal 28E ayat (2) UUD 1945 sebagaimana didalilkan pemohon. Dengan demikian, frasa "*selama perkawinan berlangsung*" dalam pasal 29 ayat (4) UU Perkawinan 1974 adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai termasuk pula selama dalam ikatan perkawinan.³²⁶

Berdasarkan pernyataan di atas maka pentingnya akan kebutuhan suatu perlonggaran terhadap perjanjian perkawinan. Meskipun tidak semua masyarakat membutuhkan, namun nyatanya beberapa masyarakat atau individu yang melakukan perkawinan campuran membutuhkan kepastian hukum terhadap perundang-undangan yang berlaku.

³²⁵ Jasser Auda, *Maqosid al- Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 9

³²⁶ Salinan *Judicial Review* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015, hlm. 154

Ketika pemohon ingin melaksanakan perjanjian perkawinan dalam kehidupan berumah tangga, ternyata bertentangan dengan pasal 29 ayat (1), (3), dan (4), karena perkawinan campuran yang dijalani oleh pemohon. Adanya hal tersebut, berarti pasal tersebut bertentangan dengan hak konstitusionalnya dengan warga negara Indonesia lainnya, sebagaimana dijamin dalam pasal 28E ayat (2). Berikut uraian atas pasal tersebut:

Pasal 28E ayat (2) UUD 1945:

“Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya”.

Mencermati dari problematika di atas, maka sejalan terhadap tujuan dari *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang telah di jelaskan oleh Jasser Auda. Begitupula tujuan dari kebutuhan yang diinginkan oleh Pemohon dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 sejalan dengan pemikiran hukum progresif serta ditunjang dengan kepastian hukum terhadap hal perjanjian perkawinan pasca putusan tersebut.

Menanggapi hal tersebut, Auda menempatkan *Maqāṣid* sebagai kumpulan maksud-maksud Ilahiah dan konsep-konsep moral di jantung dan dasar hukum Islam. Jasser Auda juga mengintroduksi metode analisis. Klasifikasi, kritik baru yang menggunakan fitur-fitur yang relevan berdasarkan teori sistem seperti, watak kognitif, kemenyeluruhan, sistem hierarki yang saling mempengaruhi, keterbukaan, multidimensionalitas, dan kebermaksudan. Dampak dari pendekatan metodologis ini terhadap rekonstruksi hukum Islam, institusi-institusi hak-hak asasi manusia,

masyarakat madani, dan kekuasaan yang ditanamkan dalam prinsip-prinsip Islami dalam pemikiran yuridis.³²⁷

Namun setiap putusan pengadilan akan lebih bagus jika selalu diteliti dari berbagai perspektif yang sesuai dengan kebutuhan serta solusi atas problematika di masyarakat. Menurut peneliti, berdasarkan landasan yang digunakan Jasser Auda ke dalam *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang direkonstruksi tersebut, tidak hanya untuk umat Islam saja jika mencermati maksud serta tujuannya, bahkan dalam pemaknaan kontemporer yaitu terkait kemaslahatan publik, pemberdayaan manusia dan hak asasi manusia. Maka hasil dari maksud serta tujuan tersebut adalah kebahagiaan, disinilah yang dimaksud dengan pembaruan hukum yang progresif.

Hukum progresif berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.³²⁸ Menurut peneliti, dengan memperoleh tujuan yang diharapkan bersama baik dari masyarakat serta penegak hukum dalam suatu aturan hukum, maka sangat penting menjadi pertimbangan progres kedepannya terhadap implikasi dari suatu putusan hakim dalam kajian ini.

Ungkapan peneliti diatas akan dipertegas dengan sudut pandang hukum progresif yang digagas oleh Satjipto Raharjo terhadap pemikiran awalnya mengenai hukum progresif dan posisi ideal hukum untuk masa depan. Penting untuk dilakukan analisis dari segi hukum progresif ini, karena

³²⁷ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Pendekatan Sistem*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), hlm. 18

³²⁸ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1

perkembangan hukum khususnya mengenai putusan MK Nomor 69/PUU-XIII/2015 mengenai perjanjian perkawinan telah memperbarui pasal 29 dalam UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Menurut Satjipto, harapan bagi perkembangan hukum di Indonesia harus berlandaskan Pancasila. Dengan seruan semangat bangkit dari keterpurukan hukum sekarang ini. Harapan baru dengan meletakkan filsafat baru, bahwa hukum hendaknya memberikan kebahagiaan terhadap rakyat. Selanjutnya demi bisa memposisikan Indonesia terhadap kalangan internasional maka sangat penting pula mengintegrasikan menggunakan hukum modern yang umum dipakai di dunia. Namun, apapun yang dilakukan oleh bangsa Indonesia ini tidak ada yang melarang bangsa ini menjadi bahagia, karena itu yang jauh lebih penting.³²⁹

Harapannya pembaruan hukum perkawinan yang khususnya terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan dapat dipahami serta menjadi solusi atas problematika yang dihadapi oleh pelaku perkawinan campuran antara WNI dengan WNA. Dalam pasal 29 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentunya tidak berlaku hanya bagi pelaku perkawinan campuran tetapi berlaku juga untuk seluruh lapisan masyarakat Indonesia. Walaupun tidak semua perkawinan itu membutuhkan sebuah perjanjian perkawinan.

Perlonggaran perjanjian perkawinan dalam putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu bentuk pembaruan dalam konstitusi terhadap UU Perkawinan 1/1974 secara parsial, meskipun secara

³²⁹ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara, 2006), hlm. 15

parsial artinya hanya pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) telah menjawab kebutuhan masyarakat yang kontemporer. Namun di sini, peneliti mengharapkan agar pembaruan tersebut dapat sejalan dengan metode pendekatan *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai metode interpretasi yang di perkuat dengan tujuan dari hukum progresif dan kepastian hukum.

Selanjutnya konsep *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang berkaitan dengan illah. Sudut pandang Auda menyatakan bahwa terdapat kesamaan antara 'illah dan *Maqāṣid*. Sebab 'illah yang didefinisikan sebagai

"الْمَعْنَى الَّذِي شُرِعَ الْحُكْمُ لِأَجْلِهِ"³³⁰

(sebuah makna yang karenanya suatu hukum itu disyari'atkan). Tentunya hal ini sama dengan definisi *Maqāṣid* (disebutkan di depan). Maksudnya adalah menurut Syaukani³³¹ sebagian ulama ushul zahidiyah berpendapat bahwa 'illah itu dasar dari pembuatan hukum, ta'rif ini mendekati ta'rif 'illah pada *Maqāṣid*.

Auda juga sependapat dengan ulama klasik yang membagi 'illah ada dua bagian yaitu: a) *ta'abbudi* (irrasional) dan b) *ta'aqquli* (rasional).³³² 'illah suatu hukum yang bisa ditemukan oleh akal sering disebut *al-ta'lil bi al-hikmah* (penetapan 'illah dengan sebuah hikmah), jika 'illah sebuah hukum itu tidak atau belum diketahui hikmahnya, maka *Maqāṣid*-nya adalah *ta'abbudi*, dalam hal ini masih terdapat sebagian ulama yang menyamakan dan membedakan antara 'illah dan hikmah.³³³

³³⁰ Jasser Auda, *Fiqh al-Maqasid: Inat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqasidiha*, hlm. 56

³³¹ Muhammad bin Ali al-Syaukani, *Irsyadul Fukhul ila Tahqiqil Haq'i min 'Ilmi Ushul*, (Lebanon: Dar al-Fiqr, 1412 H), hlm. 353

³³² Jasser Auda, *Maqasid al-Ahkam*, hlm. 13-14

³³³ Jasser Auda, *Maqasid al-Ahkam*, hlm. 9

Berkaitan dengan pembaruan pada pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974 juga terdapat sebuah *'illah* dan hikmahnya. *'illahnya* adalah perlonggaran terhadap makna perjanjian perkawinan pada frase *“Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris”*.

Menurut peneliti, pembaruan yang terdapat dalam undang-undang tersebut merupakan *'illah ta'aqquli* (rasional). Berarti *'illah* tersebut adalah wujud dari kebutuhan dari masyarakat yang awalnya terisolir dengan adanya undang-undang. Terdapat sebuah hikmah disini, bahwa perlonggaran perjanjian perkawinan yang dapat dibuat selama dalam ikatan perkawinan, secara konstitusi sangat memprioritaskan rasa keadilan bagi seluruh masyarakat, karena nantinya keberlakuan undang-undang tersebut akan menjadi patokan pembuatan perjanjian baik itu perkawinan sesama WNI ataupun perkawinan campuran. Keadilan tersebut akan menghasilkan kebahagiaan yang dapat dirasakan oleh seluruh lapisan masyarakat.

Tentunya hal ini sejalan dengan tujuan dari hukum progresif, yang berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.³³⁴ Sejalan dengan kepastian hukumnya bahwa Bentham dalam mengeksplorasi prinsip-prinsip legislasi menegaskan bahwa hukum harus diketahui oleh semua orang, konsisten, pelaksanaan yang jelas, sederhana, dan ditegakkan

³³⁴ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, hlm. 1

secara tegas. Terutama dengan meng-*underline* kata konsisten dan ditegakkan secara tegas, berarti walaupun bukan sang positivisme juga sangat mementingkan adanya kepastian hukum.³³⁵ Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi berarti telah menambah pengetahuan untuk masyarakat tentang pembuatan perjanjian perkawinan walaupun masih banyak kealpaan dari masyarakat itu sendiri.

Di sisi lain yang berkaitan dengan kemerdekaan individual dan keadilan yang dijadikan pertimbangan, maka kepastian hukum dapat dijamin terselenggaranya, hakikat perlakuan yang sama (*equality*) dan juga demokrasi menjadi sangat penting. Supaya kepastian hukum yang diterapkan oleh konsep negara hukum, tidak berfungsi untuk melanggengkan kekuasaan yang positivistik dan akhirnya bisa mengorbankan kemerdekaan individual dan keadilan.³³⁶

Terkait fitur-fitur yang ditawarkan oleh Jasser Auda, terdapat enam fitur yang dapat menjadi bagian analisis. Yaitu watak kognitif, kemenyeluruhan, keterbukaan, hierarki saling mempengaruhi, multidimensi, dan kebermaksudan. Namun Auda mengisyaratkan bahwa terdapat satu fitur yang dapat menjangkau seluruh fitur yang telah disarankannya dan fitur tersebut dapat merepresentasikan inti metodologi analisis sistem. Fitur tersebut adalah fitur kebermaksudan (*Maqāṣid / purposefulness*).³³⁷

³³⁵ Jeremy Bentham, *Teori Perundang-Undangan: Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata, dan Hukum Pidana*, (Bandung: Nuansa & Nusa Media, 2010), hlm. 17

³³⁶ E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas, dan Kepastian Hukum*, (Jakarta: Prenadamedia Grup, 2016), hlm. 159-160

³³⁷ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, (Bandung: PT Mizan Pustaka, 2015), cet.ke-1, hlm. 97

Gambaran singkat hubungan antara *Maqāṣid* dengan fitur-fitur sistem hukum Islam yang lainnya:

- 1) *Maqāṣid* berhubungan dengan watak kognitif hukum Islam, karena berbagai tawaran *Maqāṣid* merefleksikan. Pada hakikatnya, metode kognisi para fakih dalam menangkap watak dan struktur syari'at itu sendiri.
- 2) *Maqāṣid* umum hukum Islam merepresentasikan karakteristik holistik dan prinsip-prinsip umum hukum Islam
- 3) *Maqāṣid* hukum Islam memainkan peran sangat penting dalam proses ijtihad, dalam berbagai bentuknya, yaitu mekanisme yang memungkinkan sistem hukum Islam memelihara keterbukaannya
- 4) *Maqāṣid* hukum Islam dirasakan dalam sejumlah cara hierarkis yang merepresentasikan hierarki-hierarki dalam sistem hukum Islam
- 5) *Maqāṣid* menyediakan beragam dimensi yang membantu memecahkan dan memahami pertentangan-pertentangan antar teori-teori Usul Fiqh.

Auda menguatkan gambaran sistem *Maqāṣid* di atas bahwa, *Maqāṣid* sebagai prinsip mendasar dan metodologis fundamental dalam analisis berbasis sistem yang dipresentasikan. Mengingat bahwa efektifitas suatu sistem diukur berdasarkan tingkat pencapaian tujuannya, baik sistem buatan manusia maupun natural, maka efektifitas sistem hukum Islam dinilai berdasarkan tingkat pencapaian *Maqāṣid*-nya.³³⁸ Lebih menuju terhadap sistem pembaruan hukum di Indonesia khususnya Undang-Undang Pernikahan 1/1974 di Indonesia, menurut hemat peneliti akan sangat penting

³³⁸ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 98

untuk mengkaji pembaruan-pembaruan selanjutnya khususnya dalam ranah konstitusi dengan metode interpretasi dari *Maqāṣid al-Sharī'ah*.

Pandangan Auda menyatakan bahwa: “*goal seeking systems mechanically produce their outcomes following the same means, given the same environment, and do not have choice or options to change their means in order to reach the same goal. Purpose seeking systems, on the other hand, could follow a variety of means to achieve the same and or purpose*”³³⁹ (sistem pencari tujuan secara mekanis, mencapai tujuan akhirnya dengan mengikuti cara-cara yang sama, pada lingkungan yang sama dan tidak memiliki kesempatan atau pilihan untuk mengubah cara-caranya untuk meraih tujuan yang sama. Sistem pencari maksud dapat mengikuti berbagai cara untuk meraih tujuan akhir atau maksud yang sama).

Menurut Auda, realisasi *Maqāṣid* merupakan dasar penting dan fundamental bagi sistem hukum Islam. Menggali *Maqāṣid* harus dikembalikan kepada teks utama (Al-Qur'an dan Hadist), bukan pendapat pikiran atau faqih. Oleh sebab itu, perwujudan suatu tujuan menjadi tolok ukur dari validitas setiap ijtihad, tanpa menghubungkannya dengan kecenderungan atau madzhab tertentu. Tujuan penetapan hukum Islam harus dikembalikan kepada kemashlahatan masyarakat yang terdapat disekitarnya.³⁴⁰

Berikut dalil *nash* Al-Qur'an yang menurut peneliti akan menjadi tumpuan terhadap pembaruan terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan yang telah mendapat kepastian hukum dari Mahkamah Konstitusi. Berikut adalah ulasan mengenai ayat dalam suatu pemenuhan dalam perjanjian yang terdapat dalam Surat Al-Maidaah(1):

³³⁹ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 52

³⁴⁰ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 55

يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ
غَيْرِ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ۚ إِنَّ اللَّهَ تَحَكُّمٌ مَا يُرِيدُ³⁴¹

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu.

Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu, (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.”QS. Al-Maidah (1).

Ayat tersebut penjelasan mengenai suatu perjanjian, dalam hal ini kaitannya dengan pembaruan perlonggaran makna perjanjian perkawinan M. Quraish Shihab memberikan penjelasan yang terkandung dalam ayat tersebut secara umum, dan menurut peneliti penjelasan tersebut sesuai dengan nuansa kontemporer saat ini. Menurut Quraish Shihab akad (perjanjian) ada 4:³⁴²

- 1) Perjanjian dengan Allah SWT.
- 2) Perjanjian dengan sesama manusia.
- 3) Perjanjian dengan diri sendiri.
- 4) Perjanjian yang halal.

Dalam kalimat awal pada Surat Al-Maidaah “يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا”

adalah panggilan yang istimewa, dalam konteks ini diriwayatkan bahwa sahabat Nabi saw, Ibnu Mas’ud berkata: “jika anda mendengar panggilan Ilahi, “*yā ayyuhā al-ladhīna āmanū*” maka siapkanlah dengan baik

³⁴¹ Al-Qur’an Al-Karim, QS. Al-Maidah ayat (1)

³⁴² M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian Al-Qur’an*, (Jakarta: Lentera Hati, 2004), cet. III, hlm. 6

pendengaranmu karena sesungguhnya ada kebaikan yang diperintahkan dan laranganNya.³⁴³ Kebaikan yang dimaksud di atas menurut peneliti merupakan suatu hikmah yang harusnya dipahami. Maka dapat ditarik benang merah dari penjelasan di atas bahwa inilah yang menjadi tujuan dari *Maqāṣid al-Sharī'ah* yaitu tercapainya suatu hikmah yang dapat diambil.

Peneliti akhirnya menyadari bahwa analisis yang disampaikan di atas secara keilmuan dalam Islam sangatlah kurang sempurna karena harus terdapatnya integrasi beberapa keilmuan mengenai istinbat hukum khususnya dalam hukum Islam. Namun, di sisi lain menurut peneliti secara kontemporer pembaruan terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan yang timbul dari putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi secara undang-undang yang harus dipatuhi oleh seluruh masyarakat Indonesia yang notabene beragama Islam tentu memperbaruinya sebuah perjanjian perkawinan perspektif ke-Islaman.

Sebenarnya Jasser Auda sendiri telah mendeklarasikan konsep *Maqāṣid al-Sharī'ah* kontemporer secara terminologi. Meskipun terdapat penolakan beberapa fakih terhadap ide kontemporerisasi terminologi *Maqāṣid*.³⁴⁴ Berikut akan di contohkan oleh Jasser Auda dari area *daruriyatnya*.

Auda mencontohkan dari kontribusi Ibn Asyur sebagai bagian dari reinterpretasi teori *hifzun nasli*, yaitu membuka pintu bagi para cendekiawan kontemporer untuk mengembangkan teori *Maqāṣid* dalam pelbagai cara yang

³⁴³ M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian Al-Qur'an*, hlm. 7

³⁴⁴ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, (London: The International Institute Of Islamic Thought, 2007), hlm. 22

baru. Yaitu konsep nilai dan sistem menurut terminologi Ibn Asyur. Tetapi dari beberapa cendekiawan kontemporer menolak ide memasukkan konsep-konsep baru, seperti keadilan dan kebebasan ke dalam *Maqāṣid*.³⁴⁵

Sama halnya dengan perlindungan kehormatan (*hifdzul 'irdi*) dan perlindungan jiwa (*hifdzun nafsi*) yang posisinya pada tingkat keniscayaan menurut terminologi al-Ghazali dan al-Syatibi. Namun akhir-akhir ini ungkapan perlindungan kehormatan dalam hukum Islam secara berangsur-angsur diganti oleh perlindungan harkat dan martabat manusia, diganti oleh perlindungan hak-hak asasi manusia sebagai *Maqāṣid* dalam hukum Islam.³⁴⁶ Hal tersebut mendapat respon dari beberapa Komisi Hak Asasi Manusia PBB (UNHCR) yang meyakini bahwa Deklarasi Islam mengenai Hak Asasi Manusia menambah dimensi-dimensi positif baru pada hak-hak asasi manusia versi Islam dihubungkan dengan sumber wahyu sehingga menambah motivasi moral baru untuk menaati hak-hak asasi manusia versi Islam.³⁴⁷

Itulah beberapa contoh yang dikemukakan oleh Jasser Auda terkait konsep *Maqāṣid* kontemporer. Selain itu yang tidak kalah pentingnya terkait perkembangan metodologi *Maqāṣid* terhadap kemaslahatan publik, Jasser Auda menyarankan bahwasanya “*I suggest human development to be a prime expression of Mashlahah (public interest) in our time, which Maqāṣid al-Sharī'ah should aim to realise through the Islamic Law. Thus, the realisation*

³⁴⁵ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 22

³⁴⁶ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 23. Lihat Yusuf Al-Qardawi, *Madkhal li Darasah al- Syariah al-Islamiyah* (Kairo: Wahba, 1997), hlm. 101

³⁴⁷ Jasser Auda, *Maqosid Al-Shariah As Philosophy Of Islamic Law: A Sistem Approach*, hlm. 24. Lihat UNHCR, *Specific Human Rights Issus* (Juli 2003). Tersedia [http://unhcr.cah/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.C.N.4.Sub.2.2003.NGO.15.En](http://unhcr.cah/huridoca.nsf/(Symbol)/E.C.N.4.Sub.2.2003.NGO.15.En)

*of this Maqāṣid al-Sharī'ah could be empirically measured via the UN human development targets, according to current scientific standart. Similiar to the area of human rights, the area of human development requires more research from a Maqāṣid perspective".*³⁴⁸

("saya menyarankan pembangunan SDM agar menjadi salah satu tema utama dalam kemashlahatan publik, pada zaman kita sekarang. Kemaslahatan publik pengembangan SDM seharusnya menjadi salah satu tujuan pokok *Maqāṣid al-Sharī'ah*, yang direalisasikan melalui hukum Islam. dengan mengadopsi konsep pengembangan SDM, realisasi *Maqāṣid* dapat diukur secara empiris dengan mengambil manfaat dari target-target pembangunan SDM versi PBB, sesuai dengan standar ilmiah saat ini dan dirujukkan kepada *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang lain. Sama halnya dengan area-area hak asasi manusia, area SDM ini juga membutuhkan penelitian lebih banyak dari perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah*").³⁴⁹

Maqāṣid al-Sharī'ah yang berkembang di dalam hukum perkawinan Islam adalah *Maqāṣid* yang berbasis ke-Indonesiaan, dan kemodernan yaitu tentang hak asasi manusia, dalam kaitannya dengan putusan MK No 69/PUU-XIII/2015 bahwa dengan terjaminnya mulai hak konstitusional masyarakat hingga persamaan haknya telah dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi lewat putusan tersebut. Dengan demikian salah satu tujuan dari *Maqāṣid al-Sharī'ah* sudah terealisasi.

Hal tersebut juga dipertegas dengan konsep keilmuan yang kuntowijoyo kembangkan berupa ilmu sosial profetik, serta yang menjadi tiga pilar yaitu transendensi, humanisasi, dan liberalisasi. Atau dengan analisis

³⁴⁸ Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 25

³⁴⁹ Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqosid Syariah Pendekatan Sistem*, hlm. 60

Nur Cholis Majid pandangan mengenai *Maqāṣid al-Sharī'ah*.³⁵⁰ Hal tersebut juga senada dengan jargon ulama' klasik *Al muahafadhotu ala qadim as shalih wal akhzu bi al jadid aslah* (memelihara yang lama namun baik, dan mengambil yang baru yang lebih baik) terkait kaidah ini Amin Abdulloh mengartikan sebagai prinsip *tradition and translation*.³⁵¹

Salah satu kajian tentang *Maqāṣid al-Sharī'ah* yang perlu ditelaah misalnya teori *Maqāṣid al-Sharī'ah* Thahir Ibn Asyur. Menurutnya *Maqāṣid al-Sharī'ah* tidak hanya difahami sebagai prinsip dalam penemuan hukum, tetapi telah mengalami evolusi menjadi pendekatan dalam ijtihad. Tegasnya menurut Ibn Asyur bahwa pendekatan dalil-dalil *lafziyah* (*Linguistic approach*) tidak cukup menemukan hukum Islam, melainkan dilengkapi dengan pendekatan kausatif dan pendekatan teleologis.³⁵²

Di samping itu, *Maqāṣid al-Sharī'ah* tidak lagi berkutat pada lima aspek dasar kebutuhan manusia sebagaimana asy-Syatibi, melainkan juga nilai-nilai universal seperti toleransi, *justice*, *equality*, demokrasi dan HAM.³⁵³ Di sinilah dapat ditarik kesimpulan awal bahwa spirit hukum progresif dengan *Maqāṣid al-Sharī'ah* di mana keduanya sama-sama memperjuangkan cita-cita hukum yakni keadilan.

³⁵⁰ NurCholis Majid, *Islam Kemodernan dan KeIndonesiaan*. (Bandung: Mizan, 1987)

³⁵¹ Amin Abdullah, *Mempertautkan Ulum Ad-Din*, Al-Fikr al-Islami dan Dirasah Islamiyah (Workshop Pembelajaran Inovatif berbasis Interkoneksi, Yogyakarta, 19 Desember 2008), hlm. 55

³⁵² Thahir Ibn Asyur, *Maqasid al-Shari'ah al-Islamiyah* (Kairo: Dar Salam, 2005), hlm. 20

³⁵³ Thahir Ibn Asyur, *Maqasid al-Shari'ah al-Islamiyah*, hlm. 20, Al-Quran sebagai sumber syariah ditujukan untuk memperbaiki kondisi kehidupan manusia (*to reform human condition*). Islam tidak merusak peradaban manusia, moral, dan kebiasaan mereka, melainkan untuk menciptakan peradaban baru dengan moralitas dan budaya baru (*new civilization with new morals and costumes*), Islam selalu berorientasi untuk terciptanya kemaslahatan manusia (*making human welfare*). Abu Amenah Bilal Philips, *The Evolution of Fiqh*, (Riyadl: International Islamic Publishing House), hlm. 24

Hukum progresif menurut Satjipto berpegang pada paradigma “hukum untuk manusia” hukum itu memandu dan melayani masyarakat. Namun sekali lagi dan harus diwaspadai bahwa keleluasaan produk hukum progresif, improvisasi terhadap produk hukum perlu diantisipasi. Penafsiran itu dilakukan hanyalah sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga kebutuhan manusia.³⁵⁴

Jadi, hukum progresif dan *Maqāṣid al-Sharī'ah* memiliki prioritas yang sejalan dalam hal cara pandang atau paradigma ke dalam tujuan-tujuan hukum untuk terciptanya masyarakat yang sejahtera. Asas legalitas tetap menjadi acuan tetapi tidak harus bertentangan dengan asas keadilan, ketika keduanya bertentangan maka *legal purposes* (keadilan) menjadi fokus utama dalam konteks ke Indonesiaan.

Oleh sebab itu, perlu adanya rumusan tentang konsep keadilan progresif. Rumusan tersebut dapat dimulai dari mengenali sisi kebalikannya, yaitu keadilan yang tidak progresif, maksudnya adalah sebagai akibat dari hukum modern yang memberikan perhatian besar terhadap aspek prosedur atau pada substansi. Antara keadilan prosedural atau keadilan substansif.³⁵⁵

Keadilan prosedural lebih diproyeksikan terhadap hukum acara di pengadilan. Indonesia sebagai negara yang pluralis yang berlandaskan Bhineka Tunggal Ika membutuhkan keadilan yang substansif, menurut Satjipto, keadilan yang substansif dapat menjadi dasar dari negara hukum kita, karena itu prospek yang sangat baik untuk membahagiakan bangsa.

³⁵⁴ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 266-267

³⁵⁵ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 273

Negara Indonesia seharusnya menjadi negara yang membahagiakan rakyatnya melalui realisasi dari keadilan yang progresif yang tidak lain adalah keadilan substansif itu sendiri.³⁵⁶

Untuk itu penting mengetahui tujuan dari hukum itu sendiri, hukum itu bertujuan menjamin adanya kepastian hukum dalam masyarakat dan hukum itu harus pula bersendikan pada keadilan, yaitu asas-asas keadilan dari masyarakat itu sendiri. Berkaitan dengan keadilan, Aristoteles juga menyampaikan dua macam keadilan. Yaitu keadilan distributif, artinya keadilan yang memberikan kepada setiap orang jatah atas jasanya atau haknya. Sedangkan keadilan komunikatif merupakan keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak mengingat jasa-jasa perorangan.³⁵⁷ Hal ini dapat dijadikan pembanding terhadap pemaknaan keadilan di Indonesia.

2. Perkembangan Pasca Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Dalam Nilai *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Pasca putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 terkait perlonggaran makna perjanjian perkawinan sangat perlu ditelaah, karena suatu pembaruan hukum perlu adanya evaluasi dan efektivitas sehingga mencapai tujuan daripada hukum itu sendiri yaitu untuk melayani masyarakat.

Hukum progresif menurut Satjipto berpegang pada paradigma “hukum untuk manusia” hukum itu memandu dan melayani masyarakat.

³⁵⁶ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 274

³⁵⁷ Isrok, *Masalah Hukum Jangan Dianggap Sepele: Menyoal The Devils Is In The Detail Sebagai Konsep Teor*, hlm. 59-60

Namun sekali lagi dan harus diwaspadai bahwa keleluasaan produk hukum progresif, improvisasi terhadap produk hukum perlu diantisipasi. Penafsiran itu dilakukan hanyalah sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga kebutuhan manusia.³⁵⁸

Satjipto Raharjo menulis, kita seperti dibangun oleh kesadaran bahwa kelahiran hukum modern bukanlah segalanya, tetapi alat untuk meraih tujuan lebih jauh. Tujuan lebih jauh itu adalah “kesejahteraan dan kebahagiaan masyarakat”. Masyarakat kurang bahagia bila hukum hanya melindungi dan memberi keleluasaan kepada individu dan tidak memperhatikan kebahagiaan masyarakat.³⁵⁹ Oleh sebab itu, penting meninjau mengenai pembaruan hukum meskipun sifatnya hanya parsial dalam Perundang-undangan pasca putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi.

Sebelumnya perlu diketahui mengenai sifat dari sebuah putusan Mahkamah Konstitusi tersebut. Hal ini dapat dilihat dari amar dan akibat hukumnya, putusan dapat dibedakan menjadi tiga yaitu:³⁶⁰

a) *Declaratoir*

Maksud putusan ini adalah putusan hakim yang menyatakan apa yang menjadi hukum. Contohnya, saat hakim memutuskan pihak yang memiliki hak atas suatu benda atau menyatakan suatu perbuatan sebagai perbuatan melawan hukum.

³⁵⁸ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 266-267

³⁵⁹ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, hlm. 10-11

³⁶⁰ Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Sekretaris Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010), hlm. 55

b) *Constitutief*

Putusan yang meniadakan suatu keadaan hukum dan atau menciptakan suatu keadaan hukum baru.

c) *condemnatoir*

putusan yang berisi penghukuman tergugat atau termohon untuk membayar sejumlah uang ganti rugi.

Menurut peneliti, Putusan Mk No. 69/PUU-XIII/2015 termasuk putusan *declaratoir* dan *constitutief*. karena dalam putusan tersebut berisi pernyataan tentang apa yang menjadi hukumnya dan sekaligus meniadakan keadaan hukum, hal ini dapat dilihat dalam legal standing pemohon dan pertimbangan hakim. Serta menciptakan suatu keadaan hukum baru, hal ini dapat dilihat dalam amar putusan tersebut. Bahwa pembuatan perjanjian perkawinan dapat di buat selama dalam ikatan perkawinan, yang mana sebelumnya hanya mengatur perjanjian perkawinan dapat dibuat sebelum atau pada saat perkawinan berlangsung.

Putusan MK tersebut memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum.³⁶¹ Hal ini merupakan konsekuensi dari sifat putusan MK yang ditentukan oleh UUD 1945 sebagai final. Dengan demikian, MK merupakan peradilan pertama dan terakhir yang terhadap putusannya tidak dapat dilakukan upaya hukum. Setelah putusan

³⁶¹ Pasal 47 UU No. 24 Tahun 2003

dibacakan, MK wajib mengirimkan salinan putusan kepada para pihak dalam jangka waktu paling lambat 7 hari kerja sejak putusan diucapkan.³⁶²

Pasal 56 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi mengatur tiga jenis amar putusan, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak.³⁶³ Melihat putusan pada Nomor 69/PUU-XIII/2015 maka putusan tersebut dinyatakan dikabulkan dalam amar putusannya. Pasal 56 ayat (2) UU No 24 Tahun 2003 Tentang MK, diatur tentang amar putusan yang menyatakan permohonan dikabulkan, yaitu:

“Dalam hal Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa permohonan berdasar, amar putusan menyatakan permohonan dikabulkan.”

Dalam perkembangannya, terdapat beberapa amar putusan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:³⁶⁴

a) Konstitusional bersyarat

Gagasan konstitusional bersyarat muncul saat permohonan pengujian UU Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air. Dalam pasal 56 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang MK diatur tiga jenis amar putusan, yaitu permohonan tidak diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak. Jika hanya berdasarkan pada tiga jenis putusan tersebut akan sulit untuk menguji UU di mana sebuah UU seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang sangat umum itu

³⁶² Pasal 49 UU No. 24 Tahun 2003

³⁶³ Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 136, Lihat Pasal 56 UU Tentang Mahkamah Konstitusi Tahun 2003

³⁶⁴ Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 138-147

belum diketahui apakah dalam pelaksanaannya akan bertentangan dengan UUD atau tidak. Berkaitan dengan hal tersebut Hakim konstitusi Harjono mengemukakan, bahwa:³⁶⁵

“Oleh karena itu, kita mengkreasi dengan mengajukan sebuah persyaratan: jika sebuah ketentuan yang rumusannya bersifat umum di kemudian hari dilaksanakan dalam bentuk A, maka pelaksanaan A itu tidak bertentangan dengan konstitusi. Akan tetapi, jika berangkat dari perumusan yang umum tersebut kemudian bentuk pelaksanaannya kemudian B, maka B akan bertentangan dengan konstitusi. Dengan demikian, ia bisa diuji kembali.

Yang menjadi masalah adalah ketika dipersoalkan bahwa belum ada peraturan pelaksanaan yang menjadi turunan dibawahnya. Katakanlah Peraturan Pemerintah (PP)nya belum ada. Tentu MK tidak bisa mengatakan bahwa putusannya menunggu Ppnya terbit. Jika menunggu Ppnya terbit maka yang diuji adalah Ppnya bukan undang-undangnya. Oleh karena, putusan itu kemudian mulai mengintrodusir konstitusional bersyarat. Kalau undang-undang nanti diterapkan seperti A, ia bersifat konstitusional, namun jika diterapkan dalam bentuk B, ia akan bertentangan dengan konstitusi.³⁶⁶

Melihat putusan Mahkamah Konstitusi nomor 69/PUU-XIII/2015, tidak terdapat konstitusional secara bersyarat. Untuk itu perlu adanya peraturan pelaksana yang menjadi turunan di bawahnya atas pembuatan perjanjian perkawinan dengan pasal 29 yang telah diperlonggar cakupannya. Namun bukan menjadi wilayah kewenangan MK ketika peraturan yang sifatnya turunan tersebut. Maka, yang berwenang mengaturnya adalah

³⁶⁵ Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 142,

³⁶⁶ Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 143

pegawai pencatatan perkawinan atau sekarang dapat oleh konotariatan yang sesuai dengan perundang-undangan.

b) Tidak konstitusional Bersyarat

Selain putusan konstitusional bersyarat, dalam perkembangan putusan juga terdapat putusan Mahkamah Konstitusi yang merupakan putusan tidak konstitusional bersyarat. Pada dasarnya, sebagaimana argumentasi dari diputuskannya putusan konstitusional bersyarat, putusan tidak konstitusional bersyarat juga disebabkan karena jika hanya berdasarkan pada amar putusan yang diatur dalam pasal 56 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yaitu permohonan tidak dapat diterima, permohonan dikabulkan, dan permohonan ditolak.³⁶⁷

Maka akan sulit untuk menguji UU di mana sebuah UU seringkali mempunyai sifat yang dirumuskan secara umum, padahal dalam rumusan yang sangat umum itu belum diketahui dalam pelaksanaannya akan bertentangan dengan UUD atau tidak. Contohnya: Putusan No. 101/PUU-VII/2009 perihal Pengujian UU No 18 Tahun 2003 tentang Advokat terhadap UUD Negara RI Tahun 1945. Dalam konklusi putusan, dinyatakan bahwa: “Pasal 4 ayat (1) UU Advokat adalah tidak konstitusional bersyarat sepanjang tidak dipenuhi syarat-syarat sebagaimana disebutkan dalam Amar Putusan ini.”³⁶⁸ Kaitanya dengan Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015, maka tidak terdapat adanya putusan tidak konstitusional bersyarat (*Conditionally Unconstitutional*).

³⁶⁷ Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 143

³⁶⁸ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Pengujian UU Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat terhadap UUD Negara RI Tahun 1945, No. 101/PUU-VII/2009, hlm. 36

c) Penundaan Keberlakuan Putusan

Mengenai penundaan tentu adanya suatu akibat hukum tertentu yang mengharuskan suatu putusan harus ditunda keberlakuannya oleh Mahkamah Konstitusi. Berikut salah satu contohnya, yaitu pada Putusan Perkara No. 016/PUU-IV/2006 perihal Pengujian UU No 30 tahun 2002 tentang KPK terhadap UUD RI Tahun 1945. Pembatasan akibat hukumnya berupa penangguhan tidak mengikatnya pasal 53 UU KPK yang telah dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 sedemikian rupa dengan memberi waktu yang cukup bagi pembentuk UU untuk melakukan perbaikan agar sesuai dengan UUD 1945 dan sekaligus dimaksudkan agar pembentuk UU secara keseluruhan memperkuat dasar-dasar konstitusional yang diperlukan bagi keberadaan KPK dan upaya pemberantasan tindak pidana korupsi.³⁶⁹

Dalam amar putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015 tidak memberlakukan pembatasan akibat hukumnya, namun mulai pemberlakuan perjanjian perkawinan. Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 29 ayat (3) UU Perkawinan 1/1974 pada frasa: “Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian perkawinan”. Menanggapi bagian amar putusan tersebut, berarti Mahkamah Konstitusi melindungi suatu akibat hukum terhadap harta benda atau harta peninggalan, dan selebihnya mengenai mulainya perjanjian tersebut telah diberikan kebebasan terhadap suami istri. Jadi, amar putusan tersebut bukanlah pembatasan suatu akibat hukum dalam putusannya.

³⁶⁹ Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, hlm. 145

d) Perumusan Norma dalam Putusan

Maksud dari perumusan norma di sini adalah terdapat perbedaan antara norma yang lama dan baru dalam suatu UU, yang kemudian dalam putusan Mahkamah Konstitusi terdapat perubahan norma atau suatu norma baru yang sesuai dengan UUD 1945. Norma baru yang terdapat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015, menurut peneliti dengan adanya norma yang telah diperbarui dalam diktum putusan tersebut, berarti hal inilah yang disebut Jasser Auda dalam salah satu tujuan dari *Maqāṣid al-Sharī'ah* kontemporer yaitu *human developmen*, artinya pemberdayaan manusia.

Maka lewat pembaruan norma yang terdapat dalam diktum putusan tersebut, telah menjawab dari maksud (*human development*) pemberdayaan manusia. Kaitannya dengan suatu perundang-undangan maka peneliti artikan bahwa hal tersebut adalah sebuah pemberdayaan hukum untuk manusia (*The Law Development of Human*). Berikut norma baru yang terdapat dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015.

i. Perjanjian Perkawinan Dapat Dibuat Setelah Perkawinan Dilaksanakan

Norma sebelumnya menyatakan bahwa perjanjian perkawinan hanya dibuat sebelum atau paling lambat pada saat perkawinan berlangsung. Bahkan KUHPerdara secara tegas mengatur perjanjian perkawinan hanya dapat dibuat sebelum perkawinan berlangsung. Namun dengan adanya putusan tersebut yang merupakan putusan hukum yang harus dilaksanakan dengan segala konsekuensinya.

Dengan begitu WNI yang melakukan perkawinan dengan WNA namun mengalami kealpaan untuk membuat suatu perjanjian pisah harta sehingga kesulitan karena tidak dapat memiliki tanah atau bangunan di Indonesia sekarang sudah ada solusi untuk menyelesaikan problem tersebut.

ii. Pengesahan Perjanjian Perkawinan Dapat Dibuat Di Kenotariatan

Dalam amar putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan 1/1974 “.... atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian perkawinan tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”.³⁷⁰

Berdasarkan bunyi dalam amar putusan atas pasal tersebut, pengesahan perjanjian perkawinan selain dapat dilakukan oleh pegawai pencatat perkawinan, kini juga dapat dilakukan oleh Notaris. Ini merupakan kewenangan baru oleh MK terkait pengesahan perjanjian perkawinan. Namun supaya memiliki kekuatan mengikat kepada pihak ketiga tetap didaftarkan kepada pegawai pencatat nikah atau Dispendukcapil.

Informasi yang *up to date* mengenai pembuatan perjanjian perkawinan, dapat dilihat dan dipahami dalam Surat Edaran Direktur Jendral Kependudukan dan Catatan Sipil Departemen Dalam Negeri Nomor 472.2/5876/DUKCAPIL tanggal 19 Mei 2017. Surat edaran ini ditujukan kepada semua kepala dinas kependudukan dan catatan sipil kabupaten/kota di seluruh Indonesia, aturan yang terdapat di dalamnya yaitu mengenai Dukcapil

³⁷⁰ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 156

sebagai instansi pelaksana atau Unit Pelaksana Teknis di mana akan dibuat catatan pinggir pada register akta dan kutipan akta perkawinan, sedangkan atas akta perkawinan yang diterbitkan oleh negara lain namun perjanjian perkawinannya dibuat di Indonesia, pelaporannya dibuat dalam bentuk surat keterangan.

iii. Dapat Berlaku Efektif Terhitung Sejak Tanggal Perjanjian Perkawinan

Perjanjian perkawinan dapat berlaku efektif sejak tanggal perjanjian perkawinan dibuat, hal ini disebabkan pemberlakuan perjanjian perkawinan itu secara surut dapat menimbulkan permasalahan baru mengenai kepastian hukum atas harta bersama yang diperoleh antara rentang waktu tanggal perkawinan samapai dengan tanggal perjanjian perkawinan. Sebaliknya ketika dibuat berlaku sejak perkawinan, maka akan menimbulkan ketidakpastian hukum.

iv. Perjanjian Perkawinan Dapat Dicabut

Menurut peneliti, dengan adanya norma hukum ini tujuannya adalah menjamin kepastian hukum atas harta benda yang diperoleh selama ikatan perkawinan, jangan sampai muncul sengketa mengenai perbedaan antara mana yang termasuk harta bersama dan yang bukan.

Sebagaimana dalam amar Putusan Nomor 69/PUU-XIII/2015 atas pasal 29 ayat (4) bahwa “Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan

untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”.³⁷¹

Mencermati dari pasal tersebut, pengaturan bahwa perjanjian perkawinan boleh dicabut dan perjanjian perkawinan dapat dibuat setelah perkawinan, menimbulkan potensi adanya siklus perjanjian perkawinan yang dibuat lalu dicabut lalu dibuat lagi dan seterusnya. Mengenai kepastian hukum yang coba dijamin pada pengaturan sebelumnya dalam UU Perkawinan dan KUHPerdara menjadi tidak tercapai.

³⁷¹ Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015. Hlm. 157

Analisis di atas merupakan hasil dari perkembangan pasca putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015, sehingga poin dalam realisasi *Maqāṣid* merupakan dasar penting bagi suatu perkembangan putusan. Menggali *Maqāṣid* harus dikembalikan kepada teks utama (Al-Qur'an dan Hadist), bukan pendapat pikiran atau faqih. Oleh sebab itu, perwujudan tujuan menjadi tolok ukur dari validitas setiap ijtihad, tanpa menghubungkannya dengan kecenderungan atau madzhab tertentu. Tujuan penetapan hukum Islam harus dikembalikan kepada kemashlahatan masyarakat yang terdapat disekitarnya.³⁷²

Berikut dalil *nash* Al-Qur'an yang menurut peneliti akan menjadi tumpuan terhadap pembaruan terhadap perlonggaran makna perjanjian perkawinan. Berikut adalah ayat dalam suatu perjanjian yang harus dipenuhi terdapat dalam Surat Al-Maidaah(1):

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْمَاتُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ
غَيْرِ مُحْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ³⁷³

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu, (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.”

³⁷² Jasser Auda, *Maqosid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law: a Sistem Approach*, hlm. 55

³⁷³ Al-Qur'an Al-Karim, QS. Al-Maidah ayat (1)

BAB VI

PENUTUP

1. Simpulan

A. Implikasi Hukum Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

- 1) Jaminan Hak Secara Konstitusional Terhadap Perjanjian Perkawinan Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Secara analisis, fitur yang ditawarkan oleh Jasser Auda yaitu fitur kebermaksudan yang mana fitur tersebut dapat menjangkau seluruh fitur yang dapat dijadikan bahan analisis, maka pentingnya sebuah realisasi untuk keberlangsungan *Maqāṣid* serta tercapainya nilai atas hak asasi manusia. Menurut peneliti, *Maqāṣid* yang terdapat dalam putusan MK tersebut salah satunya adalah dijaminan hak secara konstitusional, di mana hak masyarakat untuk membuat perjanjian perkawinan sudah direalisasikan. Oleh sebab itu, realisasi atas jaminan hak secara konstitusional telah tertuang dalam pasal 29 ayat (1), (3), dan (4) UU Perkawinan 1/1974 yang telah diperbarui, maka Mahkamah Konstitusi telah memperbarui sebuah sistem dalam hukum perkawinan khususnya perlonggaran terhadap perjanjian perkawinan di Indonesia.

2) Perlindungan Harta Bersama Pasca Putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015
 Perspektif *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Penemuan *Maqāṣid* yang terdapat dalam perlonggaran perjanjian perkawinan khususnya perkawinan campuran, mengenai perlindungan harta bersama pasca putusan MK No. 69/PUU-XIII/2015, yaitu dengan disandarkannya atas pasal 35, pasal 36 dan pasal 37 UU Perkawinan 1/1974. Dengan demikian, regulasi-regulasi mengenai perlindungan terhadap harta bersama, tentunya harus direalisasikan terhadap perundang-undangan yang berkaitan dengan perjanjian perkawinan, karena sebagai upaya dalam memenuhi kebutuhan masyarakat yang semakin berkembang. Hal ini merupakan tujuan *Maqāṣid* dengan nilai pemberdayaan secara hukum, dan sebagai pembaruan hukum tentu berpijak dari suatu asumsi bahwa hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia menuju kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia.

B. Analisis Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015 Perspektif Nilai *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

a) Menuju sebuah interpretasi nilai *Maqāṣid al-Sharī'ah* dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

Hukum progresif dan *Maqāṣid al-Sharī'ah* memiliki prioritas dalam hal cara pandang atau paradigma ke dalam tujuan-tujuan hukum untuk terciptanya masyarakat yang sejahtera. Asas legalitas tetap menjadi acuan tetapi tidak harus bertentangan dengan asas keadilan. Di sinilah dapat ditarik kesimpulan, bahwa spirit hukum progresif dengan *Maqāṣid al-Sharī'ah* di mana keduanya sama-sama memperjuangkan cita-cita hukum yakni keadilan.

Berikut keadilan yang dimaksud untuk menuju demokrasi, diantaranya prinsip keadilan, prinsip kesetaraan dan persamaan hak masyarakat demokratis, dan prinsip kebebasan dan kemerdekaan.

- b) Perkembangan Putusan Mahkamah Konstitusi Pasca *Judicial Review* No. 69/PUU-XIII/2015 Dalam Nilai *Maqāṣid al-Sharī'ah* Jasser Auda

Norma baru yang terdapat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015, menurut peneliti dengan adanya norma yang telah diperbarui dalam diktum putusan tersebut, berarti hal inilah yang disebut Jasser Auda dalam salah satu tujuan dari *Maqāṣid al-Sharī'ah* kontemporer yaitu *human development*, artinya pemberdayaan manusia.

Melalui pembaruan norma yang terdapat dalam diktum putusan tersebut, telah menjawab dari maksud (*human development*) pemberdayaan manusia. Kaitannya dengan suatu perundang-undangan, maka peneliti artikan bahwa hal tersebut adalah sebuah pemberdayaan hukum untuk manusia (*The Law Development of Human*).

Pentingnya dalam perkembangan sebuah putusan adalah terdapatnya norma baru yang termuat dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015. Diantaranya:

- i. Perjanjian Perkawinan Dapat Dibuat Setelah Perkawinan Dilaksanakan
- ii. Pengesahan Perjanjian Perkawinan Dapat Dibuat Di Kenotariatan
- iii. Dapat Berlaku Efektif Terhitung Sejak Tanggal Perjanjian Perkawinan
- iv. Perjanjian Perkawinan Dapat Dicabut

2. Saran

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengawal konstitusi negara, meskipun memiliki wewenang atas perubahan atau terobosan yang dianggap penting dan sesuai dengan kebutuhan masyarakat terkait konstitusi, maka perlu adanya realisasi pada hukum acara MK, yaitu sebuah pendekatan berupa metode interpretasi *Maqāṣid al-Sharī'ah* sebagai konsep baru menuju konstitusional yang *religius* sesuai dengan nilai Pancasila pertama, bahkan kontribusi dalam sebuah putusan yang memiliki kekuatan hukum tetap, di samping juga terdapat beberapa metode interpretasi yang telah dijadikan acuan, misalnya interpretasi hakim secara bebas.

Secara hukum Islam, hal mengenai pembaruan atau perluasan perjanjian perkawinan dalam pasal 29 UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwasanya posisi peneliti belum sampai menakar status hukum fikihnya. Karena fokus peneliti hanya mengenai pembaruan hukum keluarga yang berupa pondasi menuju konstitusional yang *religius*. Harapannya, secara akademis dapat lebih disempurnakan lagi dalam hal status hukum fikihnya secara holistik.

DAFTAR PUSTAKA

Al-Qur'an Al-Karim

Abdullah, Amin. *Mempertautkan Ulum Ad-Din, Al-Fikr Al-Islami dan Dirasah Islamiyah, Workshop Pembelajaran Inovatif berbasis Interkoneksi*, Yogyakarta, 19 Desember 2008.

Ahmad, Beni. *Metode Penelitian Hukum*, Bandung: CV. Pustaka Setia, 2008.

Al-Bukhari, Al-Imam Abu Abdillah Muhammad bin Ismail. *Shahih al-Bukhari*. Bairut Lebanon: Dar al-kutub al-Ilmiyah, 1992. No. Hadis 3810.

Al-Ghazali, Abu Hamid. *Al-Mustashfa min 'Ilm al-Ushul*, Bairut: Syirkan al-Thiba' al-Fannaniyah al-Muttahidah, 1971.

Al-Hambali, Zainuddin. *Jami' al-'Ulum wa al-Hukm fi al-Syarh Khamsin Haditsa min Jawami' al-Kalim*, Bairut: Dar al-Fikr, tt.

Ali al-Syaukani, Muhammad bin. *Irsyadul Fukhul ila Tahqiqil Haq'i min 'Ilmi Ushul*, Lebanon: Dar al-Fiqr, 1412 H.

Al-Qardawi, Yusuf. *Madkhal li Darasah al-Syariah al-Islamiyah*, Kairo: Wahba, 1997.

Al-Syatibi, Abu Ishaq. *al-Muafaqat fi Usul al-Syari'ah*, Beirut: Dar al-ma'rifah, tt, Juz II.

Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia; Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, Jakarta: Kencana, 2006, Cet.1.

Andika, Windy. *Pengesahan Perjanjian Kawin dan Akibat Hukumnya di Kota Padang*, Tesis UGM Yogyakarta, 2009.

Ash-Shiddiqie, Hasbi. *Pedoman Rumah Tangga*, Medan: Pustaka Maju, 1971.

Asshiddiqie, Jimly. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, cet. Ke-1.

- _____. *Perihal Undang-Undang*, Jakarta: Rajawali Pers Devisi Buku Perguruan Tinggi, PT Raja Grafindo, 2010.
- _____. *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konpress, 2005.
- _____. *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2010.
- Asyur, Thahir Ibn. *Maqasid al-Shari'ah al-Islamiyah*, Kairo: Dar Salam, 2005
- Auda, Jasser. *Fiqh al-Maqasid: Inatat al-Ahkam al-Shariyyah bi Maqasidiha*, London: The International Institut of Islamic Thought (IIIT), 2007.
- _____. *Maqosid Syari'ah as Philoshopy of Islamic Law a Sistem Approach*, London: International Institut of Islamic Tought, 2007.
- _____. *Maqosid Syari'ah Dalil al-Mubtadi'in*, USA: The International Institute of Islamic Thought, 2011.
- _____. *Membumikan Hukum Islam (Pendekatan Sistem)*, terj. Rosidin dan 'Ali 'Abd el Mun'im, Bandung: PT. Mizan Pustaka, 2015, cet.1.
- Az-Zahabi, Muhammad Husein. *at-Tafsir wa al-Mufasssirin*, Cairo: Maktabah Wahbah, t.t.
- Basuki, Zulfa Djoko. *Hukum Perkawinan Di Indonesia*, Jakarta: Badan Penerbit Fakulatas Hukum Universitas Indonesia, 2010.
- Bentham, Jeremy. *Teori Perundang-Undangan: Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata, dan Hukum Pidana*, Bandung: Nuansa & Nusa Media, 2010.
- Bilal Philips, Abu Amenah. *The Evolution of Fiqh*, Riyadl: International Islamic Publishing House.
- Budiawan, Afiq. *Perjanjian Perkawinan (Studi Pandangan Ulama Kota Malang)*, Tesis Pascasarjana UIN Malang, 2012
- Bungin, Burhan. *Metodologi Penelitian Kualitatif: Aktualisasi Metodologi Ke Arah Ragam Varian Kontemporer*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007.

- Damanhuri, HR. *Segi-segi Hukum Perjanjian Perkawinan Terhadap Harta Bersama*, Bandung: Mandar Maju, 2007.
- Daradjat, Zakiah. *Ilmu Fiqh*, Yogyakarta: Dana Bhakti Wakaf, 1995, Jilid 2.
- Departemen Agama RI, *Terjemah Kitab Suci Al-Qur'an*, Jakarta: PT. Bumi Restu, tt.
- Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Ikhtisar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka 2005, Cet ke-3.
- Faiz, Fakhruddin. *Hermeneutika Al-Qur'an*, Yogyakarta: al-Qur'an, 2002.
- Fanani, Ahmad Zainal. *Hermeneutika Hukum Sebagai Metode Penemuan Hukum dalam Putusan Hakim*, Varia Peradilan, XXV, No. 297, 2010.
- Fudge, Bruce. *Qur'anic Exegeis In Medieval Islam and Modern Orientalism*, Leiden: Koninklijke Brill, 2006.
- Ghozali, Abdul Rahman. *Fiqh Munakahat*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2014.
- Goesniadhie, Kusnu. *Harmonisasi Sistem Hukum: Mewujudkan Tata Pemerintahan yang Baik*,. Malang: Nasa Media, 2010.
- Hadikusuma, Hilman. *Hukum Perkawinan Adat*, Bandung: penerbit Alumni, 1982
- Hakim, M. Lukman. *Deklarasi Islam Tentang HAM*, Surabaya: Risalah Gusti, 1993.
- Haq, Abdul. Et. al., *Formulasi Nalar Fiqh: Telaah Kaidah Fiqh Konseptual* (Buku Satu), Surabaya: Khalista, 2006.
- Herawati, Fitria. *Perlindungan Hukum Bagi Pihak Ketiga dalam Terjadinya Pembatalan Perjanjian Perkawinan*, Tesis, Universitas Brawijaya Malang.
- HS, Salim dan Erlis Septiana Nurbani. *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2016, cet. Ke-4.

- _____. *Perbandingan Hukum Perdata, Comparative Civil Law*), Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2014.
- Ibn 'Asr, Muhammad al-Thahir. *Maqosid al-Syari'ah al-Islamiyah* Cairo: Dar al-Salam, 2012, cet. Ke-5.
- Isrok, *Percikan Pemikiran Hukum, (Dari forum Doktor Kepada Almamater Fakultas Hukum UB)*, Malang: Buku Litera Yogyakarta, 2015.
- _____, *Masalah Hukum Jangan Dianggap Sepele: Menyooal The Devils Is In The Detail Sebagai Konsep Teori*. Malang: Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2017.
- Ka'bah, Rifyal. *Hukum Islam di Indonesia: Perspektif Muhammadiyah dan NU*, Jakarta: Universitas YARSI, 1999.
- Kamali, Mohammad Hashim. *Maqasid al-Shari'ah Made Simple*", Jurnal Islamic Studies Vol.38, 1999.
- Katjasungkana, Nursyahbani. *Menakar Harga Perempuan: Eksplorasi Lanjut atas Hak-Hak Reproduksi Perempuan Dalam Islam*, Bandung: Mizan, 1999.
- Katsir, Ibnu. *Muhtasar Tafsir Ibnu Katsir*, terj. Salim Bahreisy dan Said Bahreisy, Surabaya: t.tp, 2004, Juz. II.
- Klatt, Mathias. *Making The Law Explicit: The normativity of Legal Argumentation*, Oxford and Portland oregon: Hart Publishing, 2008.
- Majid, NurCholis. *Islam Kemodernan dan KeIndonesiaan*. Bandung: Mizan, 1987
- Manan, Abdul. *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2006.
- Manullang, E. Fernando M. *Legisme, Legalitas, dan Kepastian Hukum*, Jakarta: Prenadamedia Grup, 2016.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005.
- Masriani, Yulies Tiena. "Perjanjian Perkawinan dalam Pandangan Hukum Islam" Jurnal Serat Acitya, Vol. 2 No. 3 November 2013, Universitas TujuhBelas Agustus Semarang, 2013.

- MD, Mahfud. *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi*, Jakarta: Rajawali Press, 2010.
- . *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011, cet.ke-2.
- . *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, Jakarta: Rajawali Press, 2011.
- Mertokusumo, Sudikno. *Hukum Acara Perdata di Inonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1988.
- Muhaimin, Abdul Wahab Abd. *Adopsi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional: Studi tentang UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI buku 1 Tentang Perkawinan*, Disertasi UIN Jakarta, 2010.
- Muhammad, Abdulkadir. *Hukum dan Penelitian Hukum*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2004, cet. 1.
- Mursyid, *Ijtihad hakim Dalam Penyelesaian Perkara Harta Bersama di Mahkamah Syari'ah Banda Aceh (Analisis dengan pendekatan ushul fiqh)*, Ar-Raniry : International Journal of Islamic Studies Vol.1, No.2, Desember 2014.
- N, Nawawi. *"Perkawinan Campuran Dalam Problema dan Solusi"*, Widyaiswara Madya Balai Diklat Keagamaan Palembang.
- Nakamura, Hisako. *Perceraian orang Jawa: Studi Tentang Perkawinan di Kalangan Orang Islam Jawa*, Terj. Zaeni Ashmad Hoeh, Yogyakarta: Gajah Mada Universitas Press, 1991.
- Paramita, Nurlia Dian. *Perempuan, Agama dan Demokrasi*, Yogyakarta: Lembaga Studi Islam dan Politik (LSIP), 2007.
- Proyek Pembinaan peradilan Agama Dep. Agama, *Himpunan Fatwa Pengadilan Agama*, Jakarta: 1980/1981.
- Purwoto S, R. *Renungan Hukum*, Jakarta: Pengurus Pusat Ikatan Hakim Indonesia, 1998.
- Rahardjo, Satjipto. *Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, 1982.
- . *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.

_____. *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: PT. Kompas Media Nusantara, 2006.

Rusli, Nasrun. *Konsep Ijtihad Al-Syaukani*, Jakarta: Logos, 1999.

Sacharrisa, Yohana Dea. *Pemisahan Harta Perkawinan melalui Permohonan Penetapan hakim Pengadilan Agama Surakarta Yang Dilakukan Setelah Perkawinan (Studi Kasus Penetapan Pengadilan Agama Surakarta Nomor 0012/Pdt.P/2015/PA.Ska)*, 2016. Master Tesis Universitas Sebelas Maret.

Saleh, K. Wantjik. *Hukum Perkawinan Indonesia*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982.

Samosir, Djamanat. *Hukum Adat Indonesia: Eksistensi dalam Dinamika Perkembangan Hukum di Indonesia*, Bandung: CV. Nuansa Aulia, 2013.

Santoso, Joko. *Konsep Pembagian Harta Gono Gini Bagi Pasangan yang Bercerai Dalam Kompilasi Hukum Islam Menurut Perspektif Filsafat Hukum*, Tesis UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2015.

Shidqi, Muhammad. *Al-Wajiz fi 'idhohi Quaidhul Fiqh Al-Kuliyati*, Riyadh: Attaubah, 1994), Cet. 4.

Shihab, M. Quraish. *Tafsir Al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian Al-Qur'an*, Jakarta: Lentera Hati, 2004, cet. III.

Siahaan, Maruarar. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, Cet.1.

Siradj, Said Aqiel. *Hak Atas Keadilan dalam Wacana Islam*, Jakarta: ELSAM, 1998.

Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 2007, cet. III.

_____ dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006)

Suhartono, *Harmonisasi Peraturan Perundang-undangan Dalam Pelaksanaan Anggaran Belanja Negara*, Disertasi. Universitas Indonesia, 2011.

Suranto, Anton F. *Teori Otje Salman*. Bandung: Refika Aditama, 2005.

Tim Penyusun, Himpunan Peraturan Perundang-Undang Tentang Perkawinan, Bandung: Fokusmedia, 2005 cet.ke-1.

Tim Penyusun, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Jakarta: Sekretaris Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.

Tim Penyusun, *Kumpulan Kitab Undang-Undang Hukum dan Acara Perdata K.U.HPer*, Jakarta: Citra Media Wacana, 2016.

Tim Penyusun, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, (Bandung: Citra Umbara, 2012), cet. Ke- 1

Zahra, Zulfa Aminatuz. *Penetapan Harta Bersama dalam Perkara Izin Poligami (Kasus Perkara No. 2198/Pdt.G/2012/PA.MLG)*, Tesis Pascasarjana UIN Malang, 2016.

Zulkarnain, Sirajudin dan Fakhurahman. *Legislatif drafting Pelembagaan Metode Partisipatif dalam Pembentukan Peraturan Undang-Undang*, Malang: In-Trans Publishing, cet. III.

Sumber Undang-Undang

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Kompilasi Hukum Islam

Salinan Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 69/PUU-XIII/2015.

Undang-Undang Dasar Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

Sumber Online

Girsang, Merry. Ketua Umum KPS Melati, Perkawinan Campuran, KPC Melati Center, <http://www.kpcmelaticenter.com/id>. Diakses pada tanggal 14 April 2017

<http://www.elsam.or.id>, *Mekanisme Judicial Review di Indonesia*, diakses pada tanggal 14 April 2017

Auda, Jasser. *Biography Jasser Auda*, dalam www.jasserauda.net, di akses 14 September 2017

_____. *Madkhal Maqasidi li al-Ijtihad*, dalam www.jasserauda.net, hlm. 1-2, di akses pada 26 Juli 2017

_____. *Maqasid al-Ahkam wa Ilaluha*, dalam www.jasserauda.net, hlm. 1-2, di akses pada 26 Juli 2017

Marriage Act 1961, Act No. 12 of 1961 as amended, 2006, section 88D.
Diakses pada Tanggal 12 Agustus 2017

Marriage Act 1961, Act No. 12 of 1961 as amended, 2006, section 88C,
Diakses pada Tanggal 12 Agustus 2017

UNHCR, *Specific Human Rights Issus* (Juli 2003). Tersedia
[http://unhcr.cah/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.C.N.4.Sub.2.2003.NGO.15.En](http://unhcr.cah/huridoca.nsf/(Symbol)/E.C.N.4.Sub.2.2003.NGO.15.En), diakses pada Tanggal 2 November 2017





PUTUSAN
Nomor 69/PUU-XIII/2015

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, diajukan oleh:



Nama : Ny. Ike Farida

Alamat : Perum Gd. Asri Nomor A-6/1, Jalan Raya Tengah,
Gedong, Jakarta Timur

Dalam hal ini berdasarkan Surat Kuasa Khusus, bertanggal 24 Juni 2015, memberi kuasa kepada Yahya Tulus Nami. S.H., Ahmad Basrafi, S.H., Stanley Gunadi, S.H., Edwin Reynold, S.H., dan Ismayati, S.H., Advokat, Advokat Magang, dan Konsultan Hukum, beralamat di Jalan H.R. Rasuna Said Kav. C-5, Jakarta 12940, baik bersama-sama maupun sendiri-sendiri, yang bertindak untuk dan atas nama pemberi kuasa;

Selanjutnya disebut sebagai -----

Pemohon;

[1.2] Membaca permohonan Pemohon;

Mendengar keterangan Pemohon;

Mendengar dan membaca Keterangan Presiden;

Mendengar dan membaca keterangan ahli dan saksi Pemohon;

Memeriksa bukti-bukti Pemohon;

Membaca kesimpulan Pemohon;

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonan, bertanggal 11 Mei 2015, yang diterima di Kepaniteraan SALINAN Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 11 Mei 2015, berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 141/PAN.MK/2015 dan telah dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi pada tanggal 27 Mei 2015 dengan Nomor 69/PUU-XIII/2015, yang diperbaiki dengan Surat Permohonan Nomor 2953/FLO-GAMA/VI/2015, bertanggal 24 Juni 2015, yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 24 Juni 2015.

AMAR PUTUSAN

Mengadili,

Menyatakan:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian;

1.1. Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat

perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”;

- 1.2. Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan kedua belah pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut”;
- 1.3. Pasal 29 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”;
- 1.4. Pasal 29 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 157 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Perjanjian tersebut mulai berlaku sejak perkawinan dilangsungkan, kecuali ditentukan lain dalam Perjanjian Perkawinan”;
- 1.5. Pasal 29 ayat (4) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai “Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”;

- 1.6. Pasal 29 ayat (4) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Selama perkawinan berlangsung, perjanjian perkawinan dapat mengenai harta perkawinan atau perjanjian lainnya, tidak dapat diubah atau dicabut, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk mengubah atau mencabut, dan perubahan atau pencabutan itu tidak merugikan pihak ketiga”;
2. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;
3. Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya.

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Arief Hidayat, selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, Wahiduddin Adams, Manahan M.P Sitompul, Patrialis Akbar, Aswanto, Suhartoyo, Maria Farida Indrati, dan I Dewa Gede Palguna, masing-masing sebagai Anggota, pada hari Senin, tanggal dua puluh satu, bulan Maret, tahun dua ribu enam belas, dan hari Selasa, tanggal delapan belas, bulan Oktober, tahun dua ribu enam belas, yang diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari Kamis, tanggal dua puluh tujuh, bulan Oktober, tahun dua ribu enam belas, selesai diucapkan Pukul 10.51 WIB, oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Arief Hidayat, selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, Wahiduddin Adams, Manahan M.P Sitompul, Patrialis Akbar, Aswanto, Suhartoyo, Maria Farida Indrati, dan I Dewa Gede Palguna, masing-masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Achmad Edi Subiyanto sebagai Panitera Pengganti, dihadiri oleh Pemohon, Presiden atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.

KETUA,

ttd.

Arief Hidayat

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd.

Anwar Usman

ttd.

Wahiduddin Adams

ttd.

Aswanto

ttd.

Manahan M.P Sitompul

ttd.

Suhartoyo

ttd.

Paternalis Akbar

ttd.

Maria Farida Indrati

ttd.

I Dewa Gede Palguna

PANITERA PENGANTI,

ttd.

Achmad Edi Subiyanto