



BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Tinjauan tentang Mahkamah Konstitusi

Hak keperdataan anak berkaitan erat dengan persoalan sah tidaknya perkawinan kedua orang tuanya, dalam prakteknya sebelum adanya putusan mahkamah konstitusi hak keperdataan anak akan mudah ditentukan dengan bukti otentik berupa akte kelahiran yang didapat dari kedua orang tuanya, namun hal ini tidaklah mudah bagi anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak dicatatkan dan anak-anak yang lahir dari hubungan perzinaan atau tanpa ada perkawinan diantara kedua orantuanya. Maka hak nak-anak ini tidak dilegitimasi dari perundang-undangan.

Dengan adanya putusan mahkamah konstitusi No.46/PUU-VIII/2010 maka berimplikasi hukum kepada anak hasil perkawinan yang tidak dicatatkan dan anak hasil zina, pada bagian ini akan dipaparkan hal-hal mengenai putusan judicial review mahkamah konstitusi No.46/PUU-VIII/2010.

1. Sejarah Mahkamah Konstitusi

Lembaga Mahkamah Konstitusi (MK) diawali dengan diadopsinya ide MK (Constitutional Court) dalam amandemen konstitusi yang dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tahun 2001 sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan Pasal 24 ayat (2), Pasal 24C, dan Pasal 7B Undang-Undang Dasar 1945 hasil Perubahan Ketiga yang disahkan pada 9 Nopember 2001. Ide pembentukan MK merupakan salah satu perkembangan pemikiran hukum dan kenegaraan modern yang muncul di abad ke-20. Setelah disahkannya Perubahan Ketiga UUD 1945 maka dalam rangka menunggu pembentukan MK, MPR menetapkan Mahkamah Agung (MA) menjalankan fungsi MK untuk sementara sebagaimana diatur dalam Pasal III Aturan Peralihan UUD 1945 hasil Perubahan Keempat. DPR dan Pemerintah kemudian membuat Rancangan Undang-Undang mengenai Mahkamah Konstitusi. Setelah melalui pembahasan mendalam, DPR dan Pemerintah menyetujui secara bersama UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi pada 13 Agustus 2003 dan disahkan oleh Presiden pada hari itu (Lembaran Negara Nomor 98 dan Tambahan Lembaran Negara Nomor 4316). Dua hari kemudian, pada tanggal 15 Agustus 2003, Presiden melalui Keputusan Presiden Nomor 147/M Tahun 2003 hakim konstitusi untuk pertama kalinya yang dilanjutkan dengan pengucapan sumpah jabatan para hakim konstitusi di Istana Negara pada tanggal 16 Agustus 2003. Lembaran perjalanan MK selanjutnya adalah pelimpahan perkara dari MA ke MK, pada tanggal 15

Oktober 2003 yang menandai mulai beroperasinya kegiatan MK sebagai salah satu cabang kekuasaan kehakiman menurut ketentuan UUD 1945²⁸.

2. Pengertian Mahkamah Konstitusi

Mahkamah konstitusi adalah lembaga Negara yang berwenang untuk melakukan hak pengujian (judicial review, atau secara lebih spesifiknya melakukan constitutional review) Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar serta tugas khusus lain yaitu forum privilegium atau peradilan yang khusus untuk memutus pendapat DPR bahwa Presiden/Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat serta memutus pendapat DPR bahwa presiden telah melanggar hal-hal tertentu yang disebutkan dalam UUD sehingga dapat diberhentikan²⁹.

Didalam memahami arti konstitusi sendiri, Herman Hellen berpendapat dalam bukunya Prof Dr Bintang Regen Saragih konstitusi dibagi menjadi tiga tingkat³⁰, yaitu:

a). Konstitusi sebagai pengertian sosial politik.

Pada pengertian pertama ini konstitusi belum merupakan pengertian hukum, ia baru mencerminkan keadaan social politik suatu bangsa. Disini pengertian hukum adalah sekunder, yang primer adalah bangunan-bangunan masyarakat atau political decision.

b) Konstitusi sebagai pengertian hukum (*rechtsfervassung*)

²⁸ [http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Profil.Sejarah MK](http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.Profil.Sejarah%20MK), diakses pada tanggal 1 Mei 2011

²⁹ Moh. Mahfud, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, (Jakarta: Rajawali Press, 2011), 118.

³⁰ Bintang Regen Saragih, *Perubahan, Penggantian dan Penetapan Undang-Undang Dasar di Indonesia*. (Bandung: Utama, Cet 2006), 4

Pada pengertian kedua ini, keputusan-keputusan masyarakat dijadikan suatu perumusan yang normative, yang kemudian harus berlaku (gehoren). Pengertian politik diartikan sebagai eine seine yaitu suatu kenyataan yang harus berlaku dan diberikan suatu sanksi kalau hal tersebut dilanggar. Kemudian bentuk ini mengandung pengertian-pengertian hukum (*rechtsfervassung*) yang tidak tertulis, akan tetapi *rechttfervassung* ada juga yang tertulis, hal ini timbul sebagai pengaruh aliran kodifikasi, yaitu untuk menghendaki sebagian hukum ditulis dengan maksud untuk:

- mencapai kesatuan hukum (*rechtseineheid*)
- kesederhanaan hukum (*rechtvereenvoudiging*)
- kepastian hukum (*rechtszekerheid*).

c) Konstitusi sebagai suatu peraturan hukum

Suatu peraturan hukum yang tertulis dengan demikian Undang-undang dasar adalah salah satu bagian dari konstitusi.

Berkenaan itu, Negara sering dipahami sebagai suatu integrasi dari kekuasaan politik, dan sebagai organisasi politik, maka Negara berhak dan berwenang mengatur, mengendalikan dan mengontrol kehidupan social kemasyarakatan. Karena itu Negara dapat memaksakan kekuasaannya terhadap masyarakat. Negara, dalam keadaan normal dapat menentukan ke arah mana kekuasaan itu bergerak berdasarkan system hukum dan system politik yang dianut didalam Negara. Dalam perkembangannya, Negara dapat menyesuaikan diri dengan situasi kacau sekalipun, Negara dapat berbuat dan bertindak diluar koridor konstitusi dan hukum yang berlaku. Tetapi, kewenangan Negara untuk mengatur,

mengendalikan dan mengontrol kehidupan masyarakat, karena adanya HAM yang secara hakiki justru membatasi kekuasaan itu, karena HAM atau hak-hak dasar warga Negara harus dihormati, dihargai dan diwujudkan dalam kehidupan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Hak-hak asasi atau hak-hak dasar sekalipun tidak bersumber dari konstitusi akan tetapi konstitusi harus menjamin dan melindungi hak-hak itu.³¹

3. Kedudukan Mahkamah Konstitusi

Pada perubahan (amandemen) UUD yang ketiga, tahun 2001, Pasal 24 UUD negara RI 1945 memberi penegasan bahwa:

- (1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- (2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Dengan demikian, kedudukan Mahkamah konstitusi menjadi lembaga peradilan yang berdiri sendiri. Mahkamah konstitusi dan mahkamah agung merupakan dua lembaga negara yang sejajar, dari rumusan ini dapat disimpulkan bila kekuasaan kehakiman terbagi dalam 2 (dua cabang), yaitu cabang peradilan biasa (ordinary court) yang berpuncak pada MA dan cabang peradilan konstitusi yang dijalankan oleh MK.³²

³¹ Jhon Pieris, *Pembatasan Konstitusional Kekuasaan Presiden RI*. edisi 1 (Jakarta: Pelangi Cendikia. 2007), 41

³²Lihat Naskah komprehensif perubahan UUD 1945, Bab IV kekuasaan kehakiman, Hal 402

4. Fungsi dan Wewenang Mahkamah Konstitusi

Fungsi dan Kewenangan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Mahkamah Konstitusi mempunyai fungsi untuk mengawal (to guard) konstitusi agar dilaksanakan dan dihormati baik penyelenggara kekuasaan negara maupun warga negara. Mahkamah Konstitusi juga sebagai penafsir akhir konstitusi. Di beberapa negara Mahkamah Konstitusi juga menjadi pelindung (protector) konstitusi. Sejak diinkorporasi-kannya hak-hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar 1945, bahwa fungsi pelindung konstitusi dalam arti melindungi hak-hak asasi manusia (fundamental rights) juga benar adanya.³³

Dalam penjelasan Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dinyatakan 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 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 menimbulkan tafsir ganda terhadap konstitusi”.³⁴

³³ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, edisi 2 (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), 11

³⁴ Lihat Penjelasan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi Bagian Umum

Lembaga negara lain dan bahkan orang perorang boleh saja menafsirkan arti dan makna dari ketentuan yang ada dalam konstitusi. Suatu konstitusi memang tidak selalu jelas karena rumusannya luas dan kadang-kadang kabur. Akan tetapi, yang menjadi otoritas akhir untuk memberi tafsir yang mengikat adalah Mahkamah Konstitusi. Dan tafsiran yang mengikat itu hanya diberikan dalam putusan Mahkamah Konstitusi atas permohonan yang diajukan kepadanya

Pasal 24C ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 menggariskan wewenang Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:³⁵

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 pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
2. Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang Undang Dasar.

Secara khusus, wewenang Mahkamah Konstitusi tersebut diatur lagi dalam Pasal 10 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dengan rincian sebagai berikut:³⁶

³⁵ Lihat Pasal 24C Perubahan Ketiga Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,

³⁶ Lihat Pasal 10 Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

1. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:
 - a. Menguji undang-undang terhadap Undang Undang Dasar Negara 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;
2. Mahkamah Konstitusi wajib memberi putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
- 3). Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) berupa:
 - a. Pengkhianatan terhadap negara adalah tindak pidana terhadap keamanan negara sebagaimana diatur dalam undang-undang.
 - b. Korupsi dan penyuapan adalah tindak pidana korupsi atau penyuapan sebagaimana diatur dalam undang-undang.
 - c. Tindak pidana berat lainnya adalah tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih.

d. Perbuatan tercela adalah perbuatan yang dapat merendahkan martabat Presiden dan/atau Wakil Presiden.

e. Tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden adalah syarat sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 6 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Berdasarkan Pasal 12 Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman juga ditegaskan bahwa:³⁷

1. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

- a. Menguji undang-undang terhadap Undang Undang Dasar Negara 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.

Selain kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

³⁷ Lihat Pasal 12 Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman

5. Tujuan dan Hakikat Konstitusi

Hukum mempunyai tiga tujuan pokok, yaitu: (i) keadilan (justice); (ii) kepastian (certainty atau zekerheid); dan (iii) kegunaan (utility)³⁸. Keadilan itu sama dengan keseimbangan (balance, mizan) dan kepatutan (equity), serta kewajaran (propositionality), sedangkan kepastian hukum terkait dengan ketertiban (order) dan ketenteraman. Karena konstitusi adalah tingkatan yang tinggi maka konstitusi mempunyai tujuan yang tertinggi yang mana tujuannya adalah; (i) keadilan; (ii) ketertiban; dan (iii) perwujudan nilai-nilai ideal seperti kemerdekaan atau kebebasan dan kesejahteraan atau kemakmuran bersama.

Indonesia mempunyai empat tujuan yang termaktub dalam alinea IV pembukaan UUD 1945. Keempat tujuan itu adalah:

- a. melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia
- b. memajukan kesejahteraan umum
- c. mencerdaskan kehidupan bangsa
- d. ikut melaksanakan ketertiban dunia (berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial)

6. Sumber Hukum Beracara

Adapun mengenai sumber-sumber hukum yang digunakan sebagai dasar bagi para hakim konstitusi dalam menjalankan tugas yudisialnya, yaitu memeriksa, mengadili memutuskan sesuatu perkara dapat berupa beberapa

³⁸ Jimly Asshiddiqie. *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, (cet ke-3, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2011)*119.

sumber, baik kaidah-kaidah hukum tertulis maupun tidak tertulis. Beberapa sumber hukum Mahkamah Konstitusi di antaranya adalah³⁹:

- a) Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945;
- b) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi;
- c) Undang-Undang No. 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman;
- d) Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 03/PMK/2003 tentang Tata Tertib persidangan pada mahkamah konstitusi R.I;
- e) Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 04/PMK/2004 tentang pedoman beracara dalam perselisihan hasil pemilu;
- f) Peraturan Mahkamahh Konstitusi Nomor 05/PMK/2004 tentang Prosedur Pengajuan Keberatan Atas Penetapan Hasil Pemilu Presiden dan Wakil Presiden
- g) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang- Undang
- h) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara Dalam Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara;
- i) Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 14/PMK/2008 tentang pedoman beracara dalam perselisihan hasil pemilu anggota DPR,DPD, dan DPRD;
- j) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 15 Tahun 2008 Tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah;

³⁹ Umar Said S., *Pengantar Hukum Indonesia Sejarah Dan Dasar-Dasar Tata Hukum Serta Politik Hukum Indonesia*, (Malang: Setara Press, Cet; 1,2009), hal 304

- k) Yurisprudensi;
- l) Doktrin atau pendapat para ahli hukum;

7. Asas-Asas Mahkamah Konstitusi

Beberapa asas yang digunakan Mahkamah Konstitusi dalam beracara dipersidangan, antara lain:⁴⁰

- a) Asas Independensi/ Noninterferentif.

Asas ini ditegaskan dalam ketentuan Pasal 2 UU Mahkamah Konstitusi yang menegaskan bahwa⁴¹ Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. artinya kekuasaan kehakiman merdeka dan bebas dari segala macam campur tangan kekuasaan yang lain, baik secara langsung maupun tidak langsung yang bermaksud mempengaruhi keobjektifan putusan pengadilan.

- b) Asas Praduga *Rechtmatig*.

Putusan Mahkamah Konstitusi merupakan putusan akhir dan mempunyai kekuatan hukum tetap pada saat putusan dibacakan serta tidak berlaku surut. Pernyataan tidak berlaku surut mengandung makna bahwa sebelum putusan Mahkamah Konstitusi dibacakan objek yang menjadi perkara masih tetap sah dan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Konsekuensi dari hal ini hakim tersebut adalah *ex nunc*, yaitu dianggap ada sampai saat pembatalannya. artinya, akibat ketidakhadiran undang-undang karena

⁴⁰ Bambang Sutiyoso, Tata Cara Penyelesaian Sengketa di Lingkungan Mahkamah Konstitusi, (Yogyakarta: UII Press), 2009. 18-23

⁴¹ Pasal 2 UU Mahkamah Konstitusi

bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, misalnya tidaklah berlaku surut namun sejak pernyataan bertentangan oleh Mahkamah Konstitusi.

c) Asas Sidang Terbuka untuk Umum

Pasal 40 ayat (1) menyatakan bahwa sidang Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum kecuali rapat permusyawaratan hakim. Asas ini membuka “social control” dari masyarakat agar jalannya persidangan berlangsung secara fair dan objektif.

d) Asas Hakim Majelis

Asas ini ditegaskan dalam pasal 28 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa⁴² Mahkamah Konstitusi memeriksa, mengadili dan memutus dalam sidang pleno Mahkamah Konstitusi dengan 9 (sembilan) orang hakim konstitusi, kecuali dalam keadaan luar biasa dengan 7 (tujuh) hakim konstitusi yang dipimpin oleh ketua Mahkamah Konstitusi.

e) Asas Objektivitas

Untuk tercapainya putusan yang adil, maka hakim atau panitera wajib mengundurkan diri apabila terdapat hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai derajat ketiga atau hubungan suami isteri meskipun telah bercerai dengan tergugat, penggugat, atau penasihat hukum atau antara hakim dan salah satu panitera juga terdapat hubungan sebagai mana telah dikemukakan, atau hakim dan panitera mempunyai kepentingan langsung atau tidak langsung.

⁴² Lihat pasal 28 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi

f) Asas Keaktifan Hakim Konstitusi (*Dominus Litis*)

Artinya, Hakim Konstitusi cukup berperan dalam melakukan penelusuran dan eksploitasi untuk mendapatkan kebenaran, melalui alat bukti yang ada. Asas ini tercermin salah satunya pada asas pembuktian bebas yang menunjukkan bahwa hakim konstitusi dapat mencari kebenaran materiil yang tidak terbatas untuk menentukan alat buktinya. Selain itu, asas keaktifan Hakim Konstitusi juga tercermin dalam kewenangan Hakim Konstitusi memerintahkan kepada para pihak untuk hadir sendiri dalam persidangan sekalipun telah diwakili oleh kuasa hukumnya. Ketentuan ini dimaksudkan agar hakim konstitusi dalam menemukan kebenaran materiil yang dapat diperoleh dari kesaksian dan penjelasan para pihak yang berperkara. Hal ini mencerminkan karakteristik hukum publik didalam hukum acara Mahkamah Konstitusi (Pasal 11 Undang-Undang No. 24/2003);

g) Asas Pembuktian Bebas

Dalam melakukan pemeriksaan hakim konstitusi menganut asas pembuktian bebas (*vrij bewij*). Hakim Konstitusi bebas menentukan apa yang harus dibuktikan, beban pembuktian serta penilain pembuktian atau sah atau tidaknya pembuktian berdasarkan keyakinan. Asas ini diadopsi sepenuhnya dalam Mahkamah Konstitusi, untuk memberikan peluang kepada Hakim Konstitusi untuk mencari kebenaran materil melalui pembuktian bebas. Dengan demikian Hakim Konstitusi dapat leluasa untuk menentukan alat bukti, termasuk alat bukti yang tergolong baru, dikenal dalam kelaziman hukum acara, misalnya alat bukti berupa rekaman video kaset.

h) Asas Putusan Final

Dalam putusan ini Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final (Pasal 10 Undang-Undang No 24 Tahun 2003); dan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa putusan MK bersifat final. Artinya, tidak ada peluang menempuh upaya hukum berikutnya pasca putusan itu sebagaimana putusan pengadilan biasa yang masih memungkinkan kasasi dan Peninjauan Kembali (PK). Selain itu juga ditentukan putusan MK memiliki kekuatan hukum tetap sejak dibacakan dalam persidangan MK⁴³. Putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap memiliki kekuatan hukum mengikat untuk dilaksanakan. Semua pihak termasuk penyelenggara negara yang terkait dengan ketentuan yang diputus oleh MK harus patuh dan tunduk terhadap putusan MK.

Dalam perkara pengujian UU misalnya, yang diuji adalah norma UU yang bersifat abstrak dan mengikat umum. Meskipun dasar permohonan pengujian adalah adanya hak konstitusional pemohon yang dirugikan, namun sesungguhnya tindakan tersebut adalah mewakili kepentingan hukum seluruh masyarakat, yaitu tegaknya konstitusi. Kedudukan pembentuk UU, DPR dan Presiden, bukan sebagai tergugat atau termohon yang harus bertanggungjawab atas kesalahan yang dilakukan. Pembentuk UU hanya sebagai pihak terkait yang memberikan keterangan tentang latar belakang dan maksud dari ketentuan UU yang dimohonkan. Hal itu dimaksudkan agar ketentuan yang diuji tidak ditafsirkan menurut pandangan pemohon atau MK saja, tetapi juga menurut pembentuk UU,

⁴³ Lihat pasal 24 C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 dan Pasal 47 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

sehingga diperoleh keyakinan hukum apakah bertentangan atau tidak dengan konstitusi. Oleh karena itu, yang terikat dan harus melaksanakan Putusan MK tidak hanya dan tidak harus selalu pembentuk UU, tetapi semua pihak yang terkait dengan ketentuan yang diputus oleh MK.

i) Asas Putusan Berkekuatan Hukum Tetap dan Bersifat Final

Dalam pasal 47 disebutkan, bahwa putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum, karena itu, putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final dan tidak memungkinkan untuk diajukan upaya hukum lebih lanjut, seperti banding, kasasi dan seterusnya. Dengan asas ini Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final (pasal 10) dan mengikat para pihak dan harus diikuti oleh siapapun. Ketentuan ini mencerminkan pula kekuatan hukum mengikat dan karena sifatnya hukum publik, maka berlaku pada siapa saja tidak hanya para pihak yang berperkara saja.

j) Asas Sosialisasi

Hasil keputusan wajib diumumkan dan dilaporkan secara berkala kepada masyarakat secara terbuka (pasal 13).

k) Asas Peradilan Sederhana, Cepat dan Biaya Ringan

Untuk memenuhi harapan para pencari keadilan, maka pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan acara yang efisien dan efektif serta dengan biaya perkara yang dapat terpicul oleh rakyat, namun demikian, dalam pemeriksaan dan penyelesaian perkara tidak mengorbankan ketelitian dalam mencari kebenaran dan keadilan (pasal 4 ayat 2 UU No.4 Tahun 2004).

B. Tinjauan Mengenai Mekanisme Judicial Review di Indonesia

1. Pengertian Judicial Review

Istilah pengujian atau hak uji merupakan terjemahan dari istilah dalam bahasa asing, yakni istilah dari bahasa belanda *toetsingrech* dan istilah dari bahasa inggris *Judicial review* yang terjemahannya dari kata review yaitu 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 di hadapan konstitusi yang berlaku. Berdasarkan definisi diatas dari judicial review, dapat disimpulkan sebagai berikut:⁴⁴

- a) Judicial Review merupakan kewenangan dari hakim pengadilan dalam kasus konkret di pengadilan.
- b) Judicial merupakan kewenangan hakim untuk menilai apakah legislative act, dan administrative action bertentangan atau tidak dengan Undang-Undang dasar (tidak hanya menilai peraturan perundang-undangan)

Dalam kepustakaan maupun dalam praktek dikenal ada dua macam hak menguji (*toetsingrecht*), yakni : hak menguji formal dan; (b) hak menguji materiil. Hak menguji formal merupakan wewenang untuk menilai suatu produk legislative seperti Undang-Undang, misalnya terjelma melalui cara-cara sebagaimana telah ditentukan/diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku ataukah tidak.

⁴⁴ Sirajudin, Farkhurrahman, dan Zurkarnain, *Legislative Drafting*, 168.

Hak menguji materiil adalah suatu kewenangan untuk menyelidiki dan menilai isi apakah suatu peraturan perundang-undangan sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya serta apakah suatu kekuasaan tertentu berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.

Dalam literature yang ada terdapat tiga kategori besar pengujian peraturan perundang-undangan (dan perbuatan administrasi negara).

- a) Pengujian oleh badan peradilan (judial review).
- b) Pengujian oleh badan yang sifatnya politik (political review).
- c) Pengujian oleh pejabat atau badan administrasi Negara (administrative review).

Jadi pengujian material tidak semata-mata berupa pengujian oleh badan peradilan. Pada dasarnya fungsi hak menguji material adalah berupa fungsi pengawasan, yaitu agar materi (isi) peraturan perundang-undangan yang lebih rendah derajatnyatidak bertentangan dengan peratuan perundang-undangan yang lebih tinggi. Lebih-lebih dan paling utama agar peraturan perundang-undangan dibawah UUD tidak bertentangan dengan Undang Undang Dasar yang dalam hal ini sebagai “the supreme law”. Dalam hal ini agar Undang-0undang dasar dapat dilindungi atau terproteksi . secara contrario peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang dasar tidak boleh menyimpangi, bertentangan atau tidak konsisten dengan undang-undang dasar (khususnya).

Oleh karena keberadaaan hak menguji material tersebut pada hakekatnya berupa alat control atau pengendali terhadap kewenangan dari badan atau pejabat lain yang diberikan wewenang untuk menetapkan suatu peraturan perundang-

undangan. Dan keberadaan hak menguji material lebih relevan dengan konsepsi “checks and balances”⁴⁵, yaitu agar suatu badan tidak melewati kewenangannya.

Dalam praktik, *judicial review* (pengujian) undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi (“MK”). Sedangkan, pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU dilakukan oleh Mahkamah Agung (“MA”). Karena MK maupun MA bertindak sebagai *negative legislator*. Artinya, lembaga peradilan hanya bisa menyatakan isi norma atau keseluruhan norma dalam peraturan perundang-undangan itu tidak memiliki kekuatan hukum mengikat bila bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Mereka tidak boleh menambah norma baru ke dalam peraturan perundang-undangan yang di-*judicial review*.

Sementara, *legislative review* adalah pihak yang keberatan terhadap suatu undang-undang dapat meminta *legislative review* ke Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) –dan tentunya pemerintah (dalam UUD 1945, pemerintah juga mempunyai kewenangan membuat UU)- untuk mengubah UU tertentu.

Sedangkan, untuk peraturan perundang-undangan yang lain seperti Peraturan Pemerintah (PP), Peraturan Presiden (Perpres) dan Peraturan Daerah, setiap warga negara tentu bisa meminta kepada lembaga pembuatnya untuk melakukan *legislative review* atau melakukan revisi.

Hierarki atau tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia, saat ini, masih merujuk ke UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan⁴⁶ menyebutkan:

⁴⁵ Rosjidi Ranggawidjaja, *Pengantar Ilmu Perundang-Undangan Indonesia*, (Bandung : Cv. Mandar Maju Cet I 1998), 102

Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan adalah sebagai berikut:

- a) *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
- b) *Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;*
- c) *Peraturan Pemerintah;*
- d) *Peraturan Presiden;*
- e) *Peraturan Daerah.*

- *Undang-Undang Dasar 1945*, K. Wantjik Saleh dalam bukunya Titik Triwulan Tutik mengartikan peraturan perundangan-undangan yang tertinggi dalam suatu Negara, yang menjadi dasar segala peraturan perundangan-undangan, dengan kata lain, bahwa semua peraturan perundang-undangan harus tunduk pada Undang-Undang Dasar aatau tidak boleh bertentangan dengan UUD.⁴⁶

- *Undang-Undang* (“UU”) dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bersama dengan Presiden. Materi muatan UU berisi hal-hal yang mengatur lebih lanjut ketentuan UUD 1945 meliputi: (1) Hak-hak asasi manusia; (2) hak dan kewajiban warga negara; (3) pelaksanaan dan penegakan kedaulatan negara serta pembagian kekuasaan negara; (4) wilayah negara dan pembagian daerah; (5) Kewarganeraaan dan kependudukan; (6) keuangan negara. Selain itu, materi muatan UU yang lain adalah hal-hal yang diperintahkan oleh suatu UU untuk diatur dengan UU.

- *Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang* (“Perppu”) ditetapkan oleh Presiden ketika negara dalam hal kegentingan yang memaksa atau karena keadaan

⁴⁶ Lihat Pasal 7 Ayat (1) UU No.10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

⁴⁷ Titik Triwulan Tutik, *Kontruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), 44

yang memaksa. Perppu harus mendapat persetujuan DPR dalam persidangan berikutnya. Jika tidak mendapat persetujuan, maka Perppu ini harus dicabut. Materi muatan Perppu sama dengan materi muatan UU.⁴⁸

- *Peraturan Pemerintah* (“PP”) ditetapkan oleh Presiden. Materi muatan PP berisi materi untuk menjalankan UU sebagaimana mestinya. *Peraturan Presiden* (“Perpres”) juga ditetapkan oleh Presiden. Materi muatan Perpres berisi materi yang diperintahkan oleh UU atau materi untuk melaksanakan Peraturan Pemerintah.

Sedangkan, *Peraturan Daerah* (“Perda”) terdiri dari tiga kategori. Yakni, (1) Perda Provinsi yang ditetapkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (“DPRD”) di tingkat Provinsi bersama dengan gubernur; (2) Perda Kabupaten/Kota yang ditetapkan oleh DPRD Kabupaten/Kota bersama dengan bupati/walikota; dan (3) Peraturan Desa/peraturan yang setingkat, dibuat oleh badan perwakilan desa atau nama lainnya bersama dengan kepala desa atau nama lainnya.

2. Mekanisme Beracara dalam Judicial Review

a) Prinsip-prinsip hukum acara

Proses *judicial review* dalam perumusan hukum acaranya terikat oleh asas-asas publik.⁴⁹ Di dalam hukum acara dikenal dua jenis proses beracara yaitu “*contentious procesrecht*” atau hukum acara sengketa dan “*non contentieus procesrecht*” atau hukum acara non-sengketa. Untuk *judicial review*, selain

⁴⁸ Titik Triwulan Tutik, *Kontruksi Hukum*, 49.

⁴⁹ Dian Rositawati, dalam artikelnya yang berjudul “*Mekanisme Judicial Review*”. Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat. http://www.elsam.or.id/pdf/kursusham/Mekanisme_Judicial_review.pdf diakses pada tanggal 01 Juni 2012

digunakan hukum sengketa (berbentuk gugatan) juga digunakan hukum acara non sengketa yang bersifat *volunteer* (atau tidak ada dua pihak bersengketa/berbentuk permohonan). Bila menelaah asas-asas hukum publik yang salah satunya tercermin pada asas hukum acara peradilan administrasi, maka proses beracara *judicial review* seharusnya juga terikat pada asas tersebut. Asas tersebut adalah:

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. Pernyataan tidak berlaku surut mengandung makna bahwa sebelum putusan dibacakan, obyek yang menjadi perkara – misalnya peraturan yang akan diajukan *judicial review* - harus selalu dianggap sah atau tidak bertentangan sebelum putusan Hakim atau Hakim Konstitusi menyatakan sebaliknya.

Konsekuensinya, akibat putusan Hakim adalah “*ex nunc*” yaitu dianggap ada sampai

saat pembatalannya. Artinya, akibat ketidaksahan suatu peraturan karena bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi tidaklah berlaku surut namun sejak pernyataan bertentangan oleh lembaga berwenang (MA atau MK) ke depan.

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 asas ini maka tercermin bahwa putusan memiliki kekuatan hukum

mengikat dan karena sifat hukumnya publik maka berlaku pada siapa saja – tidak hanya para pihak yang berperkara.

3. Alasan mengajukan *judicial review*.

Beberapa alasan yang dapat dijadikan alasan untuk pengajuan *judicial review* adalah sebagai berikut :

- a) Bertentangan dengan Undang-Undang Dasar atau peraturan lain yang lebih tinggi.
- b) Dikeluarkan oleh institusi yang tidak bawenang untuk mengeluarkan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.
- c) Adanya kesalahan dalam proses pembuatan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.
- d) Terdapat perbedaan penafsiran terhadap suatu peraturan perundang-undangan.
- e) Terdapat ambiguitas atau keraguraguan dalam penerapan suatu dasar hukum yang perlu diklarifikasi

4. Pihak yang berhak mengajukan *judicial review*.

Pemohon *judicial review* adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, pemohon harus menguraikan dalam permohonan hak dan kewenangan konstitusionalnya yang dirugikan. Terdapat dua hal yang harus diuraikan secara jelas yaitu:⁵⁰

- a). Kualifikasi pemohon apakah sebagai:

⁵⁰ Lihat Pasal 51 ayat 1 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi

- a. Perorangan warga negara Indonesia;
 - b. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - c. Badan hukum publik atau privat; atau
 - d. Lembaga negara.
- b). Anggapan bahwa kualifikasi demikian terdapat hak dan atau kewenangan konstitusional pemohon yang dirugikan oleh berlakunya undang-undang. Konstitusional merumuskan secara lebih ketat adanya persyaratan legal standing berdasarkan hak konstitusional pemohon yaitu⁵¹:
- a. Adanya hak konstitusional pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
 - b. Bahwa hak konstitusional pemohon tersebut dianggap oleh pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
 - c. Bahwa kerugian yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan actual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - d. Adanya hubungan sebab-akibat (causal verband) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
 - e. Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional yang didalilkan akan atau tidak lagi terjadi.

Permohonan wajib dibuat dengan uraian yang jelas mengenai pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

⁵¹ Maruarar, *Hukum* 67

Tahun 1945⁵² Permohonan diajukan secara tertulis dalam Bahasa Indonesia dan ditandatangani oleh Pemohon atau kuasanya dalam 12 rangkap⁵³ yang memuat sekurang-kurangnya:

- a. Identitas Pemohon, meliputi:
 - i. Nama
 - ii. Tempat tanggal lahir/ umur - Agama
 - iii. Pekerjaan
 - iv. Kewarganegaraan
 - v. Alamat Lengkap
 - vi. Nomor telepon/faksimili/telepon selular/e-mail (bila ada)
- b. Uraian mengenai hal yang menjadi dasar permohonan yang meliputi:
 - i. Kewenangan Mahkamah;
 - ii. Kedudukan hukum (legal standing) Pemohon yang berisi uraian yang jelas mengenai anggapan Pemohon tentang hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dirugikan dengan berlakunya UU yang dimohonkan untuk diuji;
 - iii. Alasan permohonan pengujian diuraikan secara jelas dan rinci.
- c. Hal-hal yang dimohonkan untuk diputus dalam permohonan pengujian formil, yaitu:
 - i. Mengabulkan permohonan Pemohon;
 - ii. Menyatakan bahwa pembentukan UU dimaksud tidak memenuhi ketentuan pembentukan UU berdasarkan UUD 1945;

⁵² Lihat Pasal 30 Ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.

⁵³ Lihat pasal 29 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.

- iii. Menyatakan UU tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
- d. Hal-hal yang dimohonkan untuk diputus dalam permohonan pengujian materiil, yaitu:
- i. Mengabulkan permohonan Pemohon;
 - ii. Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari UU dimaksud bertentangan dengan UUD 1945;
 - iii. Menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari UU dimaksud tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.⁵⁴
 - iv. Pengajuan permohonan harus disertai dengan alat bukti yang mendukung permohonan tersebut yaitu alat bukti berupa:⁵⁵
 - a. Surat atau tulisan;
 - b. Keterangan saksi;
 - c. Keterangan ahli;
 - d. Keterangan para pihak;
 - e. Petunjuk; dan
 - f. Alat bukti lain berupa informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optik atau yang serupa dengan itu.

⁵⁴ Lihat Pasal 31 UU MK jo. Pasal 5 Peraturan MK No. 06/PMK/2005 Tahun 2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang – Peraturan MK 6/2005.

⁵⁵ Lihat Pasal 31 ayat (2) jo. Pasal 36 Undang-Undang Mahkamah Konstitusi.

C. Tinjauan Tentang hak keperdataan Anak

1. Pengertian Hak perdata

Untuk memahami hak kebendaan menurut system KUHPdt, terlebih dahulu perlu dikaji tentang hak perdata, hak perdata adalah hak seseorang yang diberikan oleh hukum perdata, hak perdata tersebut ada yang bersifat absolut dan ada yang bersifat relative.⁵⁶

a) Hak yang Bersifat Absolut

Hak yang bersifat absolut memberikan kekuasaan langsung dan dapat dipertahankan terhadap siapapun.

Hak perdata yang bersifat absolut meliputi hak kebendaan (*zakelijkrecht*), diatur dalam Buku II KUHPdt. Hak kepribadian (*persoonlijkheidsrecht*) yang terdiri hak atas diri sendiri, misalnya hak atas nama, hak atas kehormatan, hak untuk memiliki, dan hak untuk kawin, hak atas diri orang lain yang timbul dalam hubungan hukum keluarga antara suami dan istri, antara orang tua dan anak, serta antara wali dan anak, semua hak kepribadian diatur dalam Buku I KUHPdt.

b) Hak yang Bersifat Relatif

Hak yang bersifat relatif memberikan kekuasaan terbatas dan hanya dapat dipertahankan terhadap lawan (pihak dalam hubungan hukum) .

Hak perdata yang bersifat relatif adalah hak yang timbul karena adanya hubungan hukum berdasar pada perjanjian atau ketentuan undang-undang, hak perdata yang bersifat relative disebut *persoonlijkrecht* umumnya diatur dalam Buku III KUHPdt, dikatakan bersifat relative karena hak ini hanya dapat ditujukan dan

⁵⁶ abdul kadir, *Hukum perdata*,135

dipertahankan terhadap pihak dalam hubungan hukum, contohnya adalah hak untuk memakai benda, hak untuk membeli benda, hak untuk menyewa benda dan hak untuk memperoleh ganti kerugian

Berdasarkan KUHPer, sistematika Hukum Perdata terdiri atas 4 (empat) Buku, yaitu:⁵⁷

a). Buku I : tentang Orang

Buku ini memuat tentang Hukum perorangan dan Hukum Kekeluargaan. Buku ke-1 ini terdiri dari atas 18 Bab, yaitu:⁵⁸

- Bab I - Menikmati dan kehilangan hak-hak kewargaan
- Bab II - Akta-akta catatan Sipil
- Bab III - Tempat tinggal atau domisili
- Bab IV - Perkawinan
- Bab V - Hak dan kewajiban suami dan isteri
- Bab VI - Persatuan harta kekayaan menurut undang-undang dan pengurusannya
- Bab VII - Tentang perjanjian kawin
- Bab VIII - Tentang gabungan harta-bersama atau perjanjian kawin pada perkawinan kedua atau selanjutnya
- Bab IX - Tentang pemisahan harta-benda
- Bab X - Tentang pembubaran perkawinan
- Bab XI - Tentang pisah meja dan ranjang

⁵⁷ Sudarsono, *Pengantar tata hukum Indonesia*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2003), 137

⁵⁸ http://id.wikisource.org/wiki/Kitab_Undang-Undang_Hukum_Perdata diakses 25 April 2012

- Bab XII - Tentang keayahan dan asal keturunan anak-anak
 - Bab XIII - Tentang kekeluargaan sedarah dan semenda
 - Bab XIV - Tentang kekuasaan orang tua
 - Bab XIVA - Tentang penentuan, perubahan dan pencabutan tunjangan nafkah
 - Bab XV - Tentang kebelumdewasaan dan perwalian
 - Bab XVI - Tentang pendewasaan
 - Bab XVII - Tentang pengampuan
 - Bab XVIII - Tentang ketidakhadiran
- b). Buku kedua mengatur mengenai benda sebagai obyek hak manusia dan juga mengenai hak kebendaan. Benda dalam pengertian yang meluas merupakan segala sesuatu yang dapat dihaki (dimiliki) oleh seseorang. Sedangkan maksud dari hak kebendaan adalah suatu hak yang memberikan kekuasaan langsung atas suatu benda yang dapat dipertahankan kepada pihak ketiga.
- Bab I - Tentang barang dan pembagiannya
 - Bab II - Tentang besit dan hak-hak yang timbul karenanya
 - Bab III - Tentang hak milik
 - Bab IV - Tentang hak dan kewajiban antara para pemilik pekarangan yang bertetangga
 - Bab V - Tentang kerja rodi
 - Bab VI - Tentang pengabdian pekarangan
 - Bab VII - Tentang hak numpang karang
 - Bab VIII - Tentang hak guna usaha (erfpacht)
 - Bab IX - Tentang bunga tanah dan sepersepuluhan

- Bab X - Tentang hak pakai hasil
- Bab XI - Tentang hak pakai dan hak mendiami
- Bab XII - Tentang pewarisan karena kematian
- Bab XIII - Tentang surat wasiat
- Bab XIV - Tentang pelaksana surat wasiat dan pengelola harta peninggalan
- Bab XV - Tentang hak berpikir dan hak istimewa untuk merinci harta peninggalan
- Bab XVI - Tentang hal menerima dan menolak warisan
- Bab XVII - Tentang pemisahan harta peninggalan
- Bab XVIII - Tentang harta peninggalan yang tak terurus
- Bab XIX - Tentang piutang dengan hak didahulukan
- Bab XX - Tentang gadai
- Bab XXI - Tentang hipotek

c). Buku Ketiga - Perikatan

Buku mengatur tentang perikatan (verbintenisi). Maksud penggunaan kata “Perikatan” disini lebih luas dari pada kata perjanjian. Perikatan ada yang bersumber dari perjanjian namun ada pula yang bersumber dari suatu perbuatan hukum baik perbuatan hukum yang melanggar hukum (onrechtmatige daad) maupun yang timbul dari pengurusan kepentingan orang lain yang tidak berdasarkan persetujuan (zaakwarneming). Buku ketiga tentang perikatan ini mengatur tentang hak dan kewajiban yang terbit dari perjanjian, perbuatan melanggar hukum dan peristiwa-peristiwa lain yang menerbitkan hak dan kewajiban perseorangan.

Buku ketiga bersifat tambahan (*aanvulend recht*), atau sering juga disebut sifat terbuka, sehingga terhadap beberapa ketentuan, apabila disepekatkan secara bersama oleh para pihak maka mereka dapat mengatur secara berbeda dibandingkan apa yang diatur didalam BW. Sampai saat ini tidak terdapat suatu kesepakatan bersama mengenai aturan mana saja yang dapat disimpangi dan aturan mana yang tidak dapat disimpangi. Namun demikian, secara logis yang dapat disimpangi adalah aturan-aturan yang mengatur secara khusus (misal : waktu pengalihan barang dalam jual-beli, eksekusi terlebih dahulu harga penjamin ketimbang harta si berhutang). Sedangkan aturan umum tidak dapat disimpangi (misal : syarat sahnya perjanjian, syarat pembatalan perjanjian).

- Bab I - Tentang perikatan pada umumnya
- Bab II - Tentang perikatan yang lahir dari kontrak atau persetujuan
- Bab III - Tentang perikatan yang lahir karena undang-undang
- Bab IV - Tentang hapusnya perikatan
- Bab V - Tentang jual-beli
- Bab VI - Tentang tukar-menukar
- Bab VII - Tentang sewa-menyewa
- Bab VIIA - Tentang perjanjian kerja
- Bab VIII - Tentang perseroan perdata (persekutuan perdata)
- Bab IX - Tentang badan hukum
- Bab X - Tentang penghibahan
- Bab XI - Tentang penitipan barang
- Bab XII - Tentang pinjam-pakai

- Bab XIII - Tentang pinjam pakai habis (*verbruiklening*)
- Bab XIV - Tentang bunga tetap atau bunga abadi
- Bab XV - Tentang persetujuan untung-untungan
- Bab XVI - Tentang pemberian kuasa
- Bab XVII - Tentang penanggung
- Bab XVIII - Tentang perdamaian

d). Buku Keempat – Pembuktian dan Kedaluwarsa

Buku keempat mengatur tentang pembuktian dan daluwarsa. Hukum tentang pembuktian tidak saja diatur dalam hukum acara (*Herzine Indonesisch Reglement / HIR*) namun juga diatur didalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Didalam buku keempat ini diatur mengenai prinsip umum tentang pembuktian dan juga mengenai alat-alat bukti

- Bab I - Tentang pembuktian pada umumnya
- Bab II - Tentang pembuktian dengan tulisan
- Bab III - Tentang pembuktian dengan saksi-saksi
- Bab IV - Tentang persangkaan
- Bab V - Tentang pengakuan
- Bab VI - Tentang sumpah di hadapan hakim
- Bab VII - Tentang kedaluwarsa pada umumnya

Hukum perdata menurut ilmu hukum yang lazim dibagi menjadi empat bagian, yaitu:⁵⁹

1. Hukum tentang diri sendiri

⁵⁹ Kansil dan Criastien Kansil, *Pengantar ilmu hukum Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2003,) 145

- a. Peraturan-peraturan tentang manusia sebagai subyek hukum
 - b. Peraturan-peraturan tentang kecakapan untuk memiliki hak-hak dan untuk bertindak sendiri melaksanakan hak-hak itu.
2. Hukum kekeluargaan
- a. Perkawinan beserta hubungan dalam hukum harta kekayaan antara suami dan isteri
 - b. Hubungan antara orang tua dan anak-anaknya
 - c. Pengampuan
3. Hukum harta kekayaan
- a. Hak mutlak, yaitu hak-hak yang berlaku terhadap tiap orang
 - b. Hak perorangan, yaitu hak-hak yang hanya berlaku terhadap seorang atau suatu pihak tertentu.
4. Hukum warisan.

Hukum tentang diri seorang, memuat peraturan-peraturan tentang manusia sebagai subyek dalam hukum, peraturan-peraturan perihal kecakapan untuk bertindak sendiri melaksanakan hak-haknya itu serta hal-hal yang mempengaruhi kecakapan-kecakapan itu. Antara lain mengenai timbulnya hak keperdataan seseorang, kelahiran, kedewasaan, perkawinan, keluarga, perceraian dan hilangnya hak keperdataan.⁶⁰

Hukum keluarga, mengatur perihal hubungan-hubungan hukum yang timbul dari hubungan kekeluargaan, yaitu: perkawinan beserta hubungan dalam lapangan

⁶⁰ Sudarsono, *Pengantar tata*, 139

hukum kekayaan antara suami dan isteri hubungan antara orang tua dan anak, perwalian dan curatele.

Hukum kekayaan, mengatur perihal hubungan-hubungan hukum yang dapat dinilai dengan uang. Jika kita mengatakan tentang kekayaan seseorang, yang dimaksudkan ialah jumlah segala hak dan kewajiban orang itu, dinilai dengan uang. Hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang demikian itu dapat dipindahkan kepada orang lain. Hak-hak kekayaan, terbagi lagi atas hak-hak yang berlaku terhadap tiap orang dan karenanya dinamakan hak mutlak dan hak-hak yang hanya berlaku terhadap seorang atau suatu pihak tertentu saja dan karenanya dinamakan hak perseorangan.

Hukum waris, mengatur hal ihwal tentang benda atau kekayaan seseorang jikalau ia meninggal. Juga dapat dikatakan hukum waris itu mengatur akibat-akibat hubungan keluarga terhadap peninggalan harta seseorang. Berhubung dengan sifatnya yang setengah-setengah ini, maka hukum waris lazimnya ditempatkan tersendiri.

2. Pengertian Anak

Anak merupakan makhluk ciptaan Tuhan yang Maha Esa wajib dilindungi dan dijaga kehormatan, martabat, dan harga dirinya secara wajar, baik secara hukum, ekonomi, politik, social, maupun budaya tanpa membedakan suku, agama, ras dan golongan.⁶¹ Dari sisi kehidupan berbangsa dan bernegara, anak adalah masa depan bangsa dan penerus generasi cita-cita bangsa, sehingga setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, berpartisipasi serta

⁶¹ Mufidah Ch, *psikologi*, 299

berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan. Menurut Pasal 34 UUD 1945 anak adalah subjek hukum dari system hukum nasional, yang harus dilindungi, dipelihara dan dibina untuk mencapai kesejahteraan anak. Pengertian menurut UUD 1945 melahirkan dan menonjolkan hak-hak yang harus diperoleh anak dari masyarakat bangsa dan Negara atau dengan kata yang tepat pemerintah dan masyarakat lebih bertanggung jawab terhadap masalah sosial yang ada pada seorang anak.

Didalam Pasal 1 ayat (2) UU no 4 tahun 1979 tentang kesejahteraan anak, pengertian anak adalah seorang yang belum mencapai usia 21 tahun dan belum pernah kawin. Berarti dalam hal ini dapat ditarik kesimpulan secara umum bahwa seseorang dapat dikatakan seorang anak bila usianya dibawah 21 tahun dan seorang dapat diukur dewasa dengan menetapkan batasan umur 21 tahun atau seseorang yang belum mencapai 21 tahun tetapi sudah menikah atau pernah menikah. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) memberikan batasan mengenai pengertian anak atau orang yang belum dewasa adalah mereka yang belum berumur 21 (dua puluh satu) tahun. Seperti yang dinyatakan dalam Pasal 330 yang berbunyi :

“belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap dua puluh satu tahun, dan tidak lebih dahulu kawin”.

Dalam pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, dan pasal 1 angka (5) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, yaitu :

“Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) Tahun, termasuk anak yang ada dalam kandungan”.

Sedangkan menurut pasal 1 angka (5) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, pengertian anak adalah :

“Anak adalah setiap manusia yang berusia di bawah 18 (delapan belas) Tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya”.

Dalam Pandangan Islam, Anak memiliki posisi yang istimewa dalam Islam. Selain sebagai cahaya mata keluarga, anak juga merupakan pelestari pahala bagi kedua orang tuanya. Bagi sebuah keluarga, anak adalah penerus nasab (garis keturunan).

Bagi sebuah bangsa dan negara, anak adalah generasi penerus masa depan. Anak pada masa depan adalah aset sumber daya manusia yang sangat berharga serta menentukan jatuh bangunnya sebuah bangsa. Anak juga menjadi pewaris generasi yang akan datang. Perhatian terhadap pentingnya kelanjutan generasi masa depan yang akan menjadi pemimpin bagi umat Islam, tergambar dalam al-Quran tentang sifat-sifat ‘Ibâd ar-Rahmân (Hamba Allah Yang Maha Pengasih), yakni orang-orang yang juga senantiasa memikirkan masa depan umat Islam.

وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا

Mereka berdoa, “Ya Tuhan kami, anugerah-kanlah kepada kami istri-istri dan anak-anak yang menggembirakan hati kami, dan jadikanlah kami sebagai pemimpin orang-orang yang bertakwa.” (QS al-Furqan [25]: 74).

a) Tentang Anak Sah

Dalam pasal 42 ayat 1 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah⁶². Dan pengertian tentang anak sah di dalam UUP dapat ditarik dua pengertian yaitu⁶³:

- a. Anak lahir dalam perkawinan yang sah Pengertian anak sah ini hanya didasarkan pada saat kelahirannya dalam ikatan perkawinan berimplikasi kepada semua anak yang lahir dalam perkawinan dinyatakan sebagai anak sah, maka batasan anak sah seperti ini berlaku bagi anak yang konsepsinya dalam kandungan baik terjadi sebelum dan sesudah perkawinan ayah ibunya. Artinya menurut ketentuan tersebut, anak yang masa konsepsinya terjadi sebelum perkawinan tapi karena setelah diketahui hamil, ayah ibunya melangsungkan perkawinan sehingga anak itu terlahir dalam perkawinan. Sehingga anaknya dikategorikan sebagai anak sah. Definisi anak sah seperti itu tidak menghiraukan saat terjadinya konsepsi si anak di dalam Rahim
- b. Anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah, Anak yang dilahirkan oleh ibunya itu memang benar-benar dibiarkan oleh suaminya setelah terikat dalam perkawinan yang sah, sehingga anak tersebut merupakan akibat perkawinannya. Dasar keabsahan anak ini adalah bahwa seorang anak merupakan akibat perkawinan. Anak yang menjadi akibat suatu perkawinan adalah anak yang sejak awalnya sebagai janin dalam kandungan ibunya terjadi setelah

⁶² Pasal 42 ayat 1 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

⁶³ Rachmadi usman, *Aspek-Aspek hukum Perorangan dan keluarga di Indonesia, Jakarta: Sinar Grafika, cet-1, 2006, 347.*

ayah ibunya terikat dalam suatu perkawinan. Kelahiran anak yang merupakan akibat perkawinan tidak hanya terjadi dalam perkawinan tapi bisa saja lahir di luar perkawinan. Jadi anak sah karena akibat perkawinan bisa jadi lahir pada saat berlangsungnya ikatan perkawinan itu selesai akibat perceraian atau ayahnya meninggal dunia. Anak yang lahir setelah putusya ikatan perkawinan itu meskipun terjadi di luar perkawinan namun konsepsi janinnya terjadi dalam ikatan perkawinan tersebut dianggap sebagai anak sah.

Menurut KUHPer, pasal 250 B.W. menyatakan bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan atau tumbuh sepanjang perkawinan, sehingga memperoleh suami ibunya sebagai ayahnya. Dalam hal ini anak tersebut adalah anak sah dari ibu dan suami ibunya, sehingga untuk dapat disebut anak sah harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:⁶⁴

- a. Dilahirkan, atau
- b. Tumbuh sepanjang perkawinan.

Jadi anak yang dilahirkan dalam suatu ikatan perkawinan yang sah mempunyai status sebagai anak kandung dengan hak-hak keperdataan melekat padanya serta berhak untuk memakai nama dibelakang namanya untuk menunjukkan keturunan dan asal-usulnya⁶⁵.

b) Pengertian Anak Luar Kawin

Pengertian anak luar kawin (anak-anak tidak sah, anak alami) digunakan dalam dua arti oleh undang-undang, yaitu:

⁶⁴ Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, Hukum Orang dan Keluarga (Personen en Familie-Recht), (Cet-IV, Surabaya, Airlangga University Press, 2008), 166.

⁶⁵ Abdul Manan, Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia, (Cet:1, Jakarta, Kencana Prenada Media Group,2006), 78.

- a. Dalam arti luas, adalah anak-anak yang dilahirkan diluar perkawinan termasuk didalamnya anak hasil perselingkuhan (*overspelig*) dan sumbang (*bloedschennig*);
- b. Dalam arti sempit, ialah anak-anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang bukan anak-anak hasil perselingkuhan atau sumbang,⁶⁶ artinya anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah menurut hukum Islam akan tetapi perkawinannya tidak dicatat oleh pegawai pencatat dari KUA maka perkawinan tersebut tidak sah menurut Negara sehingga anak yang dihasilkan dari perkawinan sah menurut agama dan tidak dicatat ini termasuk anak diluar nikah.

Undang-Undang Perkawinan No 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tidak memberikan pengertian anak luar kawin tetapi hanya menjelaskan pengertian anak sah dan kedudukan anak luar kawin. Dilihat dari bunyi pasal 42 kemudian pasal 43 ayat (1) dan (2) UUP maka dapat ditarik pengertian bahwa anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan diluar perkawinan dan hanya memiliki hubungan keperdataan dengan ibunya saja artinya anak tidak mempunyai hubungan hukum dengan ayahnya⁶⁷.

3. Pembuktian Asal-Usul Anak

- a). Pembuktian Asal-usul anak

Berkenaan dengan pembuktian anak dalam pasal 55 ditegaskan sebagai berikut:

⁶⁶ Soetojo Dkk, *Hukum Orang*, 180

⁶⁷ Darwan Prints, *Hukum Anak Indonesia*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1997. Hal 90.

- (1) Asal-usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akte kelahiran yang autentik, yang dikeluarkan oleh Pejabat yang berwenang.
- (2) Bila akte kelahiran tersebut dalam ayat (1) pasal ini tidak ada, maka Pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal-usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat.
- (3) Atas dasar ketetapan Pengadilan tersebut ayat (2) pasal ini, maka instansi pencatat kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan yang bersangkutan mengeluarkan akte kelahiran bagi anak yang bersangkutan.

Menurut Wahbah az-Zuhayly dalam kitabnya menyatakan bahwa ada tiga penentuan nasab yaitu :⁶⁸

1. Membuktikan adanya perkawinan yang sah atau adanya perkawinan yang fasid
2. Pengakuan garis nasab atau keturunan.
3. Pembuktian.

a. Cara Pertama: Pernikahan yang sah ataupun *fasid*

Pernikahan yang sah dan pernikahan yang fasid termasuk salah satu sebab penentu garis nasab keturunan. Secara praktiknya, garis nasab ditentukan setelah pernikahan meskipun *fasid*, atau nikah *urfi*, yaitu akad nikah yang dilakukan tanpa ada bukti nikah di catatan sipil.

b. Cara kedua Pengakuan Nasab atau Pengakuan anak

Pengakuan anak ada dua macam, iqrar nasab yang dibebankan pada orang lain.

⁶⁸ Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, diterjemahkan oleh Abdul Hayyie al-Kattanie *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, Jakarta: Gema Insani, 2011, 38-41

a). Iqrar nasab untuk dirinya sendiri

Iqrar nasab untuk dirinya sendiri adalah pengakuan ayah terhadap anak, atau anak terhadap ayahnya, seperti “ini anakku,” “ini ayahku” atau “ini ibuku”

b) Ikrar nasab yang ditangguhkan kepada orang lain

Iqrar sesuatu yang mencabang dari pangkal nasab, seperti misalnya seseorang berkata, “ini saudara saya,” atau “ini paman saya”, atau “ini kakek saya” atau “ini cucu saya”.

c. Cara ketiga: Bayyinah atau pembuktian

Pembuktian adalah dalil yang tidak hanya berlaku bagi orang yang mengaku atau berikrah, namun juga bagi orang lain. Adapun pengakuan sebagaimana telah kita ketahui hanyalah dalil dirinya sendiri, tidak untuk orang lain. Penentuan nasab dengan pembuktian sampai saat ini adalah alasan yang paling kuat untuk menentukan dan memutuskan suatu perkara. Penentuan nasab dengan ikrar bisa jadi dibatalkan dengan adanya pembuktian yang bertentangan dengan ikrar tersebut.

Adapun pembuktian yang bisa dijadikan penentu nasab adalah kesaksian dua orang lelaki atau seorang lelaki dan dua perempuan menurut Abu Hifah dan Muhammad. Akan tetapi, menurut Malikiyyah cukup dengan kesaksian dua orang lelaki, sedangkan menurut Syafiiyyah, Hanabilah dan Abu Yusuf harus dengan kesaksian seluruh ahli waris.

Di zaman modern ini, terdapat aplikasi kajian terhadap DNA yang bertujuan menentukan nasab. Atau dengan kata lain, menentukan siapakah induk

(ibu bapak) kepada seseorang manusia. Rata-rata ulama hari ini menerima pakai penggunaan DNA dalam menentukan nasab.

Dr Sulaiman al-Asyqar mengatakan bahwa “Yang jelas pada pandangan saya, malah hampir-hampir saya meyakini bahawa ia (penggunaan DNA) adalah satu kaedah yang betul dari sudut syarak untuk menentukan nasab”.

Dan Dr Umar al-Subayyil berkata pula: “Menerima pakai DNA dalam bidang penentuan nasab adalah satu perkara yang jelas kebenarannya dan jelas keharusannya”.

Majmak Feqh Islami dalam persidangannya kali ke-15 pada tahun 1419H di Makkah telah membuat keputusan keharusan menerima pakai kaedah DNA dalam bidang menentukan nasab. Selain itu banyak lagi fatwa-fatwa dari kalangan ulama moden yang mengharuskan penggunaan DNA, samada fatwa secara persendirian atau secara berkumpulan.⁶⁹

4. Landasan Yuridis Perlindungan Hak-Hak Anak⁷⁰

Indonesia yang mendasarkan segala sesuatunya pada hukum, mennganggap semua sama dalam mata hukum, Berbagai landasan hukum nasional dalam menghapus pelanggaran terhadap hak-hak anak antara lain:

- a. Undang-undang Dasar 1945
- b. Undang-undang No.4 Tahun 1979 Tentang kesejahteraan Anak

⁶⁹ Abu Umar, *Penentuan Nasab melalui pengesahan DNA*, <http://abuumair1.wordpress.com/2008/05/18/penentuan-nasab-melalui-pengesahan-dna/>, diakses pada tanggal 30 Juli 2012

⁷⁰ Mufidah Ch, *Psikologi*, 341

- c. Undang-undang No.7 Tahun 1984 tentang pengesahan konvensi penghapusan segala bentuk diskriminasi terhadap wanita
- d. Keputusan Presiden RI NO.129 Tahun 1998 tentang Rencana aksi nasional Hak Asasi Manusia
- e. Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990 tentang pengesahan *Convention on the right of the child* (konvensi anak-anak)
- f. Undang-undang No. 3 Tahun 1997 Pengadilan anak
- g. Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang hak asasi manusia
- h. Undang-undang No.22 Tahun 1999 tentang pemerintah daerah
- i. Undang-undang No. 25 Tahun 1999 tentang Perimbangan keuangan pemerintah pusat dan daerah
- j. Undang-undang No.39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia
- k. Undang-undang No.1 Tahun 2000 tentang pengesahan ILO *Convention Number 182 Concerning the prohibition ang immediate action for the elimination of the worst form of child labour* (konvensi ILO 182 mengenai pelanggaran dan tindakan segera untuk penghapusan bentuk-bentuk pekerjaan terburuk untuk anak-anak)
- l. Undang-undang No. 26 Tahun 2000 tentang pengadilan hak asasi manusia
- m. Ketetapan MPR RI No. X/MPR/2001 tentang laporan pelaksanaan putusan MPR RI oleh lembaga tinggi Negara pada siding tahunan MPR RI Tahun 2001
- n. Undang-undang No.23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak

- o. Keputusan Presiden RI No. 59 Tahun 2002 tentang rencana Aksi nasional penghapusan bentuk-bentuk pekerjaan terburuk untuk anak-anak
- p. Keputusan Presiden RI No. 87 Tahun 2002 tentang rencana aksi nasional penghapusan eksploitasi seksual komersial anak
- q. Undang-undang No.21 tahun 2007 tentang pemberantasan tindak pidana perdagangan orang.

D. Asas-asas Umum Hukum Islam

1. Pengertian Asas Hukum Islam

Asas berasal dari bahasa arab, asasun artinya dasar, basis, pondasi kalau dihubungkan dengan system berpikir, yang dimaksud adalah landasan berpikir yang sangat mendasar, jika kata asas dihubungkan dengan asas hukum maka yang dimaksud adalah kebenaran yang dipakai sebagai tumpuan berpikir dan alasan berpendapat terutama dalam penegakan dan pelaksanaan hukum.⁷¹

Asas hukum Islam berasal dari dari sumber hukum Islam terutama Al-Quran dan Al-hadist yang dikembangkan oleh akal pikiran orang yang memenuhi syarat untuk berijtihad.⁷²

Menurut Bagir Manan, asas atau prinsip hukum ini sangat penting sebab tanpa asas hukum tidak ada sistem hukum.

“Asas dan prinsip hukum merupakan subsistem terpenting dari suatu sistem hukum. Asas hukum dan prinsip hukum berada pada peringkat yang lebih diatas daripada sistem kaidah. Bukan hanya karena sifatnya yang lebih universal,

⁷¹ Daud Ali, *Hukum Islam*, 126.

⁷² Daud Ali, *Hukum Islam*, 126-127.

melainkan didalam asas hukum tercermin tata nilai dan pesan-pesan kultural yang semestinya diwujudkan oleh kaidah hukum”⁷³

2. Macam-Macam Asas-Asas Umum Hukum Islam

1). Asas keadilan

Alqur'an sebagai sumber utama hukum Islam, telah menyebut kata keadilan lebih dari seribu kali, menempati posisi terbanyak ketiga setelah kata Allah dan Ilmu pengetahuan. Oleh karena banyaknya kata keadilan sehingga Muhammad Daud Ali menyebutnya sebagai asas yang paling penting dalam hukum Islam dan karena itu asas keadilan dapat dikatakan sebagai asas semua asas hukum Islam.

Begitu pentingnya asas keadilan dalam hukum pada umumnya, hukum Islam pada khususnya sehingga perlu dipahami apa sebenarnya makna adil. Apalagi berbuat adil adalah suatu perintah Allah Swt kepada manusia, sesuai firmanNya:

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۗ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلٰٓى

اَلَّا تَعْدِلُوْا اَعْدِلُوْا هُوَ اَقْرَبُ لِلتَّقْوٰى ۗ وَاتَّقُوا اللّٰهَ ۚ اِنَّ اللّٰهَ خَبِيْرٌۢ بِمَا تَعْمَلُوْنَ ﴿٨﴾

Artinya: Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) Karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. berlaku adillah, Karena adil itu lebih dekat kepada

⁷³ Muhammad Alim, *Asas-Asas Negara Hukum Modern dalam Islam*, (Yogyakarta: LKiS,2010), 316

takwa. dan bertakwalah kepada Allah, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.

Makna keadilan

“keadilan” merupakan kata jadian dari kata “adil” yang berawalan “ke” dan akhiran “an” asal kata adil secara etimologis, al-‘adl berarti “tidak berat sebelah, tidak memihak atau menyamakan yang satu dengan lainnya” istilah lain dari al-‘adl adalah al-qist, al-mist (sama bagian / semisal).

Secara terminologis adil berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain baik dari segi nilai maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain, adil juga berarti berpegang kepada kebenaran.⁷⁴

Dalam keadilan prosedur, formal atau keadilan hukum acara, hakim harus netral, kedua belah pihak harus diperlakukan sama, pada tempat duduk yang sama tingginya, raut muka hakim yang sama cerahnya kepada kedua belah pihak, penyebutan nama yang tidak diembel-embeli penghormatan kepada para pihak, pemberian kesempatan yang sama untuk mengajukan dalil-dalil mereka, persamaan dalam waktu untuk mengajukan bukti-bukti, memohon banding bilamana tidak menerima putusan, kesempatan yang sama untuk membaca dan mempelajari berkas perkara, mengajukan memori banding, memberi kesempatan lawannya untuk mengajukan kontra memori banding, memohon kasasi, dan lain-lain persamaan yang menyangkut hukum acara atau *procedural justice*.

Al-qist atau “bagian” (yang wajar dan patut) ini adalah *substantive justice*, keadilan substantive, keadilan materiil, yang seperti tersebut diatas tidak

⁷⁴ Lihat Ensiklopedi Hukum Islam Jilid I (Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van house, 1999), 25.

mengarah kepada persamaan melainkan bagian yang patut, berpihak kepada yang benar. Dalam penerapan keadilan yang substantive ini, pihak yang benar akan mendapat kemenangan sesuai dengan bukti-bukti akan kebenarannya.

Al-Qur'an memberikan contoh penerapan keadilan substantive sebagai berikut :

Jadi didalam keadilan hukum yang harus ada perlakuan yang sama keadilan dalam beracara, *procedural justice* atau *formal justice*, sedangkan yang harus diberikan sesuai dengan bagian yang patut adalah keadilan dalam substansinya atau *substantive justice*.⁷⁵

2. Asas Kepastian Hukum

Asas kepastian hukum adalah sebagian dari ciri negara hukum, negara hukum seperti kita ketahui adalah negara yang setiap langkah kebijaksanaan, baik yang sementara berjalan atau yang akan dilaksanakan oleh pemerintah, berdasarkan hukum, begitu pula masyarakat yang diayomi oleh hukum itu harus berbuat sesuai dengan aturan yang jelas sehingga diharapkan mempedomani dan melaksanakan hukum itu tanpa keraguan.

Sebagai salah satu aspek dalam kehidupan hukum, kepastian hukum berarti berkehendak untuk menciptakan kepastian dalam hubungan antar-orang dalam masyarakat. Untuk maksud itu, yang berhubungan erat sekali dengan masalah kepastian hukum itu berasal dari mana hukum itu berasal artinya, apakah hukum itu berasal dari sumber yang mempunyai otoritas yang sah dan karena itu mengikat dan harus ditaati.

⁷⁵ Muhammad Alim, *Asas-Asas Negara*, 320

Kepastian hukum juga sangat erat terkait dengan asas legalitas. Artinya hukum yang tujuannya antara lain, untuk menertibkan masyarakat, harus jelas diketahui oleh masyarakat sehingga kalau sekiranya didalam hukum itu ada larangan sudah jelas hal-hal yang dilarang itu, demikian pula kalau ada sanksi atas larangan tersebut juga sudah tercantum tegas.

Asas kepastian hukum diperlihatkan contohnya oleh Allah wt, Hukum yang berasal dari Allah Swt sebagai otoritas tertinggi dalam pandangan hukum Islam, suatu hukum yang akan diterapkan dalam masyarakat harus disampaikan sejelas-jelasnya kepada masyarakat itu untuk dipedomani dan dilaksanakan dalam kehidupan mereka, Hal itu antara lain diinformasikan oleh Allah Swt:

وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ﴿٧٦﴾

Artinya: Dan tidak adalah Tuhanmu membinasakan kota-kota, sebelum dia mengutus di ibukota itu seorang Rasul yang membacakan ayat-ayat kami kepada mereka; dan tidak pernah (pula) kami membinasakan kota-kota; kecuali penduduknya dalam keadaan melakukan kezaliman.

Dalam sejarahnya, Al-Quran sebagai sumber pokok hukum Islam yang semula tidak tertulis dan terkumpul dalam satu kitab, akhirnya atas usul Umar bin Khattab kepada khalifah Abu Bakar dimulailah mengumpulkan ayat-ayat al-Quran itu dan akhirnya terkumpul, namun masih berserakan dan belum teratur seperti sekarang yang pada akhirnya mushaf al-Quran tersebut tersimpan pada hafshah binti umar, oleh karena Al-Quran seperti itu, lalu Usman bin Affan

⁷⁶ QS: Al-Qashas (28): 59.

mementuk panitia untuk menyusun Al-Quran yang diketuai oleh Zaid bin Tsabit, dengan anggota Abdullah bin Zubair dan Abdurrahman bin Haris, panitia inilah yang menyelesaikan penyusunan al-Quran dan membukukannya hingga selesai. Buku yang berisi ayat-ayat Al-Quran secara lengkap pertama itu disebut mushaf, dan biasa dinamakan mushaf Usman.

Yang terpenting dari kepastian hukum sebagai salah satu, bukan satu-satunya, asas hukum Islam dalam bentuknya yang tertulis ialah bahwa satu diantara ciri hukum modern selain dari asas territorial, dalam arti hukum itu berlaku diseluruh wilayah Negara, hukum sebagai instrument yang dipergunakan secara sadar untuk mewujudkan keputusan-keputusan politik masyarakatnya, hukum modern itu adalah dalam bentuk tertulis.⁷⁷

3. Asas Kemanfaatan

Imam Ahmad meriwayatkan dari sahabat Abu Hurairah, bahwa ketika Rasulullah SAW, tiba di madinah beliau melihat para sahabat sedang minum khamar dan berjudi kemudian para sahabat menanyakan mengenai khamar dan judi lalu, turunlah firman Allah Swt. (QS, al-Baqarah(2):219), sebagai jawaban atas pertanyaan mereka, yaitu:

⁷⁷ Muhammad Alim, *Asas-Asas Negara*, 324.

يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ۗ وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْغَفْوَةُ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ 78

Artinya: Mereka bertanya kepadamu tentang khamar dan judi. Katakanlah: "Pada keduanya terdapat dosa yang besar dan beberapa manfaat bagi manusia, tetapi dosa keduanya lebih besar dari manfaatnya". dan mereka bertanya kepadamu apa yang mereka nafkahkan. Katakanlah: " yang lebih dari keperluan." Demikianlah Allah menerangkan ayat-ayat-Nya kepadamu supaya kamu berfikir,

Didalam meminum khamar dan bermain judi tetap ada manfaatnya, akan tetapi dosa atau mudaratnya lebih besar sehingga dilarang, disini kelihatan bahwa hukum Islan juga menganut asas manfaat

Asas manfaat tersirat dari ketentuan al-Quran:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۗ أَحْرٌ بِأَحْرٍ وَعَبْدٌ بِعَبْدٍ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۗ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنْ أَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ 79

Artinya: Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishaash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula). yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, Maka baginya siksa yang sangat pedih.

⁷⁸ QS: Al-Baqarah(2): 219

⁷⁹ QS: Al-Baqarah(2): 178

Dengan begitu maka hukum Islam mengutamakan kemanfaatan dan didalam Al-Quran sebagai sumber utama hukum Islam telah mengemukakan asas manfaat sebagai salah satu asas hukumnya, yang berarti sejak abad ketujuh masehi hukum Islam telah menganut asas manfaat sebagai salah satu asas hukumnya, sehingga ketika Jeremy bentham dalam bukunya Dr Muhammad alim telah mengemukakan bahwa tujuan hukum adalah menjamin kebahagiaan terbesar untuk jumlah manusia yang terbesar, yang dalam ilmu hukum biasa disebut aliran kemanfaatan (*utilitarianism*) ia berarti telah ketinggalan sebelas abad dari ajaran Islam.⁸⁰

⁸⁰ Muhammad Alim, *Asas-Asas Negara* 324-327