

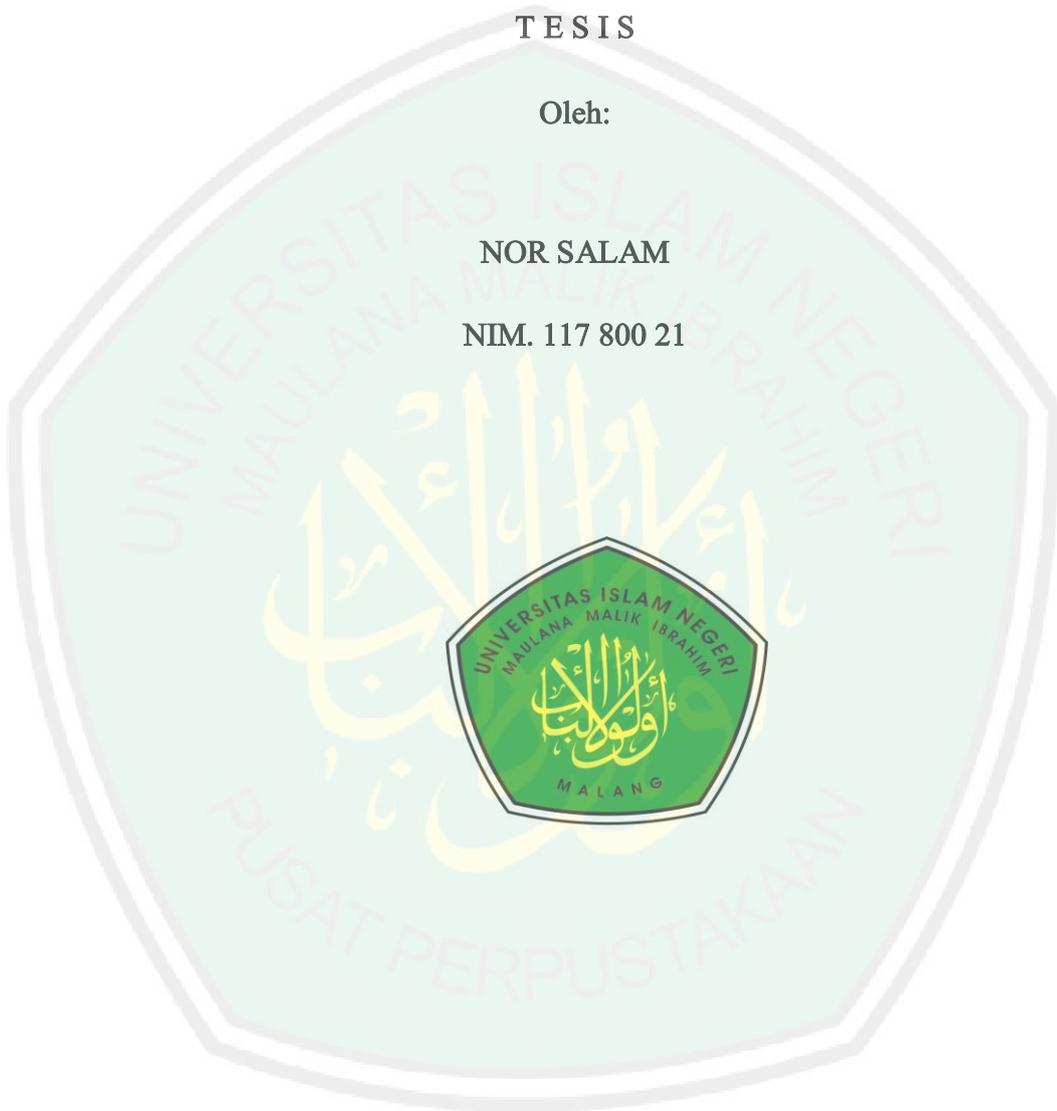
**PEMBARUAN HUKUM KELUARGA ISLAM DI INDONESIA  
MELALUI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI  
(Studi Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)**

**T E S I S**

Oleh:

**NOR SALAM**

**NIM. 117 800 21**



**PROGRAM MAGISTER AL-AḤWĀL AL-SHAKHṢIYAH**

**SEKOLAH PASCASARJANA**

**UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM**

**MALANG**

**2013**

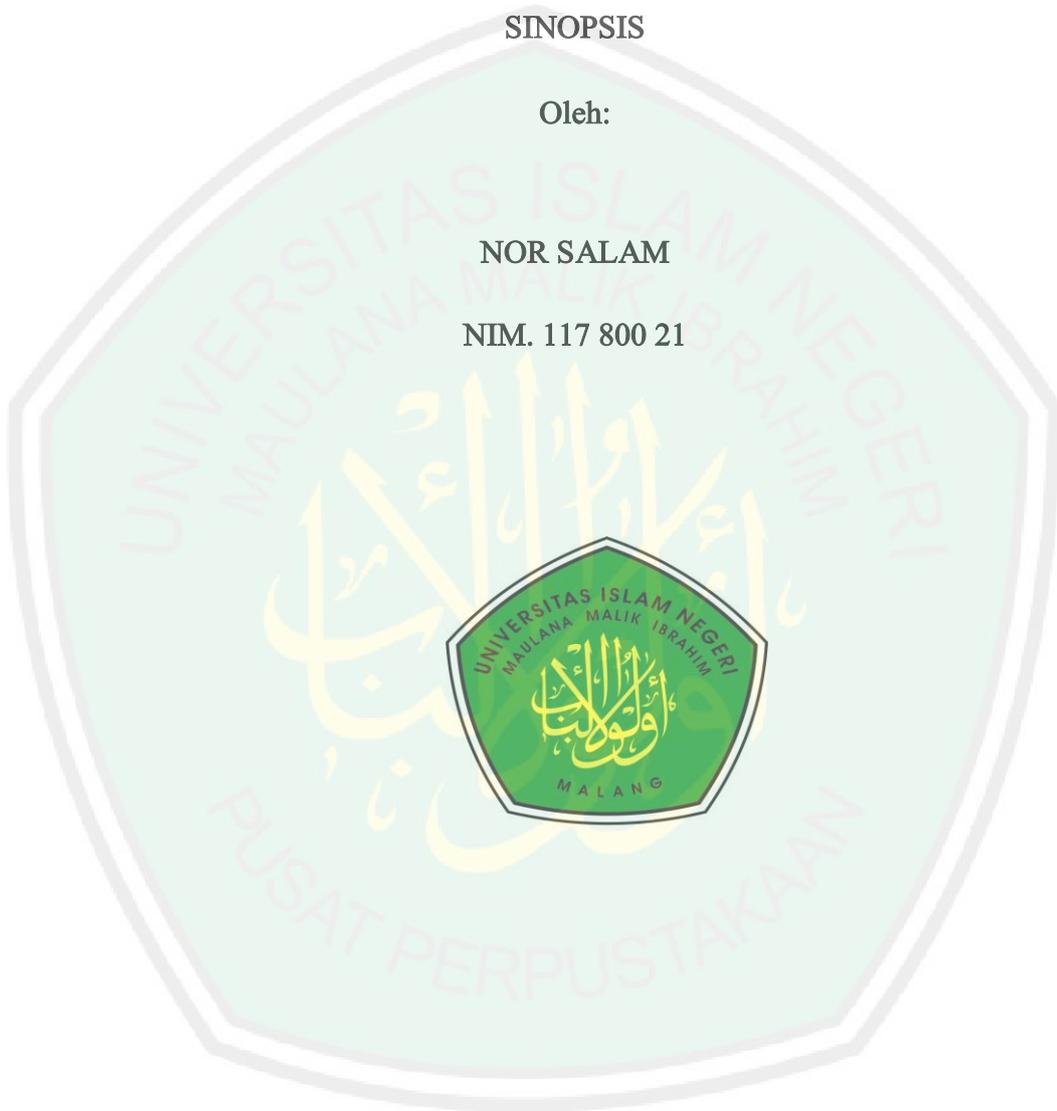
**PEMBARUAN HUKUM KELUARGA ISLAM DI INDONESIA  
MELALUI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI  
(Studi Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)**

**SINOPSIS**

Oleh:

**NOR SALAM**

**NIM. 117 800 21**



**PROGRAM MAGISTER AL-AḤWĀL AL-SHAKHṢIYAH**

**SEKOLAH PASCASARJANA**

**UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM**

**MALANG**

**2013**

PEMBAHARUAN HUKUM KELUARGA ISLAM DI INDONESIA  
MELALUI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI  
(Studi Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)

T E S I S

Diajukan kepada Sekolah Pascasarjana  
Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang  
untuk memenuhi beban studi pada  
Program Magister al-Aḥwāl al-Shakhsīyah

Oleh:

NOR SALAM  
NIM. 117 800 21

Pembimbing:

Pembimbing I

Dr. KH. Dahlan Tamrin, M. Ag  
NIP. 195003241983031002

Pembimbing II

Dr. H. Supriyadi, SH., MH  
NIP. 357 / FH

PROGRAM MAGISTER AL-AḤWĀL AL-SHAKHŞIYAH  
SEKOLAH PASCASARJANA  
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM  
MALANG  
2013

## LEMBAR PERSETUJUAN PEMBIMBING

Tesis dengan judul “Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi (Studi Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)” ini telah diperiksa dan disetujui untuk diuji.

Malang, 4 April 2013  
Pembimbing I

DR. KH. Dahlan Tamrin, M. Ag  
NIP. 195003241983031002

Pembimbing II

DR. H. Supriyadi, SH., MH  
NIP. 357 / FH

Malang, 4 April 2013  
Mengetahui,  
Ketua Program Magister Ahwāl Shakhṣiyah

DR. KH. Dahlan Tamrin, M. Ag  
NIP. 195003241983031002

## LEMBAR PENGESAHAN TESIS

Tesis dengan judul “Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi (Studi Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)” ini telah diuji dan dipertahankan di depan sidang dewan penguji pada tanggal 11 April dan telah dinyatakan lulus dengan nilai A.

Dewan Penguji,  
Ketua,

Dr. H. Fadil Sj., M. Ag  
NIP. 196512311992031046

Penguji Utama,

Prof. Dr. H. Kusno Adi, SH., M. Hum  
NIP. 194407281976031002

Anggota/Pembimbing I

DR. KH. Dahlan Tamrin, M. Ag  
NIP. 195003241983031002

Anggota/Pembimbing II

DR. H. Supriyadi, SH., MH  
NIP. 357 / FH

Mengetahui,  
Direktur Sekolah Pascasarjana  
UIN Maulana Malik Ibrahim Malang

Prof. Dr. H. Muhaimin, MA  
NIP. 195612111983031005

## LEMBAR PERNYATAAN KEASLIAN TESIS

Saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Nor Salam  
NIM. : 11780021  
Program Studi : Magister al-Aḥwāl al-Shakhṣiyah  
Alamat : Jl. Sapu Masalembu-Sumenep  
Judul Penelitian :

Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia  
Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi  
(Studi Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa dalam hasil penelitian ini tidak terdapat unsur-unsur penjiplakan karya orang lain kecuali yang secara tertulis disebutkan dalam sumber kutipan dan daftar pustaka. Apabila di kemudian hari ternyata hasil penelitian ini terbukti terdapat unsur-unsur penjiplakan, maka saya bersedia diproses secara hukum.

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

Pasuruan, 6 Maret 2013  
Penulis,

Nor Salam  
NIM. 11780021

## MOTTO

Sejak hukum itu berubah dari substansi keadilan dan hidup berkeadilan menjadi teks, skema, kebahasaan, maka kita berhadapan dengan substansi pengganti bukan lagi barang asli. Di sini kita tidak lagi membicarakan “hukum sebenarnya” melainkan “mayat-mayat hukum”.

(Satjipto Rahardjo dalam *Penegakan Hukum Progresif*)

Dengan selalu berangkat dari problem dan realitas saat ini maka pemahaman terhadap *naş* akan selalu dinamis dan hidup, sebab hanya kitalah yang paham tentang problem dan realitas kita sendiri bukan Nabi Muhammad, bukan para sahabat dan juga bukan para tabi'in.

(Muhammad Shahrūr, dikutip oleh Muhyar Fanani dalam *Fiqh Madani: Konstruksi Hukum Islam di Dunia Modern* )

Dengan tidak sengaja manusia telah mendirikan tambahan rukun iman, yaitu beriman kepada ulama-ulama yang dahulu, beriman kepada sesama manusia yang buah pikirannya tak dapat dijamin akan tetap kekal.

(Hazairin, dikutip oleh Abdul Ghofur Anshori dalam *Filsafat Hukum Kewarisan Islam*)

## PERSEMBAHAN

Untuk ayah-bundaku, Moh. Hamid dan Satimah binti Khabir (*almh.*) teriring doa *allāhumma ighfir lahā wa irḥamhā wa ‘āfihā wa u’fu ‘anhā wa akrim nuzulāhā wa wassi’ madkhalahā* tulisan ini saya persembahkan.

Untuk adikku tercinta, Wazīrat al-Muṭmainnah binti Moh. Hamid, keluguanmu adalah semangatku dan maafkan kakak yang tidak bisa selalu menemanimu.

Untuk pendampingku, Miftahul Hikmah, S. PdI, terima kasih atas canda tawa yang telah Engkau hiaskan dalam hari-hariku.

Untuk seluruh keluarga besar tercinta di Shalembu *Island*, terima kasih atas petuah yang selalu kalian sabdakan. Kalian pula yang telah membangkitkan semangatku di saat aku harus terjatuh dan terbangun dalam menghadapi lika-liku hidup ini. Kepada kalian pula tulisan ini saya persembahkan.

## PEDOMAN TRANSLITERASI

Penulisan Tesis ini menggunakan transliterasi Arab-Indonesia sebagaimana di bawah ini, kecuali untuk nama orang atau istilah-istilah yang telah umum ditulis dalam bahasa Indonesia sehingga dalam tesis ini akan ditemukan penulisan nama orang dan beberapa istilah yang tidak mengikuti terhadap pedoman transliterasi ini.

No	Arab	Indonesia	No	Arab	Indonesia
1	ا	Tidak dilambangkan	15	ض	ḍ
2	ب	b	16	ط	ṭ
3	ت	t	17	ظ	dz
4	ث	th	18	ع	‘
5	ج	j	19	غ	gh
6	ح	ḥ	20	ف	f
7	خ	kh	21	ق	q
8	د	d	22	ك	k
9	ذ	dh	23	ل	l
10	ر	r	24	م	m
11	ز	z	25	ن	n
12	س	s	26	و	w
13	ش	sh	27	هـ	h
14	ص	ṣ	28	ي	y

Untuk menunjuk pada bunyi huruf vokal (*madd*) ditulis dengan menggunakan coretan horisontal (*macron*) di atas huruf a, i, dan u seperti dalam contoh berikut:

Vokal (a) ditulis dengan ā, misalnya قال menjadi qāla

Vokal (i) ditulis dengan ī, misalnya قيل menjadi qīla

Vokal (u) ditulis dengan ū, misalnya دون menjadi dūna

## DAFTAR ISI

Halaman Sampul.....	i
Halaman Judul.....	ii
Lembar Persetujuan Pembimbing.....	iii
Lembar Pengesahan Tesis.....	iv
Lembar Pernyataan Keaslian Tesis .....	v
Motto .....	vi
Persembahan .....	vii
Pedoman Transliterasi .....	viii
Daftar Isi .....	ix
Kata Pengantar.....	xi
Abstrak.....	xiii
<b>BAB I PENDAHULUAN</b>	
A. Latar belakang.....	1
B. Batasan Masalah dan Fokus Penelitian .....	7
C. Tujuan dan Manfaat Penelitian.....	7
D. Orisinalitas Penelitian.....	8
E. Definisi Istilah.....	11
F. Kerangka Teori .....	12
1. Teori Hukum Progresif .....	12
2. Teori <i>Maṣlahah</i> .....	15
G. Metode Penelitian .....	19
1. Jenis Penelitian .....	19
2. Pendekatan Penelitian .....	20
3. Sumber Data .....	21
4. Instrumen Pengumpulan Data .....	22
5. Teknik Analisis Data .....	22
H. Sistematika Pembahasan .....	23
<b>BAB II PEMBARUAN HKI DAN UNDANG-UNDANG NOMOR 1</b>	
<b>TAHUN 1974: MEMAHAMI KEMBALI ANAK LUAR KAWIN</b>	
<b>DAN PENCATATAN PERKAWINAN</b>	
A. Pembaruan KHI dalam Dimensi Pemaknaan dan Kilasan	
Historis .....	24
1. Memaknai Konsep Pembaruan HKI .....	24
2. Historisitas Pembaruan HKI: Meneguhkan Undang-Undang	
Nomor 1 Tahun 1974 sebagai Wujud Pembaruan HKI di	
Indonesia.....	30
B. Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 dalam Berbagai	
Perspektif.....	35
1. Undang-Undang No. 1/1974 dalam Perspektif	
Historis – Politis.....	35

2. Undang-Undang No. 1/1974 dalam Perspektif Sosiologis - Filosofis .....	42
C. Anak Luar Kawin dan Pencatatan Perkawinan dalam Sorotan.....	48
1. Anak Luar Kawin dalam Sorotan Fiqh Islam dan Undang- Undang Nomor 1 Tahun 1974 .....	48
2. Pencatatan Perkawinan dalam Sorotan Fiqh Islam dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.....	53
<b>BAB III MENAKAR KEWENANGAN MK SEBAGAI LEMBAGA PENGAWAL KONSTITUSI</b>	
A. Kewenangan Mahkamah Konstitusi: Antara Konstitusionalitas dan Despotisme Kewenangan .....	57
1. Definisi dan Sumber Kewenangan .....	57
2. Eksistensi dan Kewenangan MK dalam Sistem Ketanegaraan di Indonesia .....	61
3. MK dan Despotisme Kewenangan .....	64
B. <i>Judicial Review</i> : Eksaminasi terhadap Kostitusionalitas Undang-Undang .....	67
1. MK dan <i>Judicial Review</i> .....	67
2. Deskripsi Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 .....	72
<b>BAB IV PEMBARUAN HKI DAN PEMAKNAN ANAK LUAR KAWIN</b>	
A. Putusan MK dan Pembaruan HKI .....	79
B. Memaknai Anak Luar Kawin dalam Putusan MK .....	89
<b>BAB V PENUTUP</b>	
A. Kesimpulan .....	101
B. Saran .....	101
<b>DAFTAR PUSTAKA</b>	
<b>LAMPIRAN</b>	

## KATA PENGANTAR

*Bismillāhirrahmānirrahīm,*

Puji syukur kehadirat Allah, Tuhan semesta Alam, yang telah memberikan karunia rahmat dan hidayah sehingga penulis mampu menyelesaikan tesis ini. Shalawat dan salam semoga senantiasa terlimpahkan kepada nabi Muhammad Saw beserta para *ahl al-baitnya*.

Selain itu penyelesaian Tesis ini tidak terlepas dari keterlibatan para pihak yang telah memberi kesempatan dan dorongan. Oleh karena itu, dalam kesempatan ini penulis ingin mengucapkan terima kasih kepada:

1. Prof. Dr. H. Mudjia Rahardjo, M.Si, selaku Rektor Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang.
2. Prof. Dr. H. Muhaimin, M.A., selaku Direktur SPs. UIN Maulana Malik Ibrahim Malang.
3. Dr. KH. Dahlan Tamrin, M. Ag., selaku Kaprodi Magister al-Aḥwāl al-Shakṣiyah dan sekaligus sebagai pembimbing I serta Dr. H. Fadil Sj., M. Ag., sebagai sekretaris Prodi sekaligus ketua penguji yang telah banyak memberikan arahan kepada penulis.
4. Prof. Dr. H. Kusno Adi, SH., M. Hum yang telah bertindak sebagai penguji utama.
5. Dr. H. Supriyadi, SH., MH., selaku pembimbing II yang sangat luar biasa dalam memberikan masukan serta kritik-kritik yang membangun.
6. Dr. Hj. Umi Sumbulah, M. Ag., yang telah membantu kesulitan penulis baik dalam hal akademik maupun dalam hal finansial.
7. Ayah-Bunda, Moh. Hamid dan Satimah (*almh.*) yang telah mendoakan penulis sehingga tesis ini dapat terselesaikan sesuai dengan waktu yang telah penulis rencanakan.
8. Ust. Ikhwan Makhmud, S.E., M. PdI dan Bunda Muzaidah yang telah menjadi orang tua asuh di tempat pengabdian penulis.
9. Para sesepuh yang telah mendidik penulis dengan ilmu-ilmu hikmah, mereka adalah Prof. KH. Ahmad Abdul Madjid, MA., (*alm.*), *Murabbi*

*Rūhī* KH. Abbas Abdul Hamid, Kyai Moh. Dihrah al-Khairī (*alm.*), KH. Abdurrahman (Bluto), Kyai Yeyed (Probolinggo) dan pamanku, *mu'allim* Sudirman, S. Pdl.

10. Teman-teman Magister al-Aḥwāl al-Shakhṣiyah angkatan 2011 yang telah menciptakan pertemanan yang tidak bisa terlupakan. Terima kasih atas ide-ide yang telah kalian lontarkan dalam setiap diskusi.
11. Mas Anas Kholis, S. HI., M. HI., yang telah bersedia untuk berdiskusi secara panjang lebar dan sering kali meminjamkan dan menunjukkan buku-buku literatur yang saya butuhkan.
12. Seluruh dewan guru dan para dosen serta seluruh staf dan karyawan di Yayasan Pendidikan Diniyah KH. M. Dahlan. Terima kasih atas “sentilan-sentilan” yang telah membuatku menjadi lebih dewasa dalam menghadapi kenyataan.

Terakhir, harus penulis akui bahwa tulisan ini hanyalah hasil bacaan penulis terhadap literatur yang sangat terbatas dengan kemampuan yang terbatas pula, karenanya tesis ini sangat jauh dari kesempurnaan, sehingga dengan rendah hati penulis sangat berharap adanya kritik dan saran yang bersifat konstruktif dari para pihak demi kesempurnaan dan pengembangan penulisan selanjutnya dan semoga tesis ini bisa bermanfaat bagi penulis khususnya serta para pembaca secara umum.

*Wallāhul muwāfiq ilā aqwāmi al-ṭarīq*

*Ihdinā Shirāṭ al-Mustaqīm*

Pasuruan, 6 Maret 2013

Hormat saya,

Penulis

## ABSTRAK

Salam, Nor, 2013, 11780021, *Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi MK (Studi Kasus Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)*. Tesis, Program Studi Magister al-Aḥwāl al-Shakḥsiyah Sekolah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, Pembimbing: (I) Dr. KH. Dahlan Tamrin, M. Ag., (II) Dr. H. Supriyadi, SH., MH.

---

*Kata Kunci: Pembaruan Hukum Keluarga Islam, Putusan Mahkamah Konstitusi*

Dalam hukum islam, berdasarkan pada dalil al-Qurān dan Ḥadīth, anak luar kawin dianggap hanya bernasab kepada ibu dan keluarga ibunya. Hal yang sama juga diatur dalam pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang secara tegas menyebutkan anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Namun, setelah adanya putusan MK tentang *judicial review* terhadap undang-undang tersebut, anak luar kawin dianggap memiliki hubungan perdata tidak hanya kepada ibunya namun juga kepada ayah biologisnya.

Persoalan di atas, penulis kaji dengan mengajukan dua fokus kajian yaitu mengenai kontribusi putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap pembaruan HKI di Indonesia. Begitu juga substansi putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tersebut apakah berlaku terhadap semua anak yang berstatus anak luar kawin berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 ataukah ada pembatasan.

Untuk menemukan jawaban dari dua fokus kajian di atas, penulis menggunakan jenis penelitian hukum normatif atau hukum doktriner dengan pendekatan studi kasus hukum (*legal case study*) yang tergolong sebagai studi kasus hukum yudisial (*judicial case study*) sehingga tentu saja data yang dipakai meliputi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang kemudian dikaji melalui studi kepustakaan (studi dokumen) dan dianalisis dengan menggunakan teknik *content analysis method* dengan tipe analisis yuridis (*juridical analysis*)

Dari rangkaian penelitian yang dilakukan menemukan dua kesimpulan, yaitu, *pertama*, Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 telah memenuhi unsur-unsur Pembaruan Hukum Keluarga sehingga putusan tersebut layak disebut sebagai pembaruan terhadap Hukum Keluarga Islam di Indonesia. *Kedua*, cakupan putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 hanyalah anak luar kawin yang dihasilkan dari perkawinan bawah tangan.

Sebagai tindak lanjut terhadap hasil penelitian ini maka, *pertama*, perlunya unifikasi ketentuan terhadap pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. *Kedua*, perlunya pembaruan terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dengan memberikan aturan perlakuan hukum yang tegas terhadap anak luar kawin serta ayah dan ibunya sebagai penyebab lahirnya anak luar kawin.

## BAB I PENDAHULUAN

### A. Latar belakang

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) menempati posisi tertinggi dalam hirarki peraturan di Indonesia, sehingga ia harus dijadikan sebagai sumber hukum tertinggi dalam pembentukan peraturan yang ada di bawahnya. Konsekuensi lain adalah, secara hirarkis tidak boleh terjadi pertentangan antara undang-undang yang berada di bawah UUD 1945 dengan substansi UUD 1945,<sup>1</sup> sesuai dengan *stufenbau theorie* yang dikenal dalam teori hukum.<sup>2</sup> Hal demikian tentu saja tidak terlepas dari eksistensi UUD yang sebagaimana dikatakan oleh A. A. H Struycken dan selanjutnya dikutip oleh Dahlan Thaib bahwa UUD adalah dokumen formal yang berisi hasil perjuangan politik bangsa di masa lampau. Selain itu, UUD juga dipandang sebagai tingkat tertinggi perkembangan ketatanegaraan bangsa. Selain dua hal

<sup>1</sup> Efik Yusdiansyah, *Implikasi Keberadaan Mahkamah Konstitusi terhadap Pembentukan Hukum Nasional dalam Kerangka Negara Hukum*, cet. Ke-1 (Bandung: CV. Lubuk Agung, 2010), hlm. 1.

<sup>2</sup> Dalam teori hukum diperkenalkan *stufenbau theorie* yang dikembangkan oleh para pemikir di antaranya adalah Merkl, Hans Kelsen dan H. L. A. Hart. Teori ini menyebutkan bahwa seluruh sistem hukum mempunyai struktur piramidal mulai dari yang abstrak (ideologi negara dan UUD) sampai yang konkrit (UU dan Peraturan Pelaksanaan), sehingga suatu peraturan baru dapat diakui secara legal bila tidak bertentangan dengan peraturan-peraturan yang berlaku pada suatu jenjang yang lebih tinggi. Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum: Sejarah, Aliran dan Pemaknaan* (Yogyakarta: Gajahmada University Press, 2006), hlm. 42. Dalam konteks Indonesia sebagaimana disebutkan dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat; Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; Peraturan Pemerintah; Peraturan Presiden; Peraturan Daerah Provinsi; Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, hirarki peraturan di Indonesia diatur dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 dan Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004. Dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 meliputi UUD 1945, Ketetapan MPRS/MPR, UU/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden dan Peraturan Pelaksanaan lainnya seperti Peraturan Menteri, Instruksi Menteri dan lain-lain. Sedangkan dalam Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 meliputi UUD 1945, Ketetapan MPR RI, UU, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden dan Peraturan Daerah. Sementara menurut Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004, hirarki peraturan meliputi UUD 1945, UU/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah yang meliputi: Peraturan Daerah Propinsi, Peraturan Daerah Kabupaten/Kota, Peraturan Desa/Peraturan yang setingkat. Lihat dalam, Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review* (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm. 69

yang telah disebutkan ini, masih menurut Struycken, UUD juga merupakan pandangan tokoh bangsa yang hendak diwujudkan baik untuk waktu sekarang maupun yang akan datang, serta yang tak kalah pentingnya, UUD merupakan keinginan yang hendak diwujudkan dalam perkembangan kehidupan ketatanegaraan bangsa yang hendak dipimpin.<sup>3</sup>

Namun dalam konteks Indonesia, UUD 1945 yang merupakan sumber hukum tertinggi harus teruji “kekeramatannya” ketika berhadapan dengan isu reformasi yang menggulirkan wacana amandemen terhadap UUD 1945. Bahkan tidak hanya sekedar wacana, amandemen terhadap UUD 1945 menjadi kenyataan tatkala pada tanggal 19 Oktober 1999 melalui sidang istimewa MPR dilakukan amandemen pertama terhadap UUD 1945. Kemudian dilakukan amandemen kedua pada tanggal 18 Agustus 2000 melalui sidang tahunan MPR. Setelah itu, pada tanggal 9 November 2001 dan 10 Agustus 2002 dilakukan amandemen ketiga dan keempat melalui sidang tahunan MPR.<sup>4</sup>

Amandemen di atas yang bahkan secara berturut-turut antara tahun 1999 hingga 2002 telah menjadi isyarat bahwa UUD 1945 adalah produk masanya sebagai akumulasi pemikiran para negarawan yang ada di dalamnya, sehingga bukan hal yang mustahil jika dalam kurun waktu perkembangannya mungkin saja terasa sesuatu yang perlu diubah untuk menyesuaikan dengan perkembangan sistem ketatanegaraan yang dianut, sehingga amandemen merupakan sebuah keniscayaan.<sup>5</sup>

Termasuk tuntutan perkembangan zaman dan dinamika ketatanegaraan Indonesia adalah kebutuhan terbentuknya lembaga peradilan baru yakni Mahkamah Konstitusi (MK) dengan kewenangan khusus yang merupakan bentuk *judicial control* dalam kerangka sistem *check and balances* di antara cabang-

---

<sup>3</sup> Dahlan Thaib, dkk., *Teori dan Hukum Konstitusi*, cet. Ke-9 (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2011), hlm. 81

<sup>4</sup> Lihat dalam, Soehino, *Hukum Tata Negara*, cet. Ke 1 (Yogyakarta: BPFE-Yogyakarta, 2004), hlm. 34; Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, cet. 1 (Jakarta: Kencana, 2010), hlm. 1; Taufiqurrohman Syahuri, *Hukum Konstitusi*, cet. 1 (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), hlm. 207-208; Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Cet. 1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 47

<sup>5</sup> Dahlan Thaib, *Ketatanegaraan Indonesia Perspektif Konstitusional* (Yogyakarta: Total Media, 2009), hlm. 254

cabang kekuasaan pemerintahan.<sup>6</sup> Berdasarkan pemikiran itulah, MK terbentuk melalui amanat UUD 1945 pasal 24 ayat (2). Pasal tersebut secara tegas memasukkan MK sebagai salah satu lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman,<sup>7</sup> yang salah satu kewenangannya –sebagaimana disebutkan dalam pasal 24 C ayat 1 UUD 1945 –adalah melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 yang putusannya dianggap final.<sup>8</sup>

Dengan demikian, maka jelaslah bahwa MK sebagaimana dikatakan Jimly Asshiddiqie dan selanjutnya dikutip oleh Maruarar Siahan memang dikonstruksikan sebagai pengawal konstitusi yang fungsinya adalah untuk menegakkan keadilan konstitusional di tengah kehidupan masyarakat. Selain itu, masih menurut Jimly, MK juga bertugas untuk mendorong dan menjamin agar konstitusi dihormati dan dilaksanakan oleh semua komponen Negara secara konsisten dan bertanggung jawab, serta peranan yang tidak kalah pentingnya dari keberadaan MK adalah sebagai penafsir terhadap konstitusi sehingga spirit konstitusi selalu hidup dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat.<sup>9</sup>

Berangkat dari kewenangan itulah, MK berhak untuk melakukan uji materi terhadap undang-undang termasuk Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan<sup>10</sup> sebagaimana tampak pada putusan nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Pengujian terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang mana salah satu putusannya adalah membatalkan pasal 43 ayat (1) Undang-

<sup>6</sup> Maruarar Siahan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, edisi ke 2, cet. Ke-1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), hlm. 1

<sup>7</sup> Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 berbunyi:

*“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. \*\*\*)*

<sup>8</sup> Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 berbunyi:

*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undangundang terhadap UndangUndang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. \*\*\*)*

<sup>9</sup> Maruarar, *Hukum Acara*, hlm. 8

<sup>10</sup> Istilah perkawinan atau pernikahan dalam literatur fiqih diistilahkan dengan al-zawāj dan al-nikāḥ. Kedua kata tersebut diartikan dengan akad yang membolehkan suami isteri untuk berhubungan badan sesuai dengan ketentuan shara’. Muhammad Muḥyiddīn Abdul Ḥamīd, *al-Aḥwal al-Shakhsyah fī al-Sharī’ah al-Islāmiyah* (Beirūt: Dār al-Kutub al-Islāmiyah, 2003), hlm. 10. Dalam tulisan ini, untuk menghindari inkonsistensi peristilahan, maka penulis memilih untuk menggunakan istilah perkawinan sebagai istilah yang dipakai dalam perundang-undangan.

Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang berbunyi: ‘*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*’. MK menilai bahwa Pasal tersebut bertentangan dengan UUD 1945, sehingga pasal tersebut dirubah menjadi “*anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.*”<sup>11</sup>

Dengan putusan itu, maka anak luar kawin yang semula hanya memiliki hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya, setelah adanya putusan MK ini menjadi berhak untuk memiliki hubungan nasab bahkan hak-hak pemeliharaan dari ayah biologisnya, selama dapat dibuktikan melalui ilmu pengetahuan dan teknologi ataupun alat bukti lainnya.

Menanggapi putusan di atas, KH. Ma’ruf Amin dalam pernyataannya secara tegas mengatakan:

“Putusan MK tersebut menuai kontroversi serta menimbulkan kegelisahan, kerisauan, bahkan keguncangan di kalangan umat Islam, karena berkembang pendapat dan pemahaman masyarakat, bahwa putusan MK tersebut telah mengubah *sharī’ah* Islam, melanggar ajaran Islam, dan mengubah tatanan kehidupan umat Islam yang selama ini berlaku. Menanggapi perkembangan tersebut, MUI punya tanggungjawab untuk mempertahankan agama Islam dan melindungi umat Islam Indonesia. MUI memandang penting untuk memberikan tanggapan terhadap putusan MK, sekaligus memberikan panduan tegas dan jelas kepada umat Islam dengan mengembalikan tatanan kehidupan umat Islam seperti sedia kala.”<sup>12</sup>

Sejalan dengan pandangan KH. Ma’ruf Amin, Ikatan Cendekiawan Muslim Indonesia (ICMI) Kabupaten Aceh Barat, Provinsi Aceh, melalui ketuanya Syamsuar Basyariah, meminta MK mengkaji ulang keputusan mengabulkan

<sup>11</sup> *Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*, hlm. 35

<sup>12</sup> <http://www.voa-islam.com/news/indonesiana/2012/03/14/18166/mui-kecam-putusanmktentang-status-anak-zina-acakacak-syariat-islam/>. *download* pada tanggal 15 November 2012. Kaitannya dengan putusan MK tersebut, MUI mengeluarkan Fatwa Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya. Fatwa ini kemudian didukung secara resmi –salah satunya oleh organisasi *Wahdah Islāmiyah* sebagaimana terlihat dalam Pernyataan Sikap No. K.002/IL/PIMUM-WI/IV/1433 tentang Dukungan *Wahdah Islāmiyah* atas Fatwa MUI Pusat tentang Penolakan Keputusan Mahkamah Konstitusi (MK) Perihal Status Anak yang Lahir di Luar Nikah. Untuk lebih jelasnya, Fatwa Nomor 11 Tahun 2012 dan Pernyataan Sikap No. K.002/IL/PIMUM-WI/IV/1433 dapat dibaca dalam lampiran.

permohonan uji materil atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, karena diduga bisa menimbulkan kontroversi di kalangan ulama. Menurut Syamsuar, sekalipun jika dilihat dari sisi administrasi kenegaraan si anak berhak mendapat hak-hak perdata, semisal pembuatan KTP, namun keputusan tersebut bertentangan dengan norma Islam dan administrasi negara tentang perkawinan.<sup>13</sup>

Pandangan berbeda dikemukakan oleh Amir Syamsuddin yang menganggap putusan MK sebagai ijtihad yang revolusioner dalam bidang perkawinan. Menurut menteri Hukum dan HAM ini, putusan tersebut adalah putusan yang sangat bijaksana. Beliau sependapat dengan putusan MK tentang status anak di luar kawin. Dalam komentarnya, ia menegaskan:

“Saya anggap itu suatu putusan yang sangat bijaksana dan sangat baik untuk diterapkan agar status anak-anak ini menjadi jelas dan perlindungan hukumnya terjamin. Sehingga tidak ada orang yang dengan mudahnya mengingkari kewajibannya kepada anaknya, terutama mereka yang masih berada di bawah umur.<sup>14</sup>

Memang di satu sisi, nasab dalam hukum perkawinan islam menempati posisi yang begitu urgen, karena dari hubungan nasab inilah kemudian akan lahir akibat hukum lainnya seperti perwalian maupun hak untuk mewarisi. Namun demikian, seorang anak yang dimasukkan ke dalam kategori anak luar kawin selama ini tetap dianggap memiliki nasab hanya kepada ibu dan keluarga ibunya. Pandangan ini menurut Ibnu Rusd adalah kesepakatan para ulama, sehingga tanggung jawab atas segala keperluannya, baik materiil maupun spirituil adalah ibunya dan keluarga ibunya. Demikian pula halnya dengan hak waris-mewaris.<sup>15</sup>

Kaitannya dengan nasab ini pulalah, menurut riwayat Abū Ḥurairah ra., Rasūlullah bersabda yang artinya “*anak-anak yang dilahirkan adalah untuk laki-laki yang punya isteri (yang melahirkan anak itu) dan bagi pezina adalah rajam.*<sup>16</sup> *Ḥadīth* ini memberikan pemahaman bahwa nasab anak yang lahir dalam dan karena perkawinan yang sah adalah dihubungkan dengan ayah kandungnya.

<sup>13</sup>[http://bimasislam.kemenag.go.id/index.php?option=com\\_content&view=article&id=373&catid=49%3Aartikel&Itemid=1](http://bimasislam.kemenag.go.id/index.php?option=com_content&view=article&id=373&catid=49%3Aartikel&Itemid=1). Di *download* pada tanggal 15 November 2012

<sup>14</sup><http://www.voaislam.com/news/indonesiana/2012/03/14/18166/mui-kecam-putusanmktentang-status-anak-zina-acakacak-syariat-islam/>. di *download* pada tanggal 15 November 2012

<sup>15</sup> Ibnu Rusd, *Bidāyah al-Mujtahid*, Juz V, (Beirut : Dār al-Fikr, t.th), hlm. 357

<sup>16</sup> *Ḥadīth* yang dimaksudkan di atas berbunyi: الولد للفراش وللعاهر الحجر . Periksa dalam, Ibn Ḥajar al-Asqalānī, *Fath al-Bārī*, juz XII (Beirut: Dār al-Fikr, t.th), hlm. 127

Ketentuan ini tidak berlaku disebabkan kehamilan yang dilakukan karena perzinaan antara seorang laki-laki dan perempuan, sehingga dalam konteks ini, nasab anak hanya dihubungkan kepada ibu dan keluarga ibunya saja.<sup>17</sup> Dengan argumentasi ini, kiranya pandangan kontra terhadap putusan MK dapat dipahami.

Namun pada saat yang sama, MK menilai, justeru hal tersebut menunjukkan adanya ketidakadilan. Dalam hal ini MK berpendapat:

“tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu.”<sup>18</sup>

Dengan demikian, maka bagi MK, setiap anak yang dilahirkan sekalipun dalam kategori anak luar kawin tetap dianggap memiliki hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya selama dapat dibuktikan baik berdasarkan perkembangan ilmu pengetahuan ataupun bukti lain. Dengan kata lain, dengan adanya perkembangan teknologi yang memungkinkan untuk menentukan nasab seorang anak, maka aturan yang menentukan nasab anak luar kawin hanya kepada ibu dan keluarga ibunya tidaklah relevan. Di sinilah pentingnya untuk mengingat kembali pernyataan Hugo Sinzheimer yang dikutip oleh Abdul Manan bahwa perubahan hukum harus segera dilakukan manakala suatu peristiwa atau keadaan yang diatur tidak sesuai lagi dengan hukum yang mengaturnya.<sup>19</sup>

Berangkat dari “tarik-ulur” terhadap putusan MK inilah, peneliti terdorong untuk mengkaji putusan tersebut dalam sebuah penelitian yang berjudul “Pembaruan Hukum Keluarga Islam (HKI) di Indonesia Melalui Putusan Mahkamah Konstitusi (MK): Studi Terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010.

---

<sup>17</sup> Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam* (Jakarta: Kencana, 2008), hlm. 179

<sup>18</sup> Lihat dalam, *Putusan Mahkamah*, hlm. 34

<sup>19</sup> Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, cet. 3 (Jakarta: Kencana, 2009), hlm. 199

## B. Batasan Masalah dan Fokus Penelitian

Mengingat luasnya pembahasan mengenai hukum keluarga (*al-aḥwāl al-shakṣiyah*) yang meliputi bahasan tentang *nikāḥ*, *ṭalāq* (perceraian), nasab (keturunan), nafkah dan kewarisan maka dalam hal ini peneliti hanya membatasi pada persoalan nasab seorang anak. Namun untuk memudahkan peneliti dalam mengelaborasi konsep teoretis dengan data yang tersaji dalam putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 sebagai objek kajiannya, maka dalam hal ini peneliti mengajukan dua rumusan masalah sebagai kristalisasi dari tema yang dijadikan sebagai fokus dalam penelitian.

Fokus kajian yang pertama, bagaimanakah kontribusi putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan terhadap pembaruan HKI di Indonesia. Kedua, apakah putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan khususnya pasal 43 ayat (1) berlaku terhadap semua anak yang berstatus anak luar kawin berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.

## C. Tujuan dan Manfaat Penelitian

Sesuai dengan fokus penelitian di atas, maka penelitian ini bertujuan untuk menentukan korelasi putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengenai pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan dengan pembaruan HKI di Indonesia. Tujuan lain dari penelitian ini adalah untuk mengetahui cakupan putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, apakah berlaku terhadap semua anak yang berstatus anak luar kawin berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 ataukah ada pembatasan

Sedangkan manfaat yang diharapkan dari hasil penelitian ini meliputi manfaat secara teoretis maupun praktis. Secara teoretis, penelitian ini diharapkan mampu memberikan sumbangan pemikiran dalam memperkaya kajian seputar pembaruan HKI di Indonesia, sementara dalam tataran praktisnya, penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi dalam hal perlindungan hukum terhadap anak luar kawin.

#### D. Orisinalitas Penelitian

Untuk mengetahui orisinalitas sebuah penelitian yang sedang dilakukan, diperlukan adanya penyajian terhadap beberapa penelitian yang memiliki relevansi dengan tema yang sedang dikaji. Untuk tujuan inilah, maka di bawah ini akan diuraikan beberapa penelitian yang dianggap relevan dengan tema yang sedang peneliti kaji.

Pertama, Penelitian Ayu Yulia Sari dengan judul “*Analisis Yuridis Kedudukan Anak Luar Nikah Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer)*”.<sup>20</sup> Dalam penelitian tersebut, fokus bahasannya adalah anak luar kawin baik dari segi kriteria, kedudukan dan akibat hukum ditinjau dari KHI dan KUHPer. Dari penelitian ini diperoleh kesimpulan bahwa terdapat perbedaan kriteria anak luar kawin antara KHI dan KUHPer. Anak luar kawin dalam KHI meliputi; (a) anak zina, (b) anak *mula’nah*, dan (c) anak *syubhat*. Sedangkan anak luar kawin dalam KUHPer meliputi; (a) anak zina, (b) anak sumbang, dan (c) anak luar kawin yang lain.

Begitu pula dalam hal kedudukan dan akibat hukum anak luar kawin. Dalam KHI, anak luar kawin hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Sedangkan dalam KUHPer anak luar kawin terbagi 2 (dua) yakni anak luar kawin yang diakui dan anak luar kawin yang tidak diakui. Apabila anak luar kawin tersebut diakui oleh ayah dan/atau ibu yang membenihkannya, maka kedudukan anak luar kawin tersebut sama dengan anak sah. Adapun tentang akibat hukumnya, menurut KHI, anak luar kawin tidak berhak memperoleh hubungan nasab, nafkah, hak-hak waris (pewarisan), *haḍānah* (pemeliharaan/pengasuhan anak), dan perwalian dari ayah yang membenihkannya. Sedangkan dalam KUHPer, apabila anak luar kawin tersebut diakui maka berhak memperoleh hubungan nasab, nafkah, hak-hak waris (pewarisan), *haḍānah* (pemeliharaan/pengasuhan anak), dan perwalian dari ayah yang membenihkannya.

Kedua, penelitian yang dilakukan oleh Meyrin dengan judul “*Tinjauan Hukum Dampak Berlakunya Putusan MK Republik Indonesia Nomor 46/PUU-*

<sup>20</sup> Ayu Yulia Sari, *Analisis Yuridis Kedudukan Anak Luar Nikah Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*. Tesis tidak diterbitkan (Medan: FH USU, 2011)

*VIII/2010 tentang Anak yang Lahir di Luar Perkawinan terhadap Akta Pengakuan Anak dan Surat Keterangan Hak Waris yang Dibuat oleh Notaris*.<sup>21</sup>

Fokus kajian dalam penelitian Meyrin berkisar pada persoalan yang menjadi latar belakang adanya putusan MK Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010 serta dampaknya terhadap akta pengakuan anak dan surat keterangan hak waris yang dibuat oleh notaris.

Dalam temuan penelitiannya, Meyrin menyimpulkan bahwa terkait dengan latar belakang munculnya Putusan MKRI Nomor 46/PUU-VIII/2010 adalah pandangan hakim MK yang menilai pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 telah melanggar UUD 1945 secara konstitusional bersyarat karena secara jelas pasal tersebut dianggap membatasi hak-hak konstitusional para pemohon yang telah dijamin dalam UUD 1945 sebagaimana yang tercantum dalam pasal 28 B (ayat 1, 2) dan pasal 28 D (ayat 1) UUD 1945.

Sementara mengenai dampak Putusan MKRI Nomor 46/PUU-VIII/2010 terhadap akta pengakuan anak dan surat keterangan hak waris yang dibuat oleh notaris menurut Meyrin pasca putusan tersebut lembaga pengakuan anak oleh ayahnya masih tetap berlaku karena pada hakikatnya akta pengakuan anak oleh ayahnya dibuat berdasarkan asas sukarela dan tidak harus selalu melalui proses peradilan.

Ketiga, Erfaniah Zuhriah dalam tulisannya yang berjudul “*Putusan MK RI Nomor 46/PUU-VIII/2010 dalam Kajian Keagamaan dan Dasar Kenegaraan Indonesia*”. Penelitian ini tergolong ke dalam penelitian literatur dengan pendekatan komparatif antara pendekatan keagamaan dan kenegaraan.<sup>22</sup> Dalam kesimpulannya ditegaskan bahwa putusan MK di atas sama sekali tidak bertentangan dengan norma keagamaan bahkan sejalan dengan prinsip sila kedua dalam Pancasila. Menurut Erfaniah, pandangan bahwa putusan MK cacat dan menghina agama hanya disebabkan oleh isu keagamaan, sehingga untuk

<sup>21</sup> Meyrin, *Tinjauan Hukum Dampak Berlakunya Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Anak yang Lahir di Luar Perkawinan terhadap Akta Pengakuan Anak dan dan Surat Keterangan Hak Waris yang dibuat oleh Notaris*. Tesis tidak diterbitkan (Depok: FH UI, 2012)

<sup>22</sup> Erfaniah Zuhriah, “Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010 dalam Kajian Keagamaan dan Dasar Kenegaraan Indonesia”, dalam, *Islam dan Negara Pancasila* (Malang: Fakultas Shari’ah, 2012), hlm. 89-95

menganalisis putusan perundang-undangan negara tidak boleh hanya bersandar pada doktrin agama tetapi juga secara akademik.

Keempat, Begum Fauziah dalam tulisannya yang berjudul “*Pertentangan Implementasi Aturan Konstitusi dan Shari’ah dari Putusan Uji Materi MK Pada Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 43 Ayat (1)*”.<sup>23</sup> Fokus penelitian Begum adalah pertentangan implementasi putusan MK yang disebabkan oleh ambiguitas pemahaman terhadap frasa “anak di luar perkawinan” dan “hak perdata dari ayahnya”. Dalam kesimpulannya, dikatakan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, anak yang lahir di luar perkawinan dapat dimaknai anak yang lahir dari nikah siri yang tidak dicatatkan. Maka dengan demikian, kedua kalimat tersebut memiliki koherensi yang kuat dimana hak perdata dari seorang ayah hanya dapat diterima oleh anak sah atau anak yang lahir sebagai akibat adanya perkawinan yang sah dalam perspektif agama islam, bukan anak yang hasil tes DNA-nya sama dengan laki-laki yang menyebabkan kelahiran anak.

Dari empat penelitian di atas, letak persamaannya, baik peneliti maupun para peneliti sebelumnya sama-sama mengkaji tentang putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dan anak luar kawin sekalipun dengan fokus penelitian dan kesimpulan yang berbeda-beda seperti yang telah dikemukakan di atas. Namun begitu, kajian peneliti memiliki sejumlah perbedaan dengan kajian para peneliti sebelumnya. Dari sisi kerangka teori, peneliti menggunakan teori Hukum Progresif Satjipto Rahardjo serta teori *Maṣlaḥah* Najmuddin al-Ṭūfi sebagai alat analisisnya. Tentu saja kedua teori ini tidak terlihat dalam empat penelitian yang telah dilakukan oleh sejumlah nama peneliti di atas.

Kemudian dari sisi fokus kajiannya, tiga penelitian tentang MK sama sekali tidak berbicara tentang kontribusi putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 terhadap pembaruan HKI di Indonesia. Kemudian satu penelitian yang mengkaji tentang anak luar kawin tidak menjadikan putusan MK sebagai fokus kajiannya, melainkan KHI dan KUHPer yang dijadikan sebagai perspektifnya. Dengan

---

<sup>23</sup> Begum Fauziah, “Pertentangan Implementasi Aturan Konstitusi dan Shari’ah dari Putusan Uji Materi Mahkamah Konstitusi pada UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 43 Ayat 1”, dalam, *Egalita: Jurnal Ksetaraan dan Keadilan Gender*, Volume VII No. 1 Januari 2012, hlm. 102-116

demikian, maka penelitian dengan judul “Pembaruan HKI di Indonesia melalui Putusan MK: Studi Kasus Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010” belum pernah diteliti sebelumnya, sehingga layak untuk diteliti.

#### **E. Definisi Istilah**

Definisi istilah dimaksudkan sebagai penjelasan atas konsep atau variabel penelitian yang terdapat pada judul penelitian dengan tujuan untuk memberikan pemahaman kepada pembaca tentang dasar pemikiran yang akan dikomunikasikannya.<sup>24</sup> Dalam penelitian ini terdapat beberapa konsep yang perlu untuk didefinisikan, yaitu, Pembaruan HKI, MK dan Putusan MK.

Pembaruan HKI adalah upaya maksimal yang dilakukan untuk membuat formulasi HKI (khususnya menyangkut masalah nasab anak) yang adaptif terhadap perkembangan zaman dan tentunya harus memenuhi “rukun” pembaruan yaitu tujuan, ijtihad, “pelaku” pembaruan, wilayah ijtihad, faktor penyebab terjadinya pembaruan hukum, dan fungsi hukum.

MK adalah 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. \*\*\*<sup>25</sup>

Putusan adalah kata benda yang berarti tetapan atau vonis,<sup>26</sup> sedangkan dalam konteks peradilan, putusan sebagaimana dikemukakan oleh M. P. Stein dan selanjutnya dikutip oleh Maruarar adalah perbuatan hakim sebagai pejabat negara berwenang yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum dan dibuat secara tertulis untuk mengakhiri sengketa yang dihadapkan para pihak kepadanya.<sup>27</sup> Jika dikaitkan dengan MK, maka berarti perbuatan hakim MK yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum dan dibuat secara tertulis serta bersifat final terhadap perkara yang menjadi kewenangannya.

---

<sup>24</sup> Program Pascasarjana UIN MALIKI Malang, *Pedoman Penulisan Tesis dan Disertasi*, cet. 1 (Malang: PPs UIN MALIKI Malang, 2009), hlm. 5

<sup>25</sup> Pasal 24c ayat (1) UUD 1945

<sup>26</sup> Tim Redaksi, *Tesaurus Bahasa Indonesia* (Jakarta: Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2008), hlm. 395

<sup>27</sup> Maruarar, *Hukum Acara*, hlm. 201

Dari definisi-definisi di atas, maka judul tulisan ini “Pembaruan HKI di Indonesia Melalui Putusan MK” berarti upaya maksimal yang dilakukan untuk membuat formulasi HKI (khususnya menyangkut masalah nasab anak) yang adaptif terhadap perkembangan zaman dan tentunya harus memenuhi “rukun” pembaruan yaitu tujuan, ijtihad, “pelaku” pembaruan, wilayah ijtihad, faktor penyebab terjadinya pembaruan hukum, dan fungsi hukum melalui perbuatan hakim MK yang diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum dan dibuat secara tertulis serta bersifat final terhadap perkara yang menjadi kewenangannya.

#### F. Kerangka Teori

Sebagai penelitian ilmiah tentu dibutuhkan kerangka teori yang dijadikan sebagai alat analisis terhadap objek yang sedang dikaji. Untuk kepentingan inilah, maka peneliti menggunakan dua teori yang pada gilirannya akan digunakan sebagai alat telaah terhadap putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010. Kedua teori yang dimaksudkan adalah teori Hukum Progresif Satjipto Rahardjo dan teori *Maṣlahah* Najmuddīn al-Ṭūfī. Pemilihan dua teori ini didasarkan pada pertimbangan bahwa hukum bertujuan untuk menjamin keadilan substantif sehingga rumusan hukum yang tidak mengarah pada terciptanya keadilan ini perlu ditinjau ulang. Dalam posisi inilah kedua teori –baik teori Hukum Progresif maupun teori *Maṣlahah* –memiliki potensi menuju tercapainya keadilan hukum substantif sebagaimana akan terlihat dalam uraian masing-masing teori berikut ini.

##### 1. Teori Hukum Progresif

Istilah progresif merupakan kata sifat yang berarti liberal, maju, radikal, reformis, revolusioner, dan toleran sebagai kebalikan dari kata konservatif<sup>28</sup>. Jika dikaitkan dengan hukum, maka sebagaimana dikatakan oleh Satjipto Rahardjo dan selanjutnya dikutip oleh Widodo Dwi Putro berarti hukum diharapkan mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan

---

<sup>28</sup> Tim Redaksi, *Tesaurus*, hlm. 387

menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.<sup>29</sup>

Hukum progresif bermula dari suatu asumsi bahwa hukum adalah untuk manusia bukan sebaliknya,<sup>30</sup> sehingga hukum progresif tidak menerima konsep hukum sebagai institusi yang bersifat mutlak dan final melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Hukum diartikan sebagai institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.<sup>31</sup>

Lahirnya konsep hukum progresif ini dilatarbelakangi oleh adanya rasa ketidakpuasan terhadap teori dan praktik hukum tradisional yang berkembang, serta adanya kesadaran di kalangan praktisi hukum akan adanya kesenjangan yang luar biasa antara hukum dalam teori (*law in book*) dan hukum dalam kenyataan (*law in action*). Faktor lain yang turut mendukung lahirnya konsep hukum ini adalah kenyataan tentang kegagalan hukum dalam memberikan respon terhadap masalah-masalah yang terjadi dalam masyarakat.<sup>32</sup>

Dalam ranah teoretis, hukum progresif dianggap memiliki “kedekatan tersendiri” dengan tipe hukum responsif Nonet dan Selznick yang menepis pengunggulan terhadap analisis-analisis dogmatik tetapi mengaitkan hukum kepada tujuan-tujuan sosialnya.<sup>33</sup> Masih dalam ranah teoretis, hukum progresif sebagaimana dikemukakan oleh Romli Atmasasmita juga mendasarkan pada teori hukum *sociological jurisprudence ala* Roscou Pound dan *pragmatic legal realism ala* Eugen Ehrlich dan dikuatkan pula oleh aliran studi kritis (*critical legal studies*) yang cenderung apriori terhadap segala keadaan dan bersikap *anti-*

<sup>29</sup> Widodo Dwi Putro, *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*, cet. 1 (Yogyakarta: Genta Publishing, 2011), hlm. 97

<sup>30</sup> Satjipto Rahardjo, “Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum di Indonesia”, dalam, Ahmad Gunawan BS dan Mu’ammarr Ramadhan (Peny.), *Menggagas Hukum Progresif Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), hlm. 16

<sup>31</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 1-2

<sup>32</sup> Ahmad Rifa’i, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Cet. 1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 40

<sup>33</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif*, hlm. 51

*foundationalism* sehingga teori ini tidak meyakini keberhasilan aliran *analytical jurisprudence* yang dipelopori Austin.<sup>34</sup>

Bertolak dari fakta teoretis di atas, maka cukup beralasan ketika hukum progresif sering kali dilawankan dengan aliran positivisme hukum yang melihat hukum sebagai sesuatu yang final yang dalam tataran aplikatifnya ia menghukumi secara “hitam putih”. Kenyataan ini menurut Sabian Utsman tercermin dalam sistem ber hukum di Indonesia. Dalam hal ini Sabian mengatakan, dalam ber hukum bagi Indonesia, karena masih berpandangan bahwa hukum adalah undang-undang (tanpa memperhatikan gejolak masyarakat) sehingga tidak ada komitmen dan moralitas untuk membangun hukum yang ideal berkeadilan di samping berkepastian yang profesional bukan transaksional sebagai sarana memperkaya diri sendiri atau golongan.<sup>35</sup>

Kritik lain yang diarahkan terhadap positivisme, sebagaimana diungkapkan oleh Widodo, meliputi kritik teoretis dan praktis. Dalam tataran teoretis, kelemahan positivisme hukum yang mulai disadari pada waktu kelemahannya dimanfaatkan oleh rezim-rezim fasis ini pertama kali disuarakan oleh pendiri *madhhab* sejarah hukum, Friedrich Carl Von Savigny yang kemudian dilanjutkan oleh muridnya, Puchta. Menurut aliran ini, sekaligus sebagai penentangan terhadap positivisme hukum yang pada intinya dikatakan bahwa hukum bukan hanya yang dikeluarkan oleh penguasa dalam bentuk undang-undang namun hukum adalah jiwa bangsa (*volkgeist*) dan substansinya adalah aturan tentang kebiasaan hidup masyarakat.<sup>36</sup>

Sementara dalam kritik praktisnya, paradigma positivisme hukum yang menempatkan undang-undang sebagai hukum yang komplit pada gilirannya menempatkan seorang hakim sebagai corong undang-undang, dalam artian tugas hakim hanyalah menerapkan undang-undang secara mekanis dan linear untuk menyelesaikan permasalahan masyarakat sesuai dengan bunyi undang-undang.

---

<sup>34</sup> Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif: Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, cet. I (Yogyakarta: Genta Publishing, 2012), hlm. 91

<sup>35</sup> Sabian Usman, *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, cet. 2 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hlm. 6

<sup>36</sup> Widodo Dwi Putro, “Mengkritisi Positivisme Hukum”, dalam, Sulistyowati Irianto dan Shidarta, ed., *Metode Penelitian Hukum*, edisi 1 (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2009), hlm. 24

Namun pada kenyataannya, paradigma hukum yang menempatkan hakim sebagai tawanan undang-undang tidak memberikan kesempatan bagi pengadilan untuk menjadi institusi yang mendorong perkembangan masyarakat.<sup>37</sup>

Jika disimpulkan, maka hukum progresif dapat diidentifikasi melalui beberapa karakteristik berikut ini:

- a. Hukum menolak tradisi *analytical jurisprudence* dan berbagi paham dengan aliran *legal realism*, *sociological jurisprudence* dan *critical legal studies*
- b. Hukum menolak pendapat bahwa ketertiban (*order*) hanya bekerja melalui institusi-institusi kenegaraan
- c. Hukum progresif ditujukan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum
- d. Hukum menolak *status-quo* serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani melainkan suatu institusi bermoral
- e. Hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia
- f. Hukum progresif adalah hukum yang pro rakyat dan keadilan
- g. Asumsi dasar hukum progresif adalah hukum untuk manusia bukan sebaliknya.
- h. Hukum bukan merupakan institusi yang absolut dan final namun sangat tergantung pada bagaimana manusia menerapkannya
- i. Hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as process*, *law in the making*).<sup>38</sup>

## 2. Teori *Maṣlaḥah*

Kata *maṣlaḥah* secara bahasa berasal dari akar kata *ṣalaḥa* yang berarti baik dan menjadi lawan kata dari buruk, sehingga secara etimologis, kata *maṣlaḥah* digunakan untuk menunjukkan jika sesuatu itu baik atau seseorang menjadi baik.<sup>39</sup> Namun secara terminologis dalam bahasan *uṣūl al-fiqh*, baik dan buruk yang terkandung dalam pengertian *maṣlaḥah* ini menjadi terbatas. Pertama,

<sup>37</sup> Widodo Dwi Putro, "Mengkritisi", hlm. 28

<sup>38</sup> Romli Atmasmita, *Teori Hukum Integratif*, hlm. 88-89

<sup>39</sup> Kutbuddin Aibak, *Metodologi Pembaruan Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2008), hlm. 187

sandaran *maṣlahah* adalah petunjuk *shara'* bukan semata-mata berdasarkan akal manusia karena akal manusia sangat terbatas, mudah terprovokasi oleh pengaruh lingkungan dan hawa nafsu. Kedua, baik dan buruk dalam kajian *maṣlahah* tidak hanya terbatas pada persoalan-persoalan duniawi melainkan juga urusan *ukhrāwī*. Ketiga, *maṣlahah* dalam kacamata *shara'* tidak hanya dinilai dari kesenangan fisik semata-mata namun juga dari sisi kesenangan *rūḥānīyah*.<sup>40</sup>

Sejalan dengan batasan terhadap pengertian *maṣlahah* secara umum inilah, dalam teori hukum islam atau yang disebut sebagai *islamic legal jurisprudence* diperkenalkan tiga macam *maṣlahah*, yaitu *maṣlahah mu'tabarah*, *maṣlahah mulghāh* dan *maṣlahah mursalah*.<sup>41</sup> *Maṣlahah mu'tabarah* diidentifikasi sebagai *maṣlahah* yang diungkapkan secara langsung baik dalam *al-Qurān* maupun *ḥadīth* nabi. Sedangkan *maṣlahah mulghāh* adalah *maṣlahah* yang bertentangan dengan ketentuan yang termaktub dalam *al-Qurān* dan *ḥadīth*. Adapun *maṣlahah mursalah* adalah *maṣlahah* yang tidak ditetapkan oleh *al-Qurān* maupun *ḥadīth* namun juga tidak bertentangan dengan kedua sumber tersebut.<sup>42</sup>

Terhadap *maṣlahah* jenis ketiga ini para ulama memberikan syarat-syarat terhadap keberlakuannya. Pertama, *kemaṣlahatannya* sangat essensial dan primer (*ḍarūriyāh*). Kedua, *kemaṣlahatannya* sangat jelas dan tegas (*qaṭ'īyah*), ketiga, *kemaṣlahatannya* bersifat universal (*kulliyah*), keempat, *kemaṣlahatannya* berdasarkan pada dalil universal dari keseluruhan *qarīnah (mu'tabarah)*.<sup>43</sup>

Dalam rumusan berbeda juga disebutkan bahwa legalitas *maṣlahah mursalah* dalam kajian *uṣūl al-fiqh* harus didasarkan pada kriteria-kriteria berikut ini. Pertama, *maṣlahah* itu harus bersifat pasti, bukan sekedar rekaan atau anggapan bahwa ia memang mewujudkan suatu manfaat atau mencegah terjadinya kemudaratannya. Kedua, *maṣlahah* itu bukan merupakan kepentingan pribadi atau sebagian kecil masyarakat tetapi merupakan kebutuhan yang bersifat umum.

<sup>40</sup> Amir Syarifuddin, *Uṣūl al-Fiqh*, Jilid II (Jakarta: Logos Wacana ilmu, 1999), hlm. 191

<sup>41</sup> Amir Muallim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam* (Yogyakarta: UII Press, 2001), hlm. 68

<sup>42</sup> Amir Muallim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran*, hlm. 68-69

<sup>43</sup> Hamka Haq, *al-Shāḥibī: Aspek Teologis Konsep Maṣlahah dalam Kitāb al-Muwāfaqāt* (T. Tp.: Penerbit Erlangga, 2007), hlm. 251

Ketiga, hasil penalaran *maṣlaḥah* itu tidak berujung terhadap pengabaian suatu prinsip yang telah ditetapkan oleh *naṣ sharī'ah*.<sup>44</sup>

Kriteria di atas tidak menjadikan sebuah batasan terhadap *maṣlaḥah* bagi al-Ṭūfi. Al-Ṭūfi yang dikenal sebagai pemikir kontroversial dari *madhhab Ḥanbalī* dinilai berlebihan dalam menilai *maṣlaḥah*.<sup>45</sup> Mengingat dalam pandangan al-Ṭūfi pembagian *maṣlaḥah* sebagaimana dalam bahasan di atas sebenarnya tidak ada dengan alasan tujuan *sharī'ah* adalah *kemaṣlaḥatan*, maka dengan demikian segala bentuk *kemaṣlaḥatan* –didukung ataupun tidak didukung oleh teks suci – harus dicapai tanpa merinci ke dalam pembagian *maṣlaḥah* secara kategoris.<sup>46</sup>

Pandangan al-Ṭūfi tentu berbeda dengan pandangan terhadap *maṣlaḥah* secara umum yang telah dikemukakan oleh para ulama. Jika para ulama selain al-Ṭūfi mengakui eksistensi *maṣlaḥah* yang masih dalam lingkaran *shara'*, maka al-Ṭūfi lebih jauh melangkah dan cenderung melandaskan konstelasi *maṣlaḥah* pada superioritas akal karena akal manusia menurut al-Ṭūfi lebih obyektif dalam memposisikan kriteria *maṣlaḥah* dibandingkan dengan pertentangan antara *naṣ-naṣ sharī'*, sehingga dengan demikian, validitas kehujjahan *maṣlaḥah* harus diprioritaskan atas dalil-dalil lain termasuk *naṣ sharī'*.<sup>47</sup>

Argumen al-Ṭūfi didasarkan pada ḥadīth nabi yang berbunyi *lā ḍarara wa lā ḍirāra*. Menurut al-Ṭūfi, ḥadīth ini adalah prinsip *sharī'ah* yang sangat asasi karena *maṣlaḥah* pada hakikatnya adalah untuk mencegah kesulitan yang diperlukan guna memberikan kemudahan bagi orang yang sedang menghadapi kesulitan. Maka konsekuensinya, jika ada *naṣ* dan *ijmā'* yang harus menyesuaikan dengan *maṣlaḥah* dalam kasus tertentu maka hal tersebut harus dilakukan, namun sebaliknya, jika antara *naṣ* dan *ijmā'* bertentangan dengan *maṣlaḥah* maka kedua dalil tersebut harus tunduk pada *maṣlaḥah*.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Anang Haris Himawan, “Refleksi Pemikiran Hukum Islam: Upaya Menangkap Makna dan Simbol Keagamaan”, dalam, Anang Haris Himawan (peny.), *Epistemologi Shara': Mencari Format Baru Fiqh Indonesia*, cet. I (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2000), hlm. 84

<sup>45</sup> Muṣṭafā Aḥmad al-Zarqā', *al-Istiṣlāh wa al-Maṣāliḥ al-Mursalah fī al-Sharī'ah al-Islāmiyah wa Uṣūl al-Fiqh*, diterjemahkan oleh Ade Dedi Rohayana, *Hukum Islam dan Perubahan Sosial*, cet. I (Jakarta: Riora Cipta, 2000), hlm. 81

<sup>46</sup> Saifuddin Zuhri, *Uṣūl Fiqh: Akal Sebagai Sumber Hukum Islam*, cet. II (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011), hlm. 117

<sup>47</sup> Saifuddin Zuhri, *Uṣūl al-Fiqh*, hlm. 119

<sup>48</sup> Muhammad Muslehuddin, *Philosophy of Islamic Law and the Orientalist: A Comparative Study of Islamic Legal System*, diterjemahkan oleh Yudian Wahyudi Asmin, *Filsafat Hukum*

Pengunggulan *maṣlahah* terhadap *naṣ* dan *ijmā'* bagi al-Ṭūfi didasarkan pada beberapa argumen. Pertama, kehujjahan *ijmā'* masih diperselisihkan sedangkan kehujjahan *maṣlahah* telah disepakati oleh para ulama, sehingga mendahulukan sesuatu yang disepakati lebih utama dari pada sesuatu yang masih diperselisihkan.<sup>49</sup> Kedua, *naṣ* memungkinkan banyak pertentangan sehingga menimbulkan perbedaan pendapat, sedangkan memelihara *kemaṣlahatan* secara substansial merupakan sesuatu yang hakiki, sehingga pengutamakan *maṣlahah* adalah sebab terjadinya kesepakatan yang dikehendaki oleh *shara'*.<sup>50</sup> Ketiga, secara faktual terdapat beberapa *naṣ* yang ditolak oleh para sahabat karena berdasarkan pada pertimbangan *maṣlahah*, salah satunya adalah ḥadīth nabi yang artinya *barang siapa yang mengucapkan kalimah lā ilāha illā Allāh maka ia masuk surga*.<sup>51</sup> Umar melarang penyebaran ḥadīth ini karena berdasarkan pertimbangan *kemaṣlahatan*, andai saja ḥadīth ini disebar, dikhawatirkan akan timbul kemalasan untuk beribadah dengan hanya mengandalkan ḥadīth tersebut.<sup>52</sup>

Namun satu hal yang harus dicatat, dalam konteks *maṣlahah* ini, al-Ṭūfi membagi hukum islam ke dalam dua kategori, yaitu hukum islam dalam kategori

*Islam dan Pemikiran Orientalis: Studi Perbandingan Sistem Hukum Islam*, cet. 2 (Yogyakarta: Tiara Wacana Yogya, t. Th.), hlm. 133

<sup>49</sup> Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum Islam al-Ghazālī: Maṣlahah Mursalah dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Islam* (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002), hlm. 90

<sup>50</sup> Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum*, hlm. 91

<sup>51</sup> Ḥadīth yang dimaksud ditemukan dalam kitab *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* yang secara lengkap berbunyi: حَدَّثَنَا أَبُو مَعْمَرٍ حَدَّثَنَا عَبْدُ الْوَارِثِ عَنِ الْحُسَيْنِ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُرَيْدَةَ عَنْ يَحْيَى بْنِ يَعْمَرَ حَدَّثَنَا أَنَّ أَبَا الْأَسْوَدِ الدَّيْلَمِيَّ حَدَّثَنَا أَنَّ أَبَا ذَرٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حَدَّثَهُ قَالَ أَتَيْتُ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَعَلَيْهِ ثَوْبٌ أبيضٌ وَهُوَ نَائِمٌ ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ وَقَدْ اسْتَبَقَطَ فَقَالَ « مَا مِنْ عَبْدٍ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ . ثُمَّ مَاتَ عَلَى ذَلِكَ ، إِلَّا دَخَلَ الْجَنَّةَ » . فَلْتُ وَإِنْ زَنَى وَإِنْ سَرَقَ قَالَ « وَإِنْ زَنَى وَإِنْ سَرَقَ » . فَلْتُ وَإِنْ زَنَى وَإِنْ سَرَقَ قَالَ « وَإِنْ زَنَى وَإِنْ سَرَقَ عَلَى رَعْمٍ أَنْفَى أَبِي ذَرٍّ . وَكَانَ أَبُو ذَرٍّ إِذَا حَدَّثَ بِهِذَا قَالَ وَإِنْ رَعِمَ أَنْفَى أَبِي ذَرٍّ

*Artinya: Telah menceritakan kepada kami Abū Ma'mar telah menceritakan kepada kami 'Abdul Wārith dari al-Ḥusain dari 'Abdullah bin Buraidah dari Yahyā bin Ya'mār dia menceritakan kepadanya bahwa Abū Aswad al-Dīlī telah menceritakan kepadanya bahwa Abū Dharr raḍīya Allāhu 'anhu telah menceritakan kepadanya, dia berkata: saya pernah menemui Nabi Saw sementara beliau sedang tidur sambil mengenakan baju putih, lalu aku datang menemuinya dan beliau pun terbangun, beliau bersabda: tidaklah seorang hamba yang mengucapkan lā ilāha illā Allāh kemudian ia meninggal dunia melainkan ia akan masuk surga. Tanyaku selanjutnya walaupun dia berzina dan mencuri? beliau menjawab: walaupun dia pernah berzina dan mencuri. Tanyaku lagi walaupun dia pernah berzina dan mencuri? beliau menjawab: walaupun dia pernah berzina dan mencuri. Tanyaku lagi walaupun dia pernah berzina dan mencuri? beliau menjawab: walaupun dia pernah berzina dan mencuri –walaupun sepertinya Abū Dharr kurang puas –apabila Abū Dharr menceritakan hal ini, maka dia akan mengatakan walaupun sepertinya Abu Dharr kurang puas. Lihat dalam, *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*, Juz 19, halaman 321 (Program al-Maktabah al-Shāmilah al-Isḍār al-Thānī /2. 11)*

<sup>52</sup> Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum*, hlm. 93

ibadah yang maksud dan maknanya telah ditentukan *shāri'* sehingga akal manusia tidak mampu untuk menalarnya secara detail. Selain kategori ibadah, al-Ṭūfī juga membagi hukum islam ke dalam kategori muamalah yang makna dan maksudnya dapat dijangkau oleh akal. Dalam kategori inilah *maṣlahah* menjadi pedoman baik di kala ada *naṣ* dan *ijmā'* ataupun tanpa adanya dua dalil tersebut.<sup>53</sup>

Secara operasional, *maṣlahah* al-Ṭūfī khususnya dalam ranah muamalah ini dibangun di atas empat prinsip. Pertama, *istiqlāl al-'uqūl bi idrāk al-maṣālih wa al-mafāsīd* (akal semata-mata dapat mengetahui tentang *kemaṣlahatan* dan *kemafsadatan*), kedua, *al-maṣlahatu dafīlun shar'iyyun mustaqillun 'an al-nuṣūṣ* (*maṣlahah* adalah dalil independen yang terlepas dari *naṣ*), ketiga, *majāl al-'amal bi al-maṣlahat huwa al-mu'āmalāt wa al-'adāt dūna al-'ibādāt wa al-muqaddarāt* (ranah pengamalan *maṣlahah* adalah bidang mu'amalat dan adat bukan ibadah dan *muqaddarāt*), keempat, *al-maṣlahat aqwā adillat al-shar'i* (*maṣlahah* adalah dalil hukum islam yang paling kuat).<sup>54</sup>

## G. Metode Penelitian

### 1. Jenis Penelitian

Untuk melihat jenis penelitian dalam kajian hukum pada umumnya ditinjau dari segi pemilahan datanya apakah data yang digunakan berasal secara langsung dari masyarakat ataukah berasal dari bahan-bahan pustaka. Pada kategori pertama, maka penelitian yang dilakukan disebut sebagai penelitian hukum empiris, sementara pada kategori kedua lazim diistilahkan sebagai penelitian hukum normatif.<sup>55</sup>

Mengacu pada pemilahan di atas, maka penelitian yang sedang peneliti lakukan tergolong ke dalam penelitian hukum normatif mengingat data yang digunakan sebagai fokus kajian adalah data yang tergolong sebagai sumber

<sup>53</sup> Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum*, hlm. 87. Kaitannya dengan wilayah ibadah dan mu'amalah, al-Shāṭibī yang selanjutnya dikutip oleh Yūsuf al-Qaraḍāwī menegaskan bahwa dasar ibadah bagi manusia adalah menyembah tanpa harus melihat kepada makna sedangkan dasar dalam mu'amalah adalah melihat kepada makna. Lihat dalam, Yūsuf al-Qaraḍāwī, *Dirāsah fī Fiqh Maqāṣid Sharī'ah*, diterjemahkan oleh Arif Munandar Riswanto, *Fiqh Maqāṣid Sharī'ah* (Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 2007), hlm. 217

<sup>54</sup> Saifuddin Zuhri, *Ushul Fiqh*, hlm. 125-127

<sup>55</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, cet., 6 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2003), hlm. 13-14

sekunder yaitu putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dan tidak menggunakan data yang berasal dari *first hand*. Penggunaan sumber sekunder dalam penelitian hukum normatif menurut Amiruddin dan Zainal Asikin menjadi salah satu karakteristik yang membedakannya dengan penelitian hukum sosiologis disamping karakter yang lain yaitu tidak dibutuhkannya teknik *sampling* dalam penelitian hukum normatif.<sup>56</sup>

Istilah lain untuk menunjuk pada jenis penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum doktriner. Disebut demikian karena dalam proses penelitiannya dikhususkan terhadap peraturan-peraturan tertulis ataupun bahan hukum lain<sup>57</sup> yang jika dikaitkan dengan konteks penelitian ini tentu yang dimaksud sebagai bahan hukumnya adalah putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010.

## 2. Pendekatan Penelitian

Dalam setiap penelitian baik penelitian dalam konteks hukum normatif ataupun dalam ranah penelitian hukum sosiologis mutlak dibutuhkan sebuah pendekatan sebagai pemandu dalam proses analisisnya. Dengan demikian, maka pemilihan pendekatan tertentu harus dijelaskan dan dipertanggungjawabkan karena akan berimplikasi terhadap hasil penelitian yang dilakukan.<sup>58</sup>

Mengingat pentingnya sebuah pendekatan, maka dalam penelitian ini juga menggunakan pendekatan yang lazim digunakan dalam penelitian hukum normatif yang salah satunya adalah pendekatan studi kasus hukum (*legal case study*) dengan tipe studi kasus hukum yudisial (*judicial case study*).<sup>59</sup> Pemilihan pendekatan ini didasarkan pada pertimbangan bahwa dalam pendekatan tersebut, hukum dikonsepsikan sebagai produk hukum yang diselesaikan melalui putusan pengadilan sehingga tidak jarang pendekatan ini diistilahkan sebagai studi yurisprudensi.<sup>60</sup> Dengan demikian, maka peneliti menggunakan pendekatan di atas untuk menelaah putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 karena putusan

---

<sup>56</sup> Baca dalam, Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, edisi 1, cet. 3 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 118 dan 120

<sup>57</sup> Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, cet. 3 (Jakarta: Sinar Grafika, 2002), hlm. 13

<sup>58</sup> Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, cet. 3 (Malang: Bayu Media, 2007), hlm. 302

<sup>59</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, cet. I (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 39

<sup>60</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum*, hlm. 39-40

tersebut telah memenuhi kriteria yang ditentukan dalam pendekatan *legal case study*. Ia merupakan produk hukum melalui putusan pengadilan yakni MK.

### 3. Sumber Data

Secara umum dikenal adanya dua jenis sumber data yaitu sumber data primer (*primary data atau basic data*) dan sumber data sekunder (*secondary data*).<sup>61</sup> Dalam penelitian hukum normatif data yang digunakan adalah data-data sekunder yang kemudian dipilah ke dalam dua kategori, yaitu bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.<sup>62</sup>

Bahan hukum primer dimaksudkan sebagai bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas yang meliputi peraturan perundang-undangan,<sup>63</sup> termasuk juga putusan pengadilan yang dalam pandangan Sunaryati Hartono dapat dimasukkan ke dalam kategori *primary sources or authorities*.<sup>64</sup> Dalam penelitian ini, kategori bahan hukum primer yang digunakan meliputi UUD 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan serta Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Selain menggunakan bahan hukum primer sebagaimana disebutkan di atas, penelitian ini juga menggunakan bahan hukum sekunder yang disebut sebagai *secondary sources or authorities*,<sup>65</sup> dengan kata lain, bahan hukum sekunder dimaksudkan sebagai penjelas terhadap bahan hukum primer<sup>66</sup> yang dalam penelitian ini meliputi Penjelasan atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, penjelasan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak serta karya-karya ilmiah dalam bidang hukum yang memiliki relevansi terhadap tema penelitian yang sedang peneliti kaji.

<sup>61</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Press, 2012), hlm. 12

<sup>62</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, cet. 3 (Jakarta: Kencana, 2007), hlm. 141

<sup>63</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian*, hlm. 141

<sup>64</sup> C. F. G. Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir Abad ke-20* (Bandung: Alumni, 1994), hlm. 134

<sup>65</sup> C. F. G. Sunaryati Hartono, *Penelitian*, hlm. 134

<sup>66</sup> Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar*, 32

#### 4. Instrumen Pengumpulan Data

Terdapat tiga metode pengumpulan data yang dikenal dalam metodologi penelitian yaitu studi dokumen (bahan pustaka), pengamatan atau observasi dan yang terakhir adalah wawancara.<sup>67</sup> Ketiga-tiganya dapat digunakan secara bersama-sama kecuali dalam penelitian hukum normatif mengingat dalam penelitian tersebut hanya menelaah data-data sekunder.<sup>68</sup>

Dengan demikian maka penelitian yang sedang peneliti lakukan ini sebagaimana dalam uraian sebelumnya tergolong ke dalam penelitian hukum normatif dan tentu saja data yang digunakan adalah data-data sekunder berupa bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder sehingga satu-satunya instrumen pengumpulan data yang digunakan adalah studi kepustakaan (studi dokumen).

#### 5. Teknik Analisis Data

Pada dasarnya, analisis data dalam penelitian yang tergolong sebagai penelitian kualitatif tidak lain adalah proses menguraikan data dalam bentuk kalimat yang baik dan benar sehingga mudah dibaca dan diinterpretasikan.<sup>69</sup> Dalam konteks ini, peneliti menggunakan *content analysis method* dengan tipe analisis yuridis (*juridical analysis*),<sup>70</sup> sekalipun pada awalnya *content analysis method* merupakan metode yang berkembang dalam bidang komunikasi, namun menurut Cik Hasan Bisri, ia dapat digunakan dalam penelitian terhadap teks perundang-undangan termasuk putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.<sup>71</sup>

Dalam tataran aplikatif, metode analisis di atas digunakan dengan cara menguraikan terlebih dahulu produk hukum yang dalam hal ini adalah putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dan kemudian diinterpretasikan berdasarkan *juridical analysis* sehingga diperoleh sebuah pemahaman yang komprehensif terhadap putusan yang sedang dikaji. Letak komprehensifitas dalam penggunaan metode *juridical analysis* disebabkan oleh penggunaan metode ini yang

<sup>67</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar*, hlm. 66

<sup>68</sup> Bambang Waluyo, *Penelitian*, hlm. 19

<sup>69</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum*, hlm. 91

<sup>70</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum*, hlm. 42

<sup>71</sup> Cik Hasan Bisri, *Pilar-Pilar Penelitian Hukum Islam dan Pranata Sosial* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2004), hlm. 288

menghendaki studi terhadap satu putusan pengadilan (produk hukum) dari berbagai segi termasuk aspek filosofis, yuridis dan sosiologis.

#### H. Sistematika Pembahasan

Secara keseluruhan, penelitian ini terbagi ke dalam lima bab dan dalam setiap babnya terdiri dari beberapa sub bab. Untuk lebih jelasnya dapat diuraikan sebagai berikut:

Bab I, sebagai kajian pembuka yang di dalamnya dimuat secara rinci mengenai latar belakang yang mendorong peneliti untuk mengkaji tema MK dan Pembaruan HKI. Dalam bab ini juga dicantumkan batasan masalah dan fokus penelitian, tujuan penelitian, manfaat penelitian, orisinalitas penelitian, definisi istilah, kerangka teori yang meliputi teori Hukum Progresif dan teori *Maṣlahah*. Dalam bab ini juga dikemukakan tentang metode penelitian yang peneliti gunakan, meliputi jenis penelitian, pendekatan penelitian, sumber data, instrumen pengumpulan data, teknik analisis data serta sistematika pembahasan.

Kemudian dilanjutkan dengan bab II dan bab III yang pada intinya dua bab tersebut menjadi landasan pustaka yang penulis gunakan sebagai pemandu analisis terhadap tema kajian. Dalam bab II terbagi ke dalam bahasan mengenai Pembaruan HKI dari sisi pemaknaan dan periodisasinya, kemudian dilanjutkan dengan uraian tentang Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 baik dari sisi historis-filosfis maupun dari sisi sosiologis filosofis. Selain itu, bab ini juga membahas tentang anak luar kawin dan pencatatan perkawinan dalam sorotan fiqih dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Sedangkan dalam bab III secara khusus membahas tentang eksistensi dan kewenangan MK serta deskripsi Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Adapun bab IV dan bab V merupakan dua bab yang membahas tentang analisis dan kesimpulan dari hasil penelitian. Pada bab IV dikemukakan analisis tentang kontribusi putusan MK terhadap pembaruan HKI serta pemaknaan terhadap anak luar kawin dalam putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, sementara pada bab V sebagai bab penutup diuraikan tentang hasil temuan dalam penelitian serta saran sebagai tindak lanjut terhadap hasil temuan tersebut.

## BAB II

### PEMBARUAN HKI DAN UNDANG-UNDANG NOMOR 1 TAHUN 1974: MEMAHAMI KEMBALI ANAK LUAR KAWIN DAN PENCATATAN PERKAWINAN

#### A. Pembaruan HKI dalam Dimensi Pemaknaan dan Kilasan Historis

##### 1. Memaknai Konsep Pembaruan HKI

Sebelum berbicara lebih jauh tentang konsep pembaruan HKI terlebih dahulu perlu diuraikan mengenai konsep pembaruan hukum islam secara umum mengingat hukum keluarga merupakan salah satu pokok bahasan dalam hukum islam<sup>72</sup> sehingga dengan demikian akan diperoleh satu definisi yang komprehensif mengenai makna dari pembaruan HKI yang dimaksudkan dalam tulisan ini. Kata pembaruan dalam kajian kebahasaan berasal dari kata “baru” yang kemudian mendapatkan awalan *pe* dan akhiran *an*. Dalam kamus Tesaurus, kata “baru” memiliki beberapa arti di antaranya: aktual, kontemporer, modern, mutakhir dan terkini,<sup>73</sup> kemudian “pembaruan” diartikan dengan modernisasi, pembangunan, pembinaan, pemugaran, pemulihan, pemutakhiran, perombakan, reaktualisasi dan reformasi.<sup>74</sup>

Aneka macam pengertian dari kata baru dan pembaruan di atas terakomodir dalam peristilahan tentang perubahan hukum. Satjipto Rahardjo misalnya mengintrodukir peristilahan tentang perubahan hukum dengan pembaruan hukum, pembinaan hukum dan bahkan akhir-akhir ini menurut Satjipto dipergunakan juga istilah modernisasi hukum.<sup>75</sup> Sementara Mochtar Kusumaatmadja menggunakan istilah perkembangan hukum untuk menunjuk

<sup>72</sup> Hal ini dapat dilihat dari pengertian hukum islam yang di dalamnya tercakup makna *shari'ah* dan fiqh sehingga al-Qardāwī -sebagaimana dikutip oleh Moh. Dahlan –mengklasifikasikan hukum islam ke dalam dua ranah, pertama, ranah *shari'ah* yang dimaksudkan sebagai ketentuan hukum islam yang jelas dan rinci seperti masalah ibadah, perkawinan, ketentuan warisan dan seterusnya. Kedua, ranah fiqh yang didalamnya berisi ketentuan hukum islam yang diformulasikan melalui penguraian akal. Lihat dalam, Moh. Dahlan, *Abdullah Ahmed an-Na'im: Epistemologi Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009), hlm. 92; Idri, *Epistemologi Ilmu Pengetahuan dan Keilmuan Hukum Islam* (Jakarta: Lintas Pustaka, 2008), hlm. 115

<sup>73</sup> Tim Redaksi, *Tesaurus Bahasa Indonesia* (Jakarta: Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2008), hlm. 47

<sup>74</sup> Tim Redaksi, *Tesaurus*, hlm. 47

<sup>75</sup> Satjipto Rahardjo, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Lintas Disiplin* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 15

pada pembaruan hukum.<sup>76</sup> Pandangan senada diungkapkan oleh Abdul Manan, menurutnya, istilah yang sering digunakan untuk menunjuk pada pembaruan adalah reformasi, modernisasi, reaktualisasi, dekonstruksi, rekonstruksi, *tarjih*, *islāh* dan *tajdid*.<sup>77</sup> Dari beberapa istilah ini, istilah pembaruan hukum lebih tepat digunakan jika dikaitkan dengan upaya penataan hukum sehingga dapat menyesuaikan dengan perubahan masyarakat.<sup>78</sup>

Sebagaimana ditemukannya perbedaan dari sisi peristilahan terhadap pembaruan hukum, di antara para pakar juga mengemukakan pandangan yang berbeda dalam mengartikan pembaruan hukum secara terminologis. Menurut Iskandar Usman, pembaruan hukum islam adalah:

“gerakan ijtihad untuk menetapkan ketentuan hukum yang mampu menjawab permasalahan dan perkembangan baru yang ditimbulkan oleh kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi modern, baik menetapkan hukum terhadap masalah baru yang belum ada ketentuan hukumnya ataupun menetapkan hukum baru untuk menggantikan hukum lama yang tidak sesuai lagi dengan keadaan dan *kemaṣlahatan* manusia saat ini.”<sup>79</sup>

Definisi lain diungkapkan oleh Ahmad Munif Suratmaputra. Menurutnya, pembaruan hukum islam adalah:

“suatu upaya dan perbuatan melalui proses tertentu (dengan penuh kesungguhan) yang dilakukan oleh mereka yang mempunyai kompetensi dan otoritas dalam pengembangan hukum islam (mujtahid) dengan cara-cara tertentu (berdasarkan kaidah-kaidah *istinbat al-aḥkām* yang dibenarkan) untuk menjadikan hukum islam dapat tampil lebih segar dan nampak modern (tidak ketinggalan zaman).”<sup>80</sup>

Berbeda dengan kedua pandangan di atas, Sulaiman Abdullah melihat pembaruan hukum dari sisi perubahannya serta fungsi dari hukum itu sendiri. Jika perubahan hukum hanya sebatas pemberian isi konkrit terhadap norma yang abstrak sehingga hukum difungsikan sebagai *social control* maka hal ini disebut sebagai perubahan penerapan. Namun jika perubahan hukum meliputi perubahan

<sup>76</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan* (Bandung: Alumni, 2006), hlm. 21

<sup>77</sup> Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007), hlm. 145

<sup>78</sup> Satjipto Rahardjo, *Membangun*, hlm. 15

<sup>79</sup> Iskandar Usman, *Istihṣān dan Pembaharuan Hukum Islam* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1994), hlm. 113; Mustofa dan Abdul Wahid, *Hukum Islam Kontemporer* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 55-56

<sup>80</sup> Ahmad Munif Suratmaputra, *Filsafat Hukum Islam al-Ghazālī: Maṣlahah Mursalah dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Islam* (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002), hlm. 153

terhadap peraturan formalnya serta memfungsikan hukum sebagai *social engineering*, maka inilah yang dikatakan sebagai pembaruan hukum.<sup>81</sup>

Dari definisi yang berbeda ini dapat ditarik “benang merahnya” ke dalam beberapa rumusan, yaitu, pertama, dari sisi tujuannya. Pembaruan hukum islam dilakukan agar mampu merealisasi tujuan *sharī’ah* semaksimal mungkin yang meliputi kemaşlahatan hidup manusia di dunia dan akhirat.<sup>82</sup> Memang sejak awal, hukum islam pada hakikatnya adalah bertujuan untuk mewujudkan kemaşlahatan umat manusia<sup>83</sup> yang selanjutnya oleh al-Shāṭibī dipilah ke dalam tiga kategori yaitu *maqāşid al-ḍarūriyah*, *maqāşid al-hājiyah* dan *maqāşid al-taḥşīniyah*.<sup>84</sup> *Maqāşid al-ḍarūriyah* dimaksudkan untuk memelihara eksistensi kehidupan manusia baik di dunia maupun di akhirat yang meliputi pemeliharaan terhadap agama, jiwa, keturunan, harta dan akal. Kemudian *maqāşid al-hājiyah* dimaksudkan untuk menghilangkan kesulitan sementara *maqāşid al-taḥşīniyah* dimaksudkan agar manusia dalam kehidupannya dapat mencapai tingkat kesempurnaan.<sup>85</sup>

Tiga kategori *maqāşid sharī’ah* sebagaimana diungkapkan oleh al-Shāṭibī memiliki tingkat yang berbeda sebagai akibat terhadap pengabaian salah satu maqāşid tersebut. Pada kategori *maqāşid ḍarūriyah*, pengabaiannya akan menghancurkan kehidupan manusia baik kehidupan di dunia maupun kehidupan di akhirat. Sedangkan pada kategori *hājiyah* hanya akan berdampak terhadap timbulnya kesulitan dan kepicikan dalam kehidupan manusia, begitu pula pada kategori *taḥşīniyah*, ia akan menimbulkan ketidaksempurnaan dalam kehidupan manusia.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Sulaiman Abdullah, *Dinamika Qiyās dalam Pembaruan Hukum Islam* (Jakarta: Pedoman Ilmu Jaya, 1996), hlm. 201-202. Identifikasi Sulaiman Abdullah terhadap pembaruan hukum berpijak pada pandangan Satjipto Rahardjo yang mengatakan bahwa perubahan hukum dapat dipilah ke dalam dua kategori. Kategori pertama, perubahan hukum dalam bentuk pemberian isi konkrit terhadap norma hukum yang abstrak. Kategori kedua, perubahan terhadap peraturan secara formal. Lihat dalam, Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, cet. III (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hlm. 52-54

<sup>82</sup> Sulaiman Abdullah, *Dinamika Qiyās*, hlm. 117

<sup>83</sup> A. Qodri Azizy, *Hukum Nasional: Eklektisisme Hukum Islam dan Hukum Umum* (Jakarta: Teraju, 2004), hlm. 49

<sup>84</sup> Isa Anshori, “Maqāşid al-Sharī’ah sebagai Landasan Etika Global”, dalam, *Jurnal Hukum Islam*, Vol. 01, No.01, Maret 2009, hlm. 15

<sup>85</sup> A. Malthuf Siroj, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia: Telaah Kompilasi Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Ilmu, 2012), hlm. 44

<sup>86</sup> A. Malthuf Siroj, *Pembaruan Hukum*, hlm. 44

Kedua, dari definisi di atas, dapat diketahui bahwa instrumen pembaruan hukum adalah ijtihad. Kata ijtihad yang secara bahasa berasal dari kata *jahada* yang artinya bersungguh-sungguh,<sup>87</sup> secara terminologis diartikan dengan upaya dalam pengkajian hukum islam yang dilakukan dengan penuh kesungguhan dengan mengerahkan segenap kemampuan yang dimiliki untuk menghasilkan sebuah kesimpulan hukum atas sesuatu yang belum jelas hukumnya.<sup>88</sup> Ijtihad jika dikaitkan dengan perumusan hukum atas sesuatu yang belum jelas hukumnya meliputi dua kemungkinan, kemungkinan pertama adalah menetapkan hukum terhadap masalah-masalah baru yang belum ada ketentuan hukumnya. Kemungkinan kedua adalah menetapkan atau mencari ketentuan hukum baru bagi suatu masalah yang sudah ada ketentuan hukumnya tetapi tidak sesuai lagi dengan keadaan dan kemaslahatan manusia masa kini.<sup>89</sup>

Sejalan dengan dua kemungkinan operasionalisasi ijtihad di atas, Yūsuf al-Qarḍāwī sebagaimana dikutip oleh Asni mengintrodusir dua macam ijtihad, yaitu ijtihad *intiqā'ī* dan *inshā'ī*.<sup>90</sup> Ijtihad *intiqā'ī* adalah ijtihad yang dilakukan dengan memilih satu pendapat dari beberapa pendapat yang terdapat pada warisan fiqh islam yang sarat dengan fatwa dan keputusan hukum karena pendapat tersebut dinilai lebih kuat dari pendapat-pendapat yang lain. Sedangkan ijtihad *inshā'ī* adalah pengambilan konklusi hukum baru mengenai suatu persoalan yang belum pernah dikemukakan oleh ulama-ulama terdahulu baik menyangkut persoalan lama ataupun persoalan baru.<sup>91</sup>

Ketiga, kaitannya dengan ijtihad maka dalam setiap pembaruan harus ada “pelaku” pembaruan. Jika aktifitas memperbaiki hukum disebut ijtihad, maka “pelaku” pembaruan disebut mujtahid<sup>92</sup> yang dalam konteks Indonesia meliputi badan pembentuk hukum (legislatif), badan penegak hukum (yudisial) dan badan pelaksana hukum (eksekutif).<sup>93</sup>

<sup>87</sup> Abd. Rahman Dahlan, *Uṣūl al-Fiqih* (Jakarta: Amzah, 2010), hlm. 338

<sup>88</sup> Asni, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia: Telaah Epistemologis Kedudukan Perempuan dalam Hukum Keluarga* (Jakarta: Kementerian Agama Republik Indonesia, 2012), hlm. 48

<sup>89</sup> Iskandar Usman, *Istihṣān*, hlm. 113

<sup>90</sup> Asni, *Pembaruan Hukum*, hlm. 51

<sup>91</sup> Asni, *Pembaruan Hukum*, hlm. 51

<sup>92</sup> Samsul Bahri, *Metodologi Hukum Islam* (Yogyakarta: Teras, 2008), hlm. 60

<sup>93</sup> Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia* (Jakarta: UI-Press, 1983), hlm. 156

Keempat, wilayah ijtihad. Wilayah ijtihad termasuk ke dalam kaidah-kaidah ijtihad yang harus diperhatikan yang dalam hal ini hanyalah pada tataran hukum yang sama sekali tidak ada *naş* yang mengaturnya ataupun terhadap hukum yang ditunjuk oleh *naş* yang *dzannī*, sedangkan terhadap hukum yang telah ditunjuk oleh *naş* yang *qaṭ'ī al-dalālahnya*, maka tidak ada ruang untuk diijtihadi.<sup>94</sup> Maksud dari ayat yang *qaṭ'ī* adalah lafadz yang mengandung pengertian tunggal dan tidak bisa dipahami makna yang lain darinya.<sup>95</sup> Dalam hal ini, ‘Abdul Wahhab Khallāf secara tegas mengatakan *lā masāgha li al-ijtihādi fi mā fihī naşşun şarīhun qaṭ'īyyun (tidak ada ruang untuk diijtihadi terhadap hal yang telah diatur oleh naş şarīh yang qaṭ'ī)*.<sup>96</sup>

Kelima, faktor penyebab terjadinya pembaruan hukum, yaitu kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi (IPTEK) modern. Kemajuan IPTEK hanyalah satu dari sekian banyak hal yang dapat menuntut pembaruan terhadap hukum mengingat perkembangan tersebut telah mengubah corak kehidupan masyarakat termasuk dari segi kehidupan hukumnya.<sup>97</sup> Selain faktor IPTEK, pembaruan hukum juga “dirangsang” oleh kekosongan hukum karena norma-norma yang terdapat dalam kitab-kitab fiqh tidak mengaturnya, sedangkan kebutuhan masyarakat akan status hukum dari sesuatu yang baru sangatlah mendesak untuk diterapkan.<sup>98</sup>

Keenam, fungsi hukum dalam konteks pembaruan. Dalam amatan Soerjono Soekanto, hukum dapat memainkan dua peranan. Di satu sisi dapat berperan sebagai *social control* dan di lain pihak dapat berperan sebagai *social engineering*. Pada kategori pertama hukum difungsikan sebagai alat untuk mempertahankan stabilitas,<sup>99</sup> dengan kata lain hukum mengendalikan dan mengontrol lajunya perubahan masyarakat agar tidak keluar dari ketentuan-ketentuan yang berlaku.<sup>100</sup> Sementara pada fungsi yang kedua, hukum

<sup>94</sup> Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum* (Jakarta: Kencana, 2009), hlm. 223

<sup>95</sup> Faisar Ananda, “Qaṭ'ī dan Dzannī dalam Teori Hukum Islam: Sebuah Tinjauan Legal Historis”, dalam *Analytica Islamica*, Vol. 8, No. I, 2006, hlm. 119

<sup>96</sup> Abdul Wahhab Khallāf, *‘Ilm al-Uşūl al-Fiqh* (Beirūt: Dār al-Kutūb ‘Ilmiyah, 2007), hlm. 173

<sup>97</sup> Abdul Manan, *Aspek-Aspek*, hlm. 161

<sup>98</sup> Abdul Manan, *Reformasi Hukum*, hlm. 153

<sup>99</sup> Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum*, hlm. 161

<sup>100</sup> Lahmuddin Nasution, *Pembaruan Hukum Islam dalam Madhhab Shāfi'ī* (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2001), hlm. 254

diproyeksikan untuk menggerakkan para warga masyarakat agar melakukan suatu perbuatan tertentu.<sup>101</sup> Inilah yang kemudian melahirkan pembaruan terhadap hukum.<sup>102</sup>

Kriteria yang hampir sama dengan formulasi yang penulis utarakan di atas juga dikemukakan oleh Bustāmī Muḥammad Saʿīd dalam karyanya *Maḥūm Tajdīd al-Dīn*. Dalam pandangan Bustāmi, pembaruan dalam islam harus memenuhi beberapa elemen sebagai berikut:

- a. Pembaruan adalah upaya menghidupkan ajaran agama, menyebarkan dan mengembalikannya kepada bentuk aslinya pada masa generasi awal (*salaf al-ṣāliḥ*)
- b. Dalam pembaruan, tercakup di dalamnya upaya pemeliharaan teks-teks suci keagamaan yang benar dan otentik agar terhindar dari intervensi manusia
- c. Upaya pembaruan harus diimbangi dengan suatu metode yang benar dalam memahami teks-teks suci yang mana pemahaman tersebut harus ditelusuri melalui komentar-komentar yang telah dilakukan oleh pemikir-pemikir *sunnī*
- d. Tujuan penting pembaruan adalah menjadikan hukum agama sebagai landasan hukum dalam berbagai aspek kehidupan sehingga sesuatu yang salah dapat diperbaiki dan sesuatu yang kurang sempurna dapat disempurnakan
- e. Untuk mencapai tujuan di atas diperlukan upaya ijtihad sehingga agama islam dapat menjawab segala permasalahan hukum yang muncul dalam masyarakat
- f. Aspek penting dalam pembaruan adalah upaya membedakan ajaran agama yang sebenarnya dengan ajaran yang disisipkan kepadanya baik sisipan yang muncul dari dalam maupun pengaruh dari luar.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Satjipto Rahardjo, “Suatu Sketsa tentang Permasalahan Hukum dan Perubahan Sosial”, dalam, *Jurnal Hukum*, No. 5, Th. IV, 1977, hlm. 67

<sup>102</sup> Sulaiman Abdullah, *Dinamika Qiyās*, hlm. 202

<sup>103</sup> Bustāmī Muḥammad Saʿīd, “Maḥūm Tajdīd al-Dīn”, dalam, Nasrun Rusli, *Konsep Ijtihad al-Shaukānī: Relevansinya bagi Pembaruan Hukum Islam di Indonesia* (Ciputat: Logos Wacana Ilmu, 1999), hlm. 168

Adapun yang dimaksud dengan hukum keluarga yang dalam literatur fiqh diistilahkan dengan *al-aḥwāl al-shakhṣiyah* secara etimologi terangkai dari dua kata yaitu *al-aḥwāl* dan *al-shakhṣiyah*. *Al-aḥwāl* merupakan bentuk plural dari kata *al-ḥāl* yang artinya hal atau keadaan.<sup>104</sup> Sedangkan kata *al-shakhṣiyah* memiliki arti kepribadian atau identitas diri; mengenai perseorangan atau diri sendiri.<sup>105</sup> Secara terminologi, *al-aḥwāl al-shakhṣiyah* sebagaimana diformulasikan oleh Wahbah al-Zuhayrī dan selanjutnya dikutip oleh Muhammad Amin Summa, adalah hukum-hukum yang mengatur hubungan keluarga sejak di masa-masa awal pembentukannya hingga masa berakhirnya hubungan keluarga berupa nikah, talak (perceraian), nasab (keturunan), nafkah dan kewarisan.<sup>106</sup> Dengan demikian, maka jika dikaitkan dengan kata islam menjadi hukum keluarga islam, maka berarti hukum keluarga islam adalah hukum islam yang mengatur hubungan internal anggota sebuah keluarga muslim terutama yang berkenaan dengan persoalan *munākahah*, nafkah, *ḥaḍānah* dan kewarisan.

Dengan demikian, maka yang dimaksud dengan pembaruan HKI dengan mengacu kepada beberapa uraian di atas adalah upaya maksimal yang dilakukan untuk membuat formulasi hukum keluarga islam yang adaptif terhadap perkembangan zaman dan tentunya harus memenuhi “rukun” pembaruan yaitu tujuan, ijtihad, “pelaku” pembaruan, wilayah ijtihad, faktor penyebab terjadinya pembaruan hukum dan fungsi hukum. Dari sini dapat disimpulkan bahwa upaya formulasi hukum yang tidak didasarkan pada metode *istinbāṭ* yang benar termasuk jika dilakukan oleh mereka yang tidak berkompeten (tidak memenuhi rukun-rukun pembaruan) tidak dapat disebut sebagai pembaruan terhadap hukum.<sup>107</sup>

## 2. Historisitas Pembaruan HKI: Meneguhkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 sebagai Wujud Pembaruan HKI di Indonesia

Dalam salah satu kesimpulan tentang pelacakan terhadap pembaruan HKI di negara-negara muslim disebutkan bahwa Indonesia tergolong sebagai negara

<sup>104</sup> Adib Bisri dan Munawwir A. Fattah, *Kamus al-Bishrī* (Surabaya: Pustaka Progresif, 1999), 142

<sup>105</sup> Adib Bisri dan Munawwir A. Fattah, *Kamus*, hlm. 365

<sup>106</sup> Muhammad Amin Summa, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2005), hlm. 19

<sup>107</sup> Abdul Manan, *Reformasi Hukum*, hlm. 152

yang relatif lamban dalam melakukan pembaruan HKI. Namun kehadiran Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dinilai sebagai wujud dari pembaruan itu.<sup>108</sup> Untuk menolak ataupun menerima kesimpulan di atas tidak dapat dilepaskan dari pembahasan mengenai historisitas pembaruan HKI secara umum di negara-negara muslim sekalipun tidak seluruh negara muslim memiliki pandangan yang sama dalam melakukan reformasi terhadap HKI. Setidaknya terdapat tiga tipologi untuk memetakan negara muslim dalam melakukan reformasi hukum keluarga, yaitu, pertama, negara muslim yang sama sekali tidak mau melakukan pembaruan dan masih tetap memberlakukan hukum keluarga sebagaimana yang tertuang dalam kitab-kitab fiqh dari *madhhab* yang dianut seperti Saudi Arabia. Kedua, negara muslim yang sama sekali telah meninggalkan hukum keluarga islam dan sebagai gantinya mengambil hukum sipil Eropa seperti Turki. Sedangkan tipologi ketiga adalah negara muslim yang berusaha memberlakukan hukum keluarga islam tetapi setelah mengadakan pembaruan di sana-sini seperti Yordania dan Indonesia.<sup>109</sup>

Selain perbedaan dalam upaya pembaruan terhadap HKI, juga ditemukan perbedaan dari sisi tujuannya. Pertama, pembaruan HKI dengan tujuan unifikasi hukum. Hal ini disebabkan adanya sejumlah *madhhab* yang diikuti di negara yang bersangkutan dan boleh jadi terdiri dari *madhhab sunnī* atau bahkan *sunnī-shi'ī* dan boleh jadi untuk semua warga negara tanpa memandang perbedaan agama seperti Tunisia. Selain tujuan unifikasi, pembaruan HKI di negara muslim juga bertujuan untuk mengangkat status perempuan. Termasuk dalam kategori ini adalah Undang-Undang Perkawinan Indonesia dan Mesir yang secara historis kemunculannya –salah satunya –sebagai respon terhadap tuntutan pengangkatan status perempuan.<sup>110</sup> Tujuan lainnya adalah untuk merespon perkembangan dan

<sup>108</sup> Hasbi Umar, *Nalar Fiqh Kontemporer*, cet. 1 (Jakarta: Gaung Persada Press, 2007), hlm. 13

<sup>109</sup> Atho Mudzhar, “Wanita dalam Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern”, dalam, Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), hlm. 204-205

<sup>110</sup> Untuk kasus di Indonesia, mengatakan bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 sebagai respon terhadap tuntutan pengangkatan status perempuan ada benarnya mengingat sebelum dibentuknya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 telah dikumandangkan tuntutan perbaikan kedudukan perempuan sejak kongres perempuan indonesia pertama tahun 1928 terutama yang berkaitan dengan perkawinan paksa, poligami dan talak yang sewenang-wenang. Lihat dalam, Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam dan Peradilan Agama* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), hlm. 21

tuntutan zaman karena konsep fiqh tradisional dianggap kurang mampu menjawabnya.<sup>111</sup>

Sedangkan untuk mengetahui tentang periodisasi pembaruan HKI di negara-negara muslim dapat dilihat dalam tabel berikut ini:<sup>112</sup>

NO	NEGARA	TAHUN	WUJUD PEMBARUAN
1	Turki	1917	lahirnya <i>Ottoman Law of Family Rights (Qanun al-Huquq al-‘Ailah al-Uthmaniya)</i>
2	Yordania	1951	<i>Jordanian Law of Family Rights</i>
3	Syria	1953	<i>Syrian Law of Personal Status</i>
5	Pakistan	1955	<i>Family Law of Pakistan</i>
6	Iraq	1955	<i>Law of Personal Status for Iraq</i>
4	Maroko	1957	<i>Family Law of Maroco</i>
7	Tunisia	1957	<i>Tunisian Code of Personal Status</i>
8	Sudan	1960	<i>Sudan Family Law</i>
9	Indonesia	Era 70an	Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

Tabel 1: Periodisasi pembaruan HKI di negara-negara muslim

Dari tabel di atas, terlihat bahwa Turki adalah negara muslim yang pertama kali melakukan pembaruan terhadap hukum keluarga yang dalam metode pembaruannya lebih cenderung untuk mengeliminir hukum islam dengan mengadopsi hukum Barat.<sup>113</sup> Sementara indonesia baru melakukan pembaruan terhadap HKI era 70an dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Kelambanan tersebut dalam analisa Ahmad Rofiq disebabkan oleh beberapa faktor, yaitu masih kuatnya anggapan bahwa *taqlīd* terhadap pendapat para ulama yang terdapat dalam kitab-kitab fiqh dianggap masih memadai untuk menjawab tantangan zaman, selain itu, juga dipengaruhi oleh posisi hukum islam yang dalam konteks politik masa kini selalu mengundang polemik karena posisi

<sup>111</sup> Abdul Halim Barkatullah dan Teguh Prasetyo, *Hukum Islam Menjawab Tantangan Zaman yang selalu Berkembang* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), hlm. 119-120

<sup>112</sup> Ringkasan dalam tabel di atas disarikan dari beberapa referensi yaitu, Yudani, “Pembaharuan Hukum Keluarga Mesir, Pakistan dan Indonesia”, dalam, *Logika*, Vol. 6, No.7, Desember 2001, hlm. 69; Khoiruddin Nasution, “Sejarah Singkat Pembaruan Hukum Keluarga Muslim”, dalam, Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), hlm. 12-32; Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia* (Yogyakarta: Gama Media, 2001), hlm. 99; M. Hasbi Umar, *Nalar Fiqih*, hlm. 13

<sup>113</sup> Muhyar Fanani, *Membumikan Hukum Langit* (Yogyakarta: Tiara Wacana, 2008), hlm. 90

hukum islam di satu sisi berada di tengah antara paradigma agama dan paradigma negara, sedangkan di sisi lain ia berada di titik ketegangan antara agama itu sendiri. Faktor yang tidak kalah pentingnya dalam menghambat upaya pembaruan terhadap HKI di Indonesia adalah persepsi sebagian masyarakat yang mengidentikkan fiqh yang tidak lain hasil kerja intelektual para ulama dengan *sharī'ah* yang merupakan produk Tuhan dengan kebenaran yang mutlak.<sup>114</sup>

Belajar dari pembaruan HKI yang dilakukan oleh Turki, maka pembaruan dalam bidang hukum keluarga didunia muslim ditandai tidak saja oleh perubahan-perubahan dalam hukum Islam itu sendiri yang didasarkan atas reinterpretasi (penafsiran kembali) terhadap hukum Islam sesuai dengan perkembangan penalaran dan pengamalannya tetapi juga oleh penggantian hukum keluarga islam (fiqh) dengan hukum-hukum Barat.<sup>115</sup> Dalam pengkategorian yang lain Atho Mudzhar dengan mengutip pendapat Tahir Mahmood, mengatakan bahwa pembaruan terhadap HKI dapat ditempuh melalui dua metode, pertama, *intra doctrinal reform* yaitu pembaruan terhadap hukum keluarga islam dengan menggabungkan beberapa pendapat dari beberapa *madhhab* atau mengambil pendapat lain selain dari *madhhab* utama yang dianut. Kedua, *extra doctrinal reform* yaitu pembaruan hukum dengan cara memberikan penafsiran yang sama sekali baru terhadap *naş* yang ada.<sup>116</sup>

Dua kemungkinan dari penggunaan metode pembaruan HKI di atas terlihat dalam pembaruan HKI di Indonesia yang terwujud dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Di Indonesia menurut Amir Syarifuddin –yang dikutip oleh Nasrun Rusli –dengan mengacu pada undang-undang tersebut, maka pembaruan HKI menurutnya lebih menekankan pada proses reformulasi fiqh yakni perumusan ulang terhadap rumusan-rumusan yang telah dilakukan oleh para mujtahid terdahulu karena telah bergantinya masa sehingga rumusan lama itu karena satu dan lain hal dirasakan sulit untuk diterapkan dalam kehidupan nyata.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum*, hlm. 99-101

<sup>115</sup> Yusdani, “Pembaharuan Hukum, hlm. 67

<sup>116</sup> Atho Mudzhar, “Wanita dalam Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern”, dalam, Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution, *Hukum Keluarga*, hlm. 207-208

<sup>117</sup> Nasrun Rusli, *Konsep*, hlm. 171

Kaitannya dengan proses reformulasi fiqh ke dalam bentuk undang-undang seperti terlihat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, maka dapat dipilah ke dalam empat kemungkinan, yaitu. Pertama, UU sudah sepenuhnya mengikuti fiqh *munākaḥat* bahkan sepertinya mengutip secara langsung dari *al-Qurān* seperti contoh ketentuan tentang larangan perkawinan dan ketentuan tentang masa iddah bagi isteri yang bercerai dari suaminya yang kemudian dijabarkan dalam Peraturan Pemerintah. Kedua, ketentuan yang terdapat dalam UU sama sekali tidak terdapat dalam fiqh *munākaḥat madhhab* manapun namun karena bersifat administratif dan bukan substansial dapat ditambahkan ke dalam fiqh seperti pencatatan perkawinan dan pencegahan perkawinan.<sup>118</sup>

Kemungkinan ketiga, ketentuan dalam UU tidak ditemukan dalam kitab-kitab fiqh dari berbagai *madhhab* namun karena pertimbangan *kemaṣlahatan*, ketentuan tersebut dapat diterima semisal tentang batas minimal usia calon pasangan yang akan kawin serta ketentuan tentang harta bersama dalam perkawinan. Keempat, ketentuan yang terdapat dalam UU secara lahiriah tampak bertentangan dengan ketentuan fiqh *munākaḥat* dalam berbagai *madhhab* namun dengan menggunakan reinterpretasi dan mempertimbangkan *kemaṣlahatan* ketentuan tersebut dapat diterima. Ketentuan yang dimaksudkan misalnya keharusan perceraian di muka pengadilan dan keharusan izin poligami oleh pengadilan serta perceraian yang harus didasarkan pada alasan-alasan yang telah ditentukan dalam UU.<sup>119</sup>

Dari sini pula kita dapat mengatakan bahwa tujuan dilakukannya reformasi hukum keluarga yang terwujud dalam bentuk Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 selain untuk merespons situasi dan kondisi "kekinian dan kedisinian" termasuk perbaikan terhadap kedudukan perempuan sebagaimana diulas dalam uraian sebelumnya, juga bertujuan untuk menciptakan unifikasi hukum karena sebagaimana kita ketahui sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, para hakim menggunakan 13 kitab standar yang secara keseluruhan

<sup>118</sup> Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia: Antara Fiqh Munākaḥat dan Undang-Undang Perkawinan* (Jakarta: Kencana, 2009), hlm. 29

<sup>119</sup> Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan*, hlm. 29

bermadhhab *Shafi'i*.<sup>120</sup> Dampaknya adalah terjadi ketidakpastian hukum karena dalam perkara yang sama dimungkinkan adanya putusan yang berbeda.<sup>121</sup>

## B. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam Berbagai Perspektif

### 1. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam Perspektif Historis-Politis

Lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengalami proses sejarah yang sangat panjang. Berawal pada tahun 1950 ketika pemerintah membentuk sebuah panitia yang diketua oleh Teuku Mohammad Hasan untuk membuat rancangan UU yang khusus mengatur tentang hukum perkawinan, talak, dan rujuk yang kemudian rancangan tersebut diselesaikan pada tahun 1952 sekalipun pada akhirnya rancangan itu gagal untuk diajukan ke DPR karena banyaknya kritik dari berbagai pihak.<sup>122</sup> Berangkat dari kegagalan ini, panitia perancang rumusan undang-undang yang saat itu diketuai oleh Mr. Purwosutjipto dari Departemen Agama kembali menyusun undang-undang perkawinan yang bersifat khusus bagi golongan Islam, Katolik, Protestan dan lain sebagainya. Kemudian pada akhir tahun 1954, rancangan undang-undang perkawinan khusus orang islam dapat terselesaikan.<sup>123</sup>

Namun pada saat yang sama, tatkala pada tahun 1958 RUU perkawinan umat islam diajukan ke DPR secara bersamaan muncul RUU perkawinan yang berlaku secara nasional atas usulan Ny. Sumari dan kawan yang pada akhirnya kedua rancangan itu baik rancangan undang-undang perkawinan umat islam ataupun rancangan undang-undang perkawinan nasional tidak berhasil dijadikan sebagai undang-undang dan dikembalikan kepada pemerintah. Kegagalan ini tidak menyurutkan langkah pemerintah untuk kembali mengajukan rancangan tentang perkawinan umat islam pada tahun 1967 walaupun kemudian pada tahun 1968 baik RUU perkawinan umat islam ataupun RUU yang diajukan pemerintah

<sup>120</sup> Adapun 13 kitab yang dimaksudkan adalah *al-Bajūrī, Faḥ al-Mu'īn, Sharqāwī 'alā Tahḥīr, Qalyūbī, Faḥ al-Wahhāb, Tuḥfah, Targhīb al-Mustaghfirīn, Qawānīn al-Shar'īyyah li Sayyid Yaḥyā, Qawānīn Shar'īyah li Sayyid Sadaqah Daḥlān, Shamsūrī fī al-Farāīd, Bughyat al-Mustarshidīn, al-Fiqh 'alā Madhāhib al-'Arba'ah* dan *al-Mughnī al-Muḥtāj*. Periksa dalam, Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 29

<sup>121</sup> Hilal Malarangan, "Pembaruan Hukum Islam dalam Hukum Keluarga di Indonesia", dalam *Jurnal Hunafa Vol. 5 No. 1, April 2008*, hlm. 39

<sup>122</sup> Warkum Sumitro, *Perkembangan Hukum Islam* (Malang: Bayumedia Publishing, 2005), hlm. 121

<sup>123</sup> Warkum Sumitro, *Perkembangan*, hlm. 121-122

mengalami nasib yang sama dengan tahun-tahun sebelumnya. Hal tersebut diakibatkan oleh penolakan fraksi Katolik yang ada di DPR-GR untuk membahas RUU yang berkaitan dengan agama.<sup>124</sup>

Pada tahun berikutnya, tepatnya pada tanggal 31 Juli 1973, rancangan undang-undang perkawinan yang pada akhirnya menjadi Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 diajukan oleh Presiden kepada pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dengan surat yang bernomor R02/P.U/VII/1973 yang sekaligus mencabut dua rancangan yang telah diajukan sebelumnya, yaitu rancangan undang-undang tentang peraturan perkawinan umat islam sebagaimana disampaikan dengan amanat presiden nomor R02/PRESS/5/1967 tanggal 22 Mei 1967 dan rancangan undang-undang tentang ketentuan-ketentuan pokok perkawinan sebagaimana disampaikan dengan amanat presiden nomor R 010/P.U/HK/9/1968 tanggal 7 September 1968.<sup>125</sup>

Sekalipun umat islam telah lama menginginkan adanya undang-undang yang mengatur tentang perkawinan, pengajuan RUU yang disampaikan oleh pemerintah justeru menuai protes yang kuat dari umat islam.<sup>126</sup> Hal itu disebabkan oleh RUU tentang perkawinan yang diajukan pemerintah adalah RUU perkawinan nasional yang berlaku untuk semua warga negara dan disinyalir rancangan itu bercirikan sekuler<sup>127</sup> dan bahkan secara ekstrim terdapat tuduhan bahwa RUU tersebut sengaja dibuat untuk mengkristenkan indonesia<sup>128</sup> sehingga secara provokatif, Buya Hamka memfatwakan keharaman untuk mengikuti RUU

<sup>124</sup> Warkum Sumitro, *Perkembangan*, hlm. 122. Menurut Analisis Warkum terdapat dua kemungkinan terhadap penolakan fraksi Katolik untuk membahas tentang RUU yang berkaitan dengan perkawinan islam. Kemungkinan pertama, penolakan mereka adalah terkait dengan positivisasi hukum islam, sedangkan kemungkinan yang kedua, mereka tidak menginginkan umat islam memiliki undang-undang tentang perkawinan. Padahal untuk orang katolik/kristen telah memiliki ordonansi perkawinan kristen Indonesia yang dibuat oleh pemerintah hindia-belanda pada tahun 1933, sedangkan untuk orang cina yang beragama kristen di Indonesia telah diatur oleh hukum perdata barat sejak tahun 1917. Periksa dalam, Warkum Sumitro, *Perkembangan*, hlm. 122

<sup>125</sup> Jazuni, *Legislasi Hukum Islam di Indoncsia* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005), hlm. 360

<sup>126</sup> Achmad Gunaryo, *Pergumulan Politik dan Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), hlm. 132

<sup>127</sup> Warkum Sumitro, *Perkembangan*, hlm. 123

<sup>128</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, hlm. 23

perkawinan yang diajukan oleh pemerintah dan barang siapa yang masih tetap melaksanakan RUU tersebut maka ia adalah kafir.<sup>129</sup>

Terkait dengan jumlah pasal dalam RUU versi pemerintah yang dianggap bertentangan dengan ajaran islam terdapat perbedaan di kalangan para peneliti. Menurut Kamal Hasan sedikitnya terdapat 11 pasal yang dianggap bertentangan dengan ajaran islam, yaitu pasal 2 ayat 1, pasal 3 ayat 2, pasal 7 ayat 1, pasal 8 butir c, pasal 10 ayat 2, pasal 11 ayat 2, pasal 12, pasal 13 ayat 1 dan 2, pasal 37, pasal 46 huruf c dan d, pasal 62 ayat 2 dan 9.<sup>130</sup> Berbeda dengan hasil penelitian Yusuf Hasyim yang menyebutnya terdapat 13 pasal yaitu, pasal 2 ayat 1, pasal 3 ayat 2, pasal 7 ayat 1 dan 2, pasal 8, pasal 10 ayat 2, pasal 11 ayat 2, pasal 12 ayat 1, pasal 13 ayat 1 dan 2, pasal 37 ayat 1, pasal 39, pasal 46 butir c dan d, pasal 49 dan pasal 62.<sup>131</sup>

Adanya pasal-pasal yang dianggap bertentangan ini dan sekaligus menyulut pertentangan dan protes keras dari umat islam maka menghadapi situasi genting ini, bagi pemerintah kompromi adalah jalan terbaik mengingat dalam kondisi demikian ini stabilitas negara sedang dipertaruhkan dan bahwa tanpa adanya amandemen terhadap RUU perkawinan itu akan menyebabkan ketidakstabilan politik dan sosial.<sup>132</sup> Langkah yang ditempuh untuk mencapai titik temu, dalam hal ini menteri agama, Mukti Ali, berinisiatif untuk melakukan *lobbying* antar fraksi.<sup>133</sup> Karena bagi Mukti, pemerintah tidak bermaksud untuk membentuk undang-undang perkawinan yang melanggar nilai, cita, dan norma-norma agama dan pemerintah pun tidak pernah berfikir untuk memaksakan kehendak tanpa peluang bagi perbaikan dan penyempurnaan RUU yang telah diajukan.<sup>134</sup>

Melalui lobi-lobi antara tokoh agama dengan pihak pemerintah akhirnya tercapai satu kesepakatan khususnya antara fraksi Persatuan Pembangunan dan Fraksi ABRI yang isinya adalah sebagai berikut:

<sup>129</sup> Achmad Gunaryo, *Pergumulan*, hlm. 134

<sup>130</sup> Kamal Hasan, *Modernisasi Indonesia: Respon Cendekiawan Muslim* (Jakarta: Lingkaran Studi Indonesia, 1987), hlm, 190

<sup>131</sup> Achmad Gunaryo, *Pergumulan*, hlm. 135

<sup>132</sup> Achmad Gunaryo, *Pergumulan*, hlm. 142

<sup>133</sup> Warkum Sumitro, *Perkembangan*, hlm. 123

<sup>134</sup> Jazuni, *Lcgislasi*, hlm. 370

- a. Hukum agama islam dalam perkawinan tidak akan dikurangi atau diubah
- b. Sebagai konsekuensi dari poin 1 maka alat-alat pelaksanaannya tidak akan dikurangi ataupun diubah, tegasnya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Nikah, Talak dan Rujuk serta Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dijamin kelangsungannya
- c. Hal-hal yang bertentangan dengan agama islam dan tidak mungkin disesuaikan dengan undang-undang ini maka akan dihilangkan
- d. Pasal 2 ayat (1) dari RUUP disetujui untuk dirumuskan dengan: perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum agamanya dan kepercayaannya itu (ayat 1) dan tiap-tiap perkawinan wajib dicatat demi ketertiban administrasi negara (ayat 2)
- e. Mengenai perceraian dan poligami diusahakan perlu ketentuan-ketentuan guna mencegah terjadinya kesewenang-wenangan.<sup>135</sup>

Setelah tercapai kesepakatan, akhirnya RUUP disahkan sebagai undang-undang yang diundangkan pada tanggal 02 Januari 1974 –Tambahan Lembaran Negara RI 1974 Nomor 1 –dan kemudian disusul dengan lahirnya peraturan pemerintah pada tanggal 01 April 1975 sehingga praktis Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berlaku secara efektif sejak tanggal 01 oktober 1975.<sup>136</sup> Adanya jarak waktu hampir dua tahun antara disahkannya sebagai undang-undang dan keberlakuannya secara efektif disebabkan adanya langkah-langkah persiapan dan serangkaian petunjuk-petunjuk pelaksanaan sehingga segala sesuatunya yang berkaitan dengan pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dapat terlaksana dengan baik.<sup>137</sup>

Satu hal yang dapat dipahami dari “tarik ulur” yang pada akhirnya tercapai sebuah kesepakatan sebagaimana terlihat dalam bahasan di atas bahwa nilai-nilai keislaman dapat diletakkan sebagai representasi agama serta rancangan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 sebagai representasi negara telah memperlihatkan

<sup>135</sup> Rachmadi Usman, *Perkembangan Hukum Perdata* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2003), hlm. 196

<sup>136</sup> Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama di Indonesia: Sejarah Pemikiran dan Realita* (Malang: UIN Press, 2009), hlm. 129

<sup>137</sup> Rachmadi Usman, *Perkembangan*, hlm. 199-200

hubungan yang dapat ditelaah setidaknya melalui tiga paradigma. Pertama, paradigma yang memandang bahwa relasi agama dan negara bersifat *integrated*, karenanya negara merupakan lembaga politik dan sekaligus lembaga keagamaan sebagaimana dianut oleh *shī'ah*.<sup>138</sup> Kedua, paradigma yang memandang bahwa relasi agama dan negara bersifat simbiotik yakni berhubungan secara timbal balik dan saling membutuhkan dan juga saling menguntungkan. Dalam hal ini, agama memerlukan negara karena dengan kekuasaan negara agama dapat berkembang sebaliknya negara membutuhkan agama karena dengannya negara akan berkembang dalam bimbingan etika dan moral.<sup>139</sup> Ketiga, paradigma sekuleristik yang menolak adanya relasi agama dan negara baik secara integralistik maupun relasi secara simbiotik.<sup>140</sup>

Selain itu, dari rangkaian historis di atas juga terlihat bahwa RUU Perkawinan yang selanjutnya disahkan menjadi Undang-Undang berkisar antara tahun 1973 sebagai pengajuan yang kemudian disetujui untuk dibahas lebih lanjut kemudian pada tahun 1974 rancangan itu disahkan menjadi undang-undang dan selanjutnya pada tahun 1975 Undang-Undang Perkawinan telah berlaku secara efektif. Dengan demikian, jika dikaji secara historis, kisaran waktu antara 1973 hingga 1975 tergolong ke dalam era Orde Baru karena Orde ini disinyalir berawal pada tahun 1966 tepatnya dengan keluarnya surat perintah 11 Maret 1966 yang sekaligus mengakibatkan lumpuhnya dua kekuatan politik utama era Orde Lama yaitu Soekarno dan PKI<sup>141</sup> serta berakhir pada tahun 1998 dengan tumbangannya Soeharto sebagai penguasa Orde Baru selama 32 tahun pada tanggal 21 Mei 1998.<sup>142</sup>

Dalam kajian politik, era Orde Baru (1966-1998) menurut analisa Mahfud tergolong ke dalam konfigurasi politik yang otoriter yang ditunjukkan oleh peran eksekutif yang sangat dominan, kehidupan pers dikendalikan, legislatif didirikan sebagai lembaga yang lemah karena di dalamnya telah ditanamkan peran-peran

<sup>138</sup> Umi Sumbulah, "Kontroversi dan Tipologi Pemikiran Politik Islam Ali Abdur Raziq dan Pengaruhnya bagi Wajah Demokrasi di Indonesia", dalam, *Islam dan Negara Pancasila* (Malang: Fakultas *Shari'ah*, 2012), hlm. 31

<sup>139</sup> Umi Sumbulah, *Kontroversi*, hlm. 31

<sup>140</sup> Umi Sumbulah, *Kontroversi*, hlm. 31

<sup>141</sup> Abdul Aziz Thaba, *Islam dan Negara dalam Politik Orde Baru* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 185

<sup>142</sup> Marzuki Wahid dan Rumadi, *Fiqh Madhhab Negara* (Jogjakarta: LKiS, 2001), hlm. 57

eksekutif melalui Golongan Karya dan ABRI,<sup>143</sup> sehingga hukum yang dilahirkan berkarakter konservatif atau ortodoks.<sup>144</sup> Dalam hal ini, hukum bersifat positivis-instrumentalis dan berfungsi sebagai alat ampuh bagi pelaksanaan ideologi dan program Negara.<sup>145</sup> Selain itu, hukum yang tergolong ke dalam karakter ini cenderung kaku dan kurang tanggap terhadap tuntutan kebutuhan masyarakat serta bersifat opresif karena secara sepihak memantulkan persepsi sosial para pengambil kebijakan.<sup>146</sup> Berbeda dengan konfigurasi politik yang otoriter, konfigurasi politik yang demokratis akan melahirkan produk hukum yang responsif/populistik.<sup>147</sup> Dalam hal ini, hukum cenderung responsif terhadap tuntutan berbagai kelompok sosial dan individu di dalam masyarakatnya<sup>148</sup> serta selalu terbuka terhadap penafsiran dalam rangka menemukan nilai-nilai tersirat yang terkandung dalam peraturan dan kebijakan.<sup>149</sup>

Kajian ini menguatkan pemahaman bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 merupakan produk politik dari konfigurasi politik yang otoriter, sehingga Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 layak disebut sebagai undang-undang yang berkarakter ortodoks. Hal ini terlihat dari peranan masyarakat yang sangat minim dalam proses pembuatan undang-undang tersebut, sebaliknya ia dikuasai oleh pihak eksekutif terutama lembaga kepresidenan yang memiliki kewenangan terhadap hukum.<sup>150</sup>

Minimnya akses masyarakat secara umum –umat islam pada khususnya – terhadap pembentukan kebijakan dalam era Orde Baru mendapatkan justifikasi dari catatan Dewi Fortuna Anwar yang selanjutnya dikutip oleh Daniel Dhakidae dalam bukunya, *Cendekiawan dan Kekuasaan dalam Negara Orde Baru*. Dalam hal ini, Fortuna menyatakan:

<sup>143</sup> Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi* (Jakarta: Rajawali Pers, 2011), hlm. 71

<sup>144</sup> Moh. Mahfud MD, *Membangun*, hlm. 58

<sup>145</sup> Abdul Hakim G. Nusantara, *Politik Hukum Indonesia* (Jakarta: Yayasan LBHI, 1988), hlm. 27

<sup>146</sup> Abdul Hakim G. Nusantara, *Politik*, hlm. 38

<sup>147</sup> Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, cet. 3 (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hlm. 22

<sup>148</sup> Imam Syaukani dan A. Ahsin Thohari, *Dasar-Dasar Politik Hukum* (Jakarta: Rajawali Pers, 2008), hlm. 77

<sup>149</sup> Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, *Hukum Responsif* (Bandung: Nusamedia, 2008), hlm. 90

<sup>150</sup> Abdul Latif dan Hasbi Ali, *Politik Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 152-153

“agar diterima sepenuhnya oleh pemerintah sebagai calon politik, para pemimpin islam harus menunjukkan bahwa mereka secara politik bersifat moderat dan bahwa mereka pada umumnya menunjang ideologi dan politik pemerintah. Namun dengan berbuat demikian, orang-orang ini kehilangan kredibilitas di mata para pemilih mereka. Lebih-lebih lagi, PPP tidak diizinkan menggunakan himbauan agama islamnya yang khas yang menjadi dasar kehidupan partai itu sendiri.”<sup>151</sup>

Pernyataan Fortuna di atas memberikan pemahaman bahwa memang paradigma pembangunan hukum rezim Soeharto cenderung memperkecil partisipasi kelompok dalam masyarakat. Jika pun ternyata ada kelompok dalam masyarakat yang terlibat dalam penentuan kebijakan Orde Baru lebih banyak dilatarbelakangi oleh politik-politik tertentu termasuk untuk mengurangi resistensi dari kelompok tertentu dalam masyarakat.<sup>152</sup>

Penilaian berbeda dikemukakan oleh Abdul Halim. Menurutnya, sekalipun Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 lahir dalam konfigurasi politik yang otoriter tidaklah tergolong sebagai produk hukum yang berkarakter ortodoks melainkan produk hukum yang responsif.<sup>153</sup> Alasan yang dikemukakan oleh Abdul Halim adalah aspek historis yang melatari lahirnya undang-undang tersebut yang sebelumnya telah mengundang reaksi keras dari kelompok umat islam. Langkah bijaksana yang ditempuh oleh Soeharto untuk menekan terjadinya penolakan umat islam adalah merespon saran KH. Bisri dan KH. Masjkur dengan memberikan instruksi kepada Sumitro agar fraksi ABRI bekerjasama dengan fraksi PPP untuk menyusun kembali RUUP yang sejalan dengan aspirasi umat islam dan hal itu terbukti dengan terwujudnya RUUP baru yang selanjutnya ditetapkan sebagai Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.<sup>154</sup>

Untuk mentipologikan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 ke dalam produk hukum yang responsif memang cukup beralasan, selain undang-undang tersebut mampu bertahan dalam kisaran waktu yang cukup lama yakni sejak

<sup>151</sup> Daniel Dhakidae, *Cendekiawan dan Kekuasaan dalam Negara Orde Baru* (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003), hlm. 562

<sup>152</sup> Abdul Latif dan Hasbi Ali, *Politik*, hlm. 152

<sup>153</sup> Abdul Halim, *Politik Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Depag RI., T.th.), hlm. 276

<sup>154</sup> Abdul Halim, *Politik*, hlm. 276

diundangkannya pada tahun 1974 hingga kini baru dilakukan perubahan terhadap pasal 43 ayat (1),<sup>155</sup> juga didukung oleh landasan teoretik yang menjadi sampel kajian dalam temuan Mahfud<sup>156</sup> yang memilah secara kategoris antara konfigurasi politik yang otoriter dan demokratis yaitu perundang-undangan yang berkuat pada wilayah publik (hukum Pemilu, hukum Pemda dan hukum Agraria) sehingga untuk menggeneralisasikan ke dalam wilayah hukum privat (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974) memerlukan kajian lebih lanjut. Namun satu hal yang harus diingat, bahwa fakta historis pulalah yang menggiring pemahaman sehingga diperoleh satu kesimpulan bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tergolong sebagai produk hukum yang ortodoks.<sup>157</sup>

Terlepas dari pengkategorian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 sebagai produk hukum yang ortodoks ataukah produk hukum yang responsif, undang-undang tersebut adalah peraturan tertulis yang hanya dapat menjamin kepastian hukum sekalipun dengan ongkos yang sangat mahal yaitu adanya kesulitan untuk melakukan adaptasi terhadap perubahan yang terjadi di sekelilingnya sehingga dengan demikian perubahan hukum menjadi masalah yang penting.<sup>158</sup> Dalam kondisi inilah penafsiran terhadap hukum tertulis menemukan urgensinya.

## 2. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam Perspektif Sosiologis-Filosofis

Aspek sosiologis dan filosofis merupakan dua entitas yang tak terpisahkan kaitannya dengan keberlakuan sebuah undang-undang. Undang-undang yang dibentuk oleh Negara harapannya bisa dipatuhi oleh seluruh masyarakat tanpa terkecuali. Harapan ini tentu saja harus mengindahkan tentang aspek sosiologis dan filosofis. Dari sisi sosiologis, tentu saja undang-undang yang dibentuk harus

<sup>155</sup> Sependek penelusuran penulis terhadap berbagai literatur kepustakaan, permohonan uji materi terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ini selain terhadap pasal 2 ayat (2) dan pasal 43 ayat (1) yang diajukan oleh Hj. Aisyah Mochtar sebagaimana fokus penelitian ini, juga pernah dilakukan permohonan uji materi terhadap syarat dan ketentuan poligami yang diajukan oleh M. Insa karena menurutnya, pasal-pasal yang berkaitan dengan syarat dan ketentuan poligami adalah diskriminatif. Terhadap permohonan uji materi tersebut, MK mengeluarkan Putusan Nomor 12/PUU-V/2007. Dalam putusan tersebut, MK menolak permohonan yang diajukan oleh M. Insa. Lihat dalam, Jaenal Aripin, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2008), hlm. 200

<sup>156</sup> Periksa kembali, Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, cct. 3 (Jakarta: Rajawali Pers, 2010)

<sup>157</sup> Periksa kembali, Abdul Latif dan Hasbi Ali, *Politik*, hlm. 150-151

<sup>158</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, cct. Ke-5 (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 191

memperhatikan setiap gejala sosial masyarakat yang berkembang.<sup>159</sup> Sedangkan dari sisi filosofis, setiap undang-undang haruslah mencerminkan pandangan hidup suatu bangsa yakni nilai-nilai moral yang dianggap baik meliputi nilai kebenaran, keadilan, kesusilaan, kemanusiaan, religiusitas dan berbagai nilai yang dianggap baik.<sup>160</sup> Maka dengan demikian, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 –sebagai fokus kajian ini -berdasarkan pada kerangka keberlakuan sebuah undang-undang sebagaimana diuraikan di atas harus juga diletakkan dalam kajian sosiologis dan filosofis.

Keberadaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang disinyalir sebagai hukum positif yang berupa implementasi hukum islam<sup>161</sup> menjadi sinyal bahwa hukum islam di Indonesia memiliki potensi yang sangat besar untuk “mewarnai” produk hukum nasional. Setidaknya inilah yang menjadi inti dari teori eksistensi hukum islam *vis a vis* hukum nasional yang menyebutkan bahwa eksistensi hukum islam dalam hukum nasional adalah, pertama, ada dalam arti menjadi bagian integral dari hukum nasional. kedua, ada dalam arti kemandirian, kekuatan dan wibawanya diakui dan diberikan status sebagai hukum nasional. ketiga, ada dalam arti norma hukum islam berfungsi sebagai penyaring bahan hukum nasional. keempat, ada dalam arti sebagai bahan dan unsur utama dalam hukum nasional di Indonesia.<sup>162</sup>

Teori di atas sejalan dengan pernyataan H. A. R. Gibb yang selanjutnya dikutip oleh Mohammad Daud Ali. Gibb menyatakan bahwa:

“Hukum islam telah memegang peranan penting dalam membentuk serta membina ketertiban sosial umat dan mempengaruhi kehidupannya. Karena itulah kaidah-kaidah hukum islam mendapatkan tempat terhormat dalam sistem hukum indonesia. Ia menjadi salah satu sumber bahan baku bagi pembentukan hukum nasional yang akan datang, dan karena itu pula akan diusahakan secara ilmiah untuk mentransformasikan norma-norma hukum islam itu ke dalam hukum nasional sepanjang ia sesuai dengan UUD 1945

<sup>159</sup> B. Hestu Cipto Handoyo, *Prinsip-Prinsip Legal Drafting dan Desain Naskah Akademik* (Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2008), hlm. 66

<sup>160</sup> B. Hestu Cipto Handoyo, *Prinsip-Prinsip*, hlm. 64

<sup>161</sup> A. Qodri Azizy, *Hukum Nasional*, hlm. 124

<sup>162</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perkawinan Islam Perspektif Fikih dan Hukum Positif* (Yogyakarta: UII Press, 2011), hlm. 158

dan tidak bertentangan dengan perundang-undangan yang berlaku serta masih relevan dengan kebutuhan yang khusus bagi umat islam.”<sup>163</sup>

Baik teori eksistensi maupun pernyataan Gibb di atas mendapatkan pembenaran bahwa secara sosiologis hukum islam di indonesia melibatkan kesadaran keagamaan mayoritas penduduk yang sedikit banyak berkaitan pula dengan kesadaran hukum,<sup>164</sup> termasuk dalam hal ini adalah kesadaran masyarakat menyangkut aspek-aspek perkawinan yang bagi umat islam tidak hanya sekadar akad transaksional melainkan akad transendental yang dinilai sebagai ibadah.

Menurut Soemiyati, perkawinan bagi umat islam memiliki arti penting yang semakin jelas menunjukkan akan aspek transendental di dalamnya. Hal yang dimaksudkan adalah sebagai berikut:

- a. Dengan melaksanakan perkawinan yang sah, dapat terlaksana pergaulan hidup manusia secara individu maupun kelompok antara laki-laki dan perempuan secara halal dan terhormat sekaligus menjadi pembeda dengan kahluk Tuhan selain manusia
- b. Dengan melaksanakan perkawinan maka akan terbentuk kehidupan rumah tangga yang damai serta kekal disertai adanya rasa kasih sayang antara suami dan isteri

<sup>163</sup> Mohammad Daud Ali, “Hukum Islam, Undang-Undang Peradilan Agama dan Masalahnya”, dalam, Cik Hasan Bisri (Peny.), *Hukum Islam dalam Tatanan Masyarakat Indonesia* (Ciputat: PT. Logos Wacana Ilmu, 1998), hlm. 212

<sup>164</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perkawinan*, hlm, 159. Pernyataan di atas membenarkan pandangan bahwa penerimaan islam sebagai agama tercakup di dalamnya penerimaan terhadap hukum islam. Dengan kata lain, keberadaan hukum islam di Indonesia adalah bersamaan dengan keberadaan islam itu sendiri. Hal ini sejalan dengan teori *shahādah* yang menyatakan bahwa ketika masyarakat Indonesia menyatakan islam (mengucapkan dua kalimah *syahādah*) secara otomatis berarti mengakui otoritas hukum islam atas dirinya. Lihat, Abdul Halim Barkatullah dan Teguh Prasetyo, *Hukum Islam*, hlm. 69. Sedangkan kedatangan islam ke Indonesia sebagaimana dalam kesimpulan sebuah seminar *Kedatangan Islam di Indonesia* pada tahun 1963 yang diselenggarakan di Medan adalah abad ke-7 M atau abad pertama H langsung dari Arab. Pendapat ini diaminasi oleh para pakar sejarah termasuk W. P. Groeneveldt, T. W. Arnold, Syed Naquib al-Attas, George Fadlo Hourani, J. C. Van Leur, Buya Hamka, Uka Tjandrasmita dan lainnya. Pada saat itu, ketika Ibnu Batūtah, seorang pengembara yang berasal dari Maroko, singgah di samudera pasai sekitar tahun 1345 M, ia mengagumi perkembangan islam di negeri tersebut bahkan ia pun kagum terhadap kemampuan sultan al-Mālik al-Dzāhir yang menurut Ibnu Batūtah selain sebagai sultan pasai, al-Mālik juga ahli dalam persoalan hukum islam yang saat itu *maddhab syāfi’ī* menjadi afiliasi *maddhab* masyarakat samudera pasai. Kenyataan ini pula bagi Hamka yang menjadi bukti bahwa penyebaran *maddhab syāfi’ī* ke kerajaan-kerajaan islam di Indonesia berasal dari samudera pasai. Periksa dalam, Uka Tjandrasmita, *Arkeologi Islam Nusantara* (Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2009), hlm. 12-13; Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam*, hlm. 190

- c. Dengan melaksanakan perkawinan yang sah diharapkan mendapatkan keturunan yang sah pula sehingga kelangsungan hidup dalam keluarga dan keturunannya dapat berlangsung terus secara jelas dan bersih
- d. Dengan perkawinan maka akan terwujud sebuah keluarga yang merupakan inti dari hidup bermasyarakat sehingga dengan itu akan terwujud kehidupan masyarakat yang teratur
- e. Melaksanakan perkawinan sesuai dengan aturan al-Quran dan Sunnah nabi adalah bernilai ibadah bagi umat islam.<sup>165</sup>

Dari sinilah jika kemudian mengkaji secara seksama Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 serta aturan-aturan pelaksanaannya semakin menunjukkan bahwa undang-undang tersebut telah menunjang tegaknya pranata sosial bidang kekerabatan yang pada hakikatnya pranata ini berfungsi sebagai pemenuhan kebutuhan pemeliharaan dan pengembangan keturunan (reproduksi) serta untuk mengembangkan kebudayaan yang dianut secara kolektif.<sup>166</sup>

Pemenuhan kebutuhan dalam menopang terwujudnya pranata sosial bidang kekeluargaan tidak akan tercapai tanpa adanya alokasi regulasi dalam bidang keluarga (*al-aḥwāl al-shakhṣiyah*) yang berupa penataan terhadap hubungan antar individu di dalam lingkungan keluarga sebagai organisasi terkecil yang meliputi tahapan pelamaran dan perkawinan, hak dan kewajiban suami isteri dalam kehidupan keluarga, pengaturan kelahiran, pengasuhan dan pendidikan anak, pengaturan harta kekayaan dalam perkawinan, perceraian dan hal-hal yang berkaitan dengan kewarisan.<sup>167</sup> Semua aturan ini mendapatkan regulasinya dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 sehingga boleh dikatakan bahwa alokasi hukum islam dalam peraturan ini sangat dominan.<sup>168</sup>

Jika secara sosiologis penerimaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 salah satunya disebabkan oleh kesadaran hukum masyarakat Indonesia terhadap hukum agamanya, maka secara filosofis keberlakuan undang-undang tersebut dapat ditunjuk oleh “pembelaannya” terhadap kesadaran masyarakat terhadap

<sup>165</sup> Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan* (Yogyakarta: Liberty, 1982), hlm. 4

<sup>166</sup> Cik Hasan Bisri, “Aspek-Aspek Sosiologis Hukum Islam di Indonesia”, dalam, Cik Hasan Bisri (Peny.), *Hukum Islam*, hlm. 120

<sup>167</sup> Cik Hasan Bisri, *Aspek-Aspek*, hlm. 120

<sup>168</sup> Cik Hasan Bisri, *Aspek-Aspek*, hlm. 120

afiliasi agama yang menjadi keyakinannya sebagaimana terlihat dalam pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyebutkan bahwa perkawinan dianggap sah jika dilakukan sesuai dengan agama dan kepercayaannya.<sup>169</sup> Bahkan lebih jelas lagi, dalam pasal 1 Undang-Undang yang sama menyebutkan bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara laki-laki dan perempuan yang masing-masing dalam kapasitasnya sebagai suami isteri yang bertujuan untuk membina rumah tangga yang kekal berdasarkan ketuhanan yang maha esa.<sup>170</sup>

Dengan demikian, dalam pasal-pasal tersebut sangat erat kaitannya dengan pasal 29 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa negara berdasarkan atas ketuhanan yang maha Esa.<sup>171</sup> Sementara berdasarkan pada pasal 29 itu dalam tafsiran Hazairin –yang selanjutnya dikutip Abdul Ghofur Anshori–memiliki beberapa pemaknaan sebagai berikut:

- a. Dalam Negara Republik Indonesia tidak boleh terjadi sesuatu yang bertentangan dengan kaidah-kaidah agama islam bagi penganut islam, atau yang bertentangan dengan kaidah-kaidah agama Naṣrānī bagi umat Naṣrānī maupun Hindu bagi penganut Hindu di Bali, begitu juga tidak boleh terjadi kaidah yang bertentangan dengan kesusilaan bagi penganut Budha
- b. Negara Republik Indonesia wajib menjalankan *sharī'ah* Islam bagi orang Islam, *sharī'ah* Naṣrānī bagi orang Naṣrānī dan *sharī'ah* Hindu bagi orang Bali, sekalipun begitu ia memerlukan perantaraan kekuasaan negara
- c. *Sharī'ah* yang tidak memerlukan kekuasaan negara dalam menjalankannya dapat dilakukan secara langsung oleh individu masing-masing yang berupa kewajiban pribadi untuk menjalankannya sesuai dengan agamanya masing-masing.<sup>172</sup>

<sup>169</sup> Pasal tersebut berbunyi: perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.

<sup>170</sup> Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berbunyi: Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa

<sup>171</sup> Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 menyebutkan: Negara berdasar atas Ketuhanan yang maha esa.

<sup>172</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perkawinan*, hlm. 162

Dalam kasus Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, mengacu pada tafsiran Hazairin ini, tidak boleh bertentangan atau bahkan menggeser nilai-nilai transendental (*ilāhiyah*) dalam aturan perkawinan. Sejarah mencatat penolakan ormas-ormas islam tatkala dalam RUU yang diajukan oleh pemerintah dinilai menggeser nilai-nilai transendental perkawinan. Salah satu pasal yang mendapatkan reaksi keras dari umat islam adalah RUUP pasal 2 ayat (1) yang menyebutkan “perkawinan adalah sah apabila dilakukan di hadapan pegawai pencatat perkawinan, dicatatkan dalam daftar pencatat perkawinan oleh pegawai tersebut dan dilangsungkan menurut ketentuan undang-undang ini dan/atau ketentuan hukum perkawinan pihak-pihak yang melakukan perkawinan sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang ini.<sup>173</sup>

Dengan rumusan ini seolah-olah pencatatan perkawinan lebih diutamakan dari pada hukum agama. Sementara dalam *sharī’ah* islam keabsahan perkawinan terletak pada *ijāb* dan *qabūl* yang dilakukan oleh wali pengantin perempuan kepada pengantin laki-laki dan disaksikan oleh dua orang saksi. Pencatatan perkawinan sekalipun dianggap sebagai hal yang penting tidak dapat dianggap sebagai syarat utama sahnya perkawinan.<sup>174</sup>

Aspek lain yang dapat ditelaah dari tafsiran Hazairin di atas adalah aspek *al-‘adālah*,<sup>175</sup> *al-musāwā*<sup>176</sup> dan *al-ḥurriyah*.<sup>177</sup> Dengan kata lain, setiap undang-undang yang dibentuk selain memperhatikan aspek transendental, juga tidak dapat dilepaskan dari tiga aspek sebagaimana telah disebutkan mengingat ketiganya merupakan prinsip fundamental dalam pemberlakuan suatu hukum bahkan secara tegas Juhaya S. Praja mengatakan bahwa pembentukan *taqnīn* (baca: undang-undang) hanya mungkin jika setiap individu masyarakat muslim

<sup>173</sup> Achmad Gunaryo, *Pergumulan*, hlm. 136

<sup>174</sup> Jazuni, *Legislasi*, hlm. 367.

<sup>175</sup> *Al-‘adālah* sebagai prinsip hukum islam dikonsepsikan sebagai sebuah konsep yang diimplementasikan untuk membongkar budaya nepotisme dan sikap korup baik dalam politik, ekonomi, hukum maupun dalam hak dan kewajiban. Lihat, dalam, Dahlan Tamrin, *Filsafat Hukum Islam* (Malang: UIN Press, 2007), hlm. 96

<sup>176</sup> *Al-musāwā* merupakan prinsip fundamental hukum islam yang memandang adanya kesamaan di antara sesama manusia, sedangkan satu-satunya pembedaan kualitatif di antara mereka adalah unsur ketakwaannya. Dahlan Tamrin, *Filsafat*, hlm. 92

<sup>177</sup> Konsep *al-ḥurriyah* adalah sebuah konsep yang memandang bahwa manusia hanyalah menjadi hamba Tuhan dan tidak ada jalan untuk menjadi hamba bagi sesama. Dahlan Tamrin, *Filsafat*, hlm. 99

terlindungi hak-hak asasinya karena hanya dengan itulah akan tercipta keseimbangan masyarakat.<sup>178</sup>

Sama halnya dengan aspek *ilāhiyah* yang terlihat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, prinsip *al-‘adālah*, *al-musāwā* dan *al-ḥurriyah* inipun juga tercakup dalam undang-undang tersebut. Hal ini dapat dibuktikan dengan mengacu kepada prinsip-prinsip perkawinan yang dibangun dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang salah satunya adalah untuk memperbaiki kedudukan perempuan.<sup>179</sup> Sebagaimana kita ketahui, sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, seorang suami memiliki kebebasan untuk bertindak sewenang-wenang dengan berlindung dibalik doktrin seorang suami adalah seorang pemimpin bagi kaum perempuan. Namun dengan lahirnya undang-undang ini kebebasan mereka menjadi terbatas misalnya saja, perceraian yang semula menjadi hak suami, kini mendapatkan “campur tangan” pengadilan sehingga dalam persidangan sang hakim akan menetapkan kewajiban-kewajiban yang harus ditanggung oleh suami baik pada masa sebelum maupun pasca perceraian.<sup>180</sup>

### C. Anak Luar Kawin dan Pencatatan Perkawinan dalam Sorotan

#### 1. Anak Luar Kawin dalam Sorotan Fiqh Islam dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

Persoalan mengenai status anak menjadi sangat penting, mengingat dari penentuan nasab ini akan timbul akibat hukum yang lain seperti mengenai warisan maupun perwaliannya. Dalam hal ini, fiqh islam dapat dikatakan menganut pemahaman yang sangat ketat dalam persoalan penentuan nasab. Sekalipun dalam *al-Qurān* maupun *ḥadīth* tidak ditemukan tentang definisi yang jelas mengenai anak sah dan anak tidak sah (luar kawin), secara tersirat, berangkat dari analisis terhadap ayat-ayat *al-Qurān*,<sup>181</sup> anak sah adalah anak yang

<sup>178</sup> Juhaya S. Praja, “Aspek Sosiologi dalam Pembaharuan Fiqh di Indonesia”, dalam, Anang Haris Himawan (peny.), *Epistemologi Shara’: Mencari Format Baru Fiqh Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2000), hlm. 124

<sup>179</sup> Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, cet. Ke-2 (Jakarta: Kencana, 2008), hlm. 11

<sup>180</sup> Abdul Manan, *Aneka Masalah*, hlm. 12

<sup>181</sup> Menurut Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, Ayat yang dimaksud adalah ayat 5-6 surat al-Mukminun dan ayat 32 surat al-Isra’. Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, hlm. 277. Kedua ayat tersebut berbunyi:

lahir oleh sebab dan di dalam perkawinan yang sah.<sup>182</sup> Dengan kata lain, seorang anak dikatakan sebagai anak sah apabila pada permulaan terjadinya kehamilan antara ibu dan bapak dari anak yang dikandungnya terjadi dalam perkawinan yang sah.<sup>183</sup> Dengan demikian, maka sebaliknya, anak yang dilahirkan oleh seorang perempuan sedangkan perempuan tersebut tidak berada dalam ikatan perkawinan yang sah dengan pria yang menyetubuhinya dikategorikan sebagai anak luar kawin (anak zina dalam konsep islam).<sup>184</sup>

Secara normatif, berkenaan dengan penentuan nasab serta implikasinya terhadap seorang anak, dalam fiqih islam disandarkan pada ayat *al-Qurān* dan *ḥadīth* Nabi Muhammad Saw. Dalam ayat *al-Qurān*, tepatnya pada ayat 15 surat *al-Aḥqāf* dan ayat 14 surat *Luqmān* Allah berfirman:

وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ط حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ط وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ط  
حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ  
وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ط إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴿١٥﴾

*Artinya: kami perintahkan kepada manusia supaya berbuat baik kepada dua orang ibu bapaknya, ibunya mengandungnya dengan susah payah, dan melahirkannya dengan susah payah (pula). mengandungnya sampai menyapihnya adalah tiga puluh bulan, sehingga apabila Dia telah dewasa dan umurnya sampai empat puluh tahun ia berdoa: "Ya Tuhanku, tunjukilah aku untuk mensyukuri nikmat Engkau yang telah Engkau berikan kepadaku dan kepada ibu bapakku dan supaya aku dapat berbuat amal yang saleh yang Engkau ridhai; berilah kebaikan kepadaku dengan (memberi kebaikan) kepada anak cucuku. Sesungguhnya aku bertaubat kepada Engkau dan sesungguhnya aku termasuk orang-orang yang berserah diri. (Qs. Al-Aḥqāf ayat 15).<sup>185</sup>*

وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾

*Artinya: dan orang-orang yang menjaga kemaluannya kecuali terhadap isteri-isteri mereka atau budak yang mereka miliki. Maka sesungguhnya mereka dalam hal ini tiada tercela. (Qs. al-Mu'minūn ayat 5-6)*

﴿٣٢﴾ سَبِيلًا وَسَاءَ فَنَحِشَةً كَانَ إِنَّهُ الَّذِي تَقْرُبُوا وَلَا

*Artinya: dan janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji. dan suatu jalan yang buruk. (Qs. Al-Isrā' ayat 32)*

<sup>182</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, hlm. 277

<sup>183</sup> Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam* (Yogyakarta: UII Press, 1999), hlm.106

<sup>184</sup> Abdul Manan, *Aneka Masalah*, hlm. 82

<sup>185</sup> Departemen Agama RI, *al-Qurān dan Terjemahnya* (Mamlakah al-'Arabiyah: Khādimul Ḥaramain al-Sharīfain, T.th), hlm. 824

وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفَصَّلَهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ  
إِلَى الْمَصِيرِ ﴿١٤﴾

*Artinya: dan Kami perintahkan kepada manusia (berbuat baik) kepada dua orang ibu- bapanya; ibunya telah mengandungnya dalam Keadaan lemah yang bertambah- tambah, dan menyapihnya dalam dua tahun. bersyukurlah kepadaku dan kepada dua orang ibu bapakmu, hanya kepada-Kulah kembalimu. (Qs. Luqmān ayat 14).*<sup>186</sup>

Kedua ayat di atas khususnya pada potongan ayat وحمله وفصاله ثلاثون شهرا dalam surat al-Aḥqāf serta ayat وفصاله في عامين pada surat Luqmān, kemudian oleh para ulama dipahami dengan menggunakan metode *ishārah al-naṣ* atau *dilālah al-naṣ*<sup>187</sup> sehingga diperoleh satu kesimpulan bahwa masa minimal kehamilan seseorang adalah 6 (enam) bulan. Kesimpulan tersebut diperoleh atas pemahaman terhadap surat al-Aḥqāf yang menjelaskan tentang masa mengandung dan menyapih yaitu selama 30 (tiga puluh) bulan, sementara pada surat Luqmān dikemukakan bahwa masa menyapih adalah selama dua tahun atau sekitar 24 (dua puluh empat) bulan, sehingga dengan demikian, tiga puluh bulan dikurangi dua puluh empat bulan sama dengan enam bulan.<sup>188</sup> Itulah yang kemudian yang disepakati oleh para ulama –yang pada awalnya merupakan pendapat Ibnu ‘Abbās –sebagai batas minimal kehamilan seseorang.<sup>189</sup> Hal ini menjadi dalil bahwa ketika seorang perempuan melahirkan dalam keadaan perkawinan yang sah dengan seorang laki-laki namun jarak waktu antara terjadinya perkawinan dengan kelahirannya tidak mencapai masa minimal kehamilan yaitu enam bulan, maka pada hakikatnya anak yang dilahirkan itu bukanlah anak sah dari seorang suaminya.<sup>190</sup>

Sumber lain yang dijadikan sebagai sumber normatif dalam fiqh Islam terkait dengan penentuan nasab seorang anak adalah ḥadīth nabi Muhammad Saw

<sup>186</sup> Departemen Agama RI, *al-Qurān*, hlm. 654

<sup>187</sup> *Ishārah al-naṣ* atau *dilālah al-naṣ* adalah penunjukan lafal atas makna (hukum) yang tidak dikehendaki oleh konteks perbincangan yang ada dalam *naṣ*, tetapi makna (hukum) tersebut menjadi kelaziman atau sebuah keniscayaan bagi hukum yang dikehendaki oleh konteks perbincangan yang terdapat dalam *naṣ* (*siyāq al-naṣ*). Lihat dalam, Asmawi, *Perbandingan Uṣūl al-Fiqh* (Jakarta: Amzah, 2011), hlm. 178

<sup>188</sup> M. Nurul Irfan, *Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam*, cct. I (Jakarta: Amzah, 2012), hlm.34

<sup>189</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, hlm. 279

<sup>190</sup> Ahmad Azhar Basyir, *Hukum*, 106

sebagaimana diriwayatkan oleh Imām al-Bukhārī dalam kitāb Ṣaḥīhnya yang berbunyi:

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ قَالَتْ عَائِشَةُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»

*Artinya: anak-anak yang dilahirkan adalah untuk laki-laki yang punya isteri (yang melahirkan anak itu) dan bagi pezina adalah rajam.*<sup>191</sup>

*Hadīth* ini tidak berlaku secara umum dalam artian setiap anak yang dilahirkan secara otomatis memiliki hubungan nasab dengan ayah biologisnya, mengingat *ḥadīth* di atas dibatasi hanya pada anak yang lahir dalam dan karena perkawinan yang sah. Ketentuan ini tidak berlaku disebabkan kehamilan yang dilakukan karena perzinaan antara seorang laki-laki dan perempuan, sehingga dalam konteks ini, nasab anak hanya dihubungkan kepada ibu dan keluarga ibunya saja.<sup>192</sup>

Dengan demikian, maka dapat dipahami bahwa *ḥadīth* ini menjadi *bayān* terhadap kedua ayat yang telah disebutkan di atas. Kedua ayat tersebut hanya memberikan pemahaman bahwa anak yang dilahirkan dalam masa yang tidak mencapai usia minimal kehamilan yaitu enam bulan sejak dilangsungkannya perkawinan antara ibu dan ayahnya maka ia bukanlah anak sah dari ayah yang telah menikahi ibunya. Kemudian pada *ḥadīth* di atas, dijelaskan tentang implikasinya, yakni dengan menggunakan logika *mafhūm mukhālafah*, maka anak yang dilahirkan dengan tidak memenuhi ketentuan sebagaimana diungkap dalam dua ayat di atas, ia hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya. Implikasi lain, dengan tidak adanya hubungan nasab dengan ayah biologisnya, maka antara anak dan ayah tidak boleh saling mewarisi serta tidak menjadi wali dalam pernikahannya.<sup>193</sup>

Hal yang sama juga diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Dalam undang-undang tersebut tepatnya dalam pasal 42 memberikan pengertian yang tegas tentang kategori anak sah yaitu anak yang dilahirkan dalam atau

<sup>191</sup> Lihat dalam, *Ṣaḥīh al-Bukhārī*, Juz 14, halaman 213 (Program al-Maktabah al-Shāmilah al-Isdār al-Thānī/2. 11)

<sup>192</sup> Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum*, hlm. 179

<sup>193</sup> Fathurrahman Djamil, "Pengakuan Anak Luar Nikah dan Akibat Hukumnya", dalam, Chuzaimah T. Yanggo dan HA. Hafiz Anshary AZ (Ed.), *Problematika Hukum Islam Kontemporer* (Jakarta: Pustaka Firdaus, 1996), hlm. 110-111

sebagai akibat perkawinan yang sah.<sup>194</sup> Sebaliknya, anak yang dilahirkan tidak dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah maka dikategorikan sebagai anak luar kawin yang konsekuensinya sebagaimana disebutkan dalam pasal 43 ayat (1) hanya memiliki hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya. Secara lengkap, pasal tersebut berbunyi anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.<sup>195</sup>

Dari pasal di atas, maka terdapat dua kemungkinan seorang dikatakan sebagai anak yang sah. Kemungkinan pertama, seorang anak dilahirkan dalam perkawinan yang sah, kemungkinan kedua, seorang anak dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah.<sup>196</sup> Pada kemungkinan yang pertama mengesankan bahwa yang menjadi ukuran sah atau tidaknya seorang anak dilihat pada waktu lahirnya tanpa memperhitungkan kapan konsepsi itu terjadi.<sup>197</sup> Mengikuti logika ini, maka seandainya pada saat terjadi kontraksi otot rahim karena sudah pembukaan satu atau dua menjelang kelahiran bayi itu dan proses pernikahan mereka baru saja dilangsungkan, kemudian dalam waktu beberapa menit berikutnya bayi tersebut dilahirkan maka ia tetap saja dikategorikan sebagai anak sah bukan anak zina sekalipun pembuahan embrionya terjadi sebelum mereka terikat dalam perkawinan yang sah.<sup>198</sup> Sementara kemungkinan kedua yang menyebutkan anak sah adalah anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah dianggap telah sejalan dengan definisi yang dianut dalam fiqih islam sekalipun kelahirannya di luar perkawinan semisal anak yang dilahirkan setelah perceraian ayah ibunya baik cerai hidup ataupun cerai mati.<sup>199</sup>

Adapun mengenai faktor penyebab terjadinya anak di luar kawin, sebagaimana dikatakan oleh H. Herusuko yang selanjutnya dikutip oleh Abdul Manan meliputi:

- a. Anak yang dilahirkan oleh seorang wanita tetapi wanita tersebut tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria yang menyetubuhinya dan tidak memiliki ikatan perkawinan dengan pria atau wanita lain

<sup>194</sup> Pasal 42 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

<sup>195</sup> Pasal 43 (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

<sup>196</sup> Ahmad Azhar Basyir, *Hukum*, hlm. 107

<sup>197</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, hlm. 287

<sup>198</sup> M. Nurul Irfan, *Nasab*, hlm. 159

<sup>199</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, hlm. 287

- b. Anak yang lahir dari seorang wanita yang kelahiran tersebut memang diketahui dan dikehendaki oleh ibu-bapaknya, namun, salah satu atau kedua orang tuanya masih terkait dengan perkawinan yang lain
- c. Anak yang lahir dari seorang wanita tetapi pria yang menghamilinya tidak diketahui seperti akibat perkosaan
- d. Anak yang lahir dari seorang wanita yang masih berada dalam masa iddah, tetapi anak yang dilahirkannya merupakan hasil hubungan dengan pria yang bukan suaminya
- e. Anak yang lahir dari seorang wanita yang ditinggal suami lebih dari 300 hari dan anak tersebut tidak diakui oleh suaminya sebagai anak yang sah
- f. Anak yang lahir dari seorang wanita padahal agama yang mereka peluk menentukan lain seperti dalam agama Katholik yang tidak mengenal adanya cerai hidup
- g. Anak yang lahir dari seorang wanita sedangkan pada mereka berlaku ketentuan negara yang melarang melakukan perkawinan
- h. Anak yang dilahirkan oleh seorang wanita tetapi anak tersebut sama sekali tidak mengenal kedua orang tuanya
- i. Anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan di kantor catatan sipil ataupun kantor urusan agama
- j. Anak yang dilahirkan tidak dengan pelaksanaan perkawinan secara adat serta tidak dilakukan berdasarkan agama dan kepercayaannya.<sup>200</sup>

## 2. Pencatatan Perkawinan dalam Sorotan Fiqh Islam dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

Dalam fiqh islam, perkawinan dianggap sah manakala telah memenuhi syarat dan rukun yang telah ditentukan, sekalipun di kalangan para ulama terdapat perbedaan pendapat dalam hal penentuan mana syarat dan mana rukun. Menurut Amir Syarifuddin, perbedaan yang terjadi bukanlah perbedaan yang substansial karena pada kenyataannya mereka semua sepakat bahwa sahnya sebuah perkawinan harus dipenuhi adanya hal-hal seperti akad perkawinan, laki-laki dan

<sup>200</sup> Abdul Manan, *Aneka Masalah*, hlm. 82

perempun yang akan kawin, wali dari mempelai perempuan, saksi yang menyaksikan akad perkawinan dan mahar atau mas kawin.<sup>201</sup>

Dari uraian ini, maka perkawinan yang telah memenuhi unsur-unsur tersebut dapat dinilai sebagai perkawinan yang sah sehingga menimbulkan akibat hukum sebagai berikut:

- a. Menjadi halal melakukan hubungan seksual dan bersenang-senang antara suami-isteri
- b. Mahar (mas kawin) yang telah diberikan oleh suami menjadi hak milik isteri
- c. Timbulnya hak- dan kewajiban suami isteri
- d. Suami menjadi kepala keluarga dan isteri menjadi ibu rumah tangga
- e. Anak yang dilahirkan dari hasil hubungan perkawinan itu menjadi anak yang sah
- f. Suami berkewajiban membiayai kehidupan isteri beserta anak-anaknya
- g. Timbulnya larangan perkawinan karena hubungan semenda
- h. Bapak berhak menjadi wali nikah bagi anak perempuannya
- i. Bilamana salah satu pihak meninggal dunia, pihak lainnya berhak menjadi wali baik bagi anak-anak maupun harta bendanya
- j. Antara suami-isteri berhak saling mewarisi demikian pula antara anak-anak yang dilahirkan dari hasil perkawinan dengan orang tuanya dapat saling mewarisi.<sup>202</sup>

Sejalan dengan ketentuan fiqh islam ini, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengkomodir ketentuan dalam perkawinan yang telah ditetapkan oleh agama. Dalam pasal 2 ayat (1 dan 2) disebutkan *perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu* (ayat 1). Kemudian pada ayat (2) disebutkan *tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*.

Terlepas dari perbedaan dalam memahami keterkaitan antara dua ayat di atas, pencatatan perkawinan dapat dikaji melalui tiga pendekatan, yaitu pendekatan historis, pendekatan *legal maxim* (*qawā'id al-fiqhiyah*) dan

<sup>201</sup> Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan*, hlm. 59

<sup>202</sup> M. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 22-23

pendekatan *maṣlahah*.<sup>203</sup> Pendekatan pertama, dari sisi historis, sebagaimana diungkapkan oleh Ahmad Rofiq dan dikutip oleh Imam Syaukani bahwa boleh jadi luputnya pencatatan perkawinan dari perhatian kitab-kitab fiqh disebabkan pada saat kitab-kitab itu ditulis tingkat amanah kaum muslimin relatif terjamin sehingga kemungkinan terjadinya penyelewengan lembaga perkawinan menjadi kebutuhan sesaat dan merugikan pihak yang lain relatif kecil.<sup>204</sup>

Analisis lain mengidentifikasi bahwa faktor penyebab pencatatan perkawinan luput dari perhatian para ulama pada masa awal Islam. *Pertama*, adanya larangan dari Rasulullah untuk menulis sesuatu selain al Qurān. Tujuannya untuk mencegah tercampurnya al Qurān dari yang lain. Akibatnya, kultur tulis tidak begitu berkembang dibandingkan dengan kultur hafalan (*oral*). *Kedua*, sebagai kelanjutan dari yang pertama, mereka sangat mengandalkan ingatan (hafalan). Agaknya mengingat suatu peristiwa perkawinan bukanlah hal yang sulit untuk dilakukan. *Ketiga*, tradisi *walīmat al-‘ursh* yang dilakukan dianggap telah menjadi saksi, di samping saksi *sharī‘* tentang suatu perkawinan. *Keempat*, ada kesan perkawinan yang berlangsung pada masa awal islam belum terjadi antar wilayah yang berbeda.<sup>205</sup>

Sejalan dengan analisis di atas, Khairuddin Nasution sebagaimana dikutip oleh Masnun Tahir mengatakan bahwa dengan adanya ketentuan *walīmat al-‘ursh* yang telah dilakukan sejak awal islam menjadi isyarat bahwa nabi tidak menyukai perkawinan yang dilakukan secara sembunyi-sembunyi sekalipun pada masa-masa itu belum dikenal pencatatan perkawinan sebagai bukti tertulis. Hal ini dapat dimaklumi mengingat pada waktu itu alat tulis serta kemampuan tulis menulis belum berkembang di masyarakat. Selain itu keberadaan nabi sebagai *imām* dan *khaliḥ* dirasa telah cukup menjadi penentu sah tidaknya suatu perkawinan sehingga pencatatan belum dibutuhkan. Namun adanya ketentuan *walīmat al-‘ursh* sebagai sarana untuk mengumumkan terjadinya perkawinan,

<sup>203</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi Hukum Islam Indonesia* (Jakarta; PT. Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 254-255

<sup>204</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi*, hlm. 254.

<sup>205</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, hlm. 120-121

kontekstualisasinya bisa saja mengarah pada bentuk tulisan seperti pencatatan perkawinan yang dilakukan dewasa ini.<sup>206</sup>

Pendekatan kedua adalah pendekatan *legal maxim* yaitu kaidah yang berbunyi *mā lā yatimmu al-wājib illā bihī fahuwa wājib*. Mengacu pada kaidah ini, maka penyempurnaan kualitas perkawinan erat kaitannya dengan perkawinan itu sendiri yang *notabennya* adalah bagian dari perintah Allah dalam rangka untuk beribadah kepada-Nya, sehingga segala aturan untuk menunjang tercapainya tujuan luhur itu wajib diadakan termasuk pencatatan perkawinan. Di sinilah kemudian kaidah itu menemukan *elan vitalnya*, dalam artian, perkawinan tidaklah sempurna tanpa adanya pencatatan perkawinan maka dengan demikian pencatatan perkawinan menjadi wajib hukumnya.<sup>207</sup>

Pendekatan yang ketiga adalah pendekatan *maṣlahah*. Dalam pendekatan ini berangkat dari sebuah pemahaman bahwa pesan yang dibawa oleh agama adalah pesan universal di bawah prinsip *rahmatan lil ‘ālamīn*. Hal ini menunjukkan bahwa segala tindakan manusia hanya dapat dibenarkan menggunakan justifikasi agama sejauh ia mendatangkan manfaat bagi kepentingan umum bukan *maṣlahah* yang bersifat individu dan kasuistis.<sup>208</sup> Jika tindakan manusia diarahkan untuk mencapai *kemaṣlahatan*, maka sebaliknya dilarang untuk mendatangkan *kemafsadatan*. Di sinilah pencatatan perkawinan difungsikan untuk menolak *kemafsadatan* yang timbul dalam perkawinan yang tidak dicatatkan.

Menurut Abdul Manan, terdapat beberapa *mafsadat* dalam perkawinan yang tidak dicatat, antara lain, suami isteri tidak mempunyai akta nikah sebagai bukti bahwa mereka telah menikah secara sah menurut agama dan negara. Ketiadaan akta nikah ini berakibat pada anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan keduanya, ia tidak bisa memiliki akta kelahiran serta tidak dapat mewarisi harta kedua orang tuanya disebabkan tidak adanya bukti autentik yang menyatakan bahwa mereka adalah ahli waris dari kedua orang tuanya.<sup>209</sup>

<sup>206</sup> Masnun Tahir, “Meredam Kemelut Kontroversi Nikah Sirri (Perspektif Maslahah)”, dalam, *Jurnal al-Mawarid*, Vol. XI, No. 2, Sept-Jan 2011, hlm. 257.

<sup>207</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi*, hlm. 255

<sup>208</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi*, hlm. 255

<sup>209</sup> Abdul Manan, *Aneka Masalah*, hlm. 51

### BAB III

## MENAKAR KEWENANGAN MK SEBAGAI LEMBAGA PENGAWAL KONSTITUSI

#### A. Kewenangan MK: Antara Konstitusionalitas dan Despotisme Kewenangan

##### 1. Definisi dan Sumber Kewenangan

Dalam berbagai literatur baik ilmu politik, ilmu pemerintahan maupun ilmu hukum seringkali ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan dan wewenang. Ketiga istilah ini dipakai secara bergantian, kekuasaan sering disamakan dengan kewenangan begitu juga sebaliknya, kewenangan adakalanya dipertukarkan dengan kekuasaan bahkan ada pendapat menyamakan antara kewenangan dengan wewenang.<sup>210</sup>

Pandangan di atas cukup beralasan karena memang secara definitif, kekuasaan, kewenangan dan wewenang memiliki keterkaitan yang tidak dapat dipisahkan. Kekuasaan diartikan dengan kemampuan untuk mempengaruhi pihak lain agar mengikuti kehendak pemegang kekuasaan baik dengan sukarela maupun dengan terpaksa.<sup>211</sup> Dalam hal ini, kekuasaan bersumber dari kekuatan (kekerasan) fisik, kedudukan atau jabatan, kekayaan, kepercayaan, keterampilan atau keahlian.<sup>212</sup>

Adapun kewenangan adalah kekuasaan yang diformalkan baik terhadap sekelompok orang tertentu maupun kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan yang berasal dari kekuasaan legislatif maupun kekuasaan pemerintah. Adapun istilah wewenang adalah kekuasaan yang menunjuk pada satu bidang tertentu.<sup>213</sup>

Dari definisi ini terlihat satu titik temu yang semakin memperjelas keterkaitan di antara ketiganya, di mana kewenangan merupakan aspek formal yang mencakup kekuasaan sebagai kekuatan untuk mempengaruhi pihak lain.

<sup>210</sup> Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa Pemilukada di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2010), hlm. 89

<sup>211</sup> S. F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2011), hlm. 143

<sup>212</sup> Parlin M. Mangunsong, "Pembatasan Kekuasaan Melalui Hukum Administrasi Negara" dalam, S. F. Marbun, dkk., *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara* (Yogyakarta: UII Press, 2001), hlm. 43

<sup>213</sup> S. F. Marbun, *Peradilan Administrasi*, hlm. 143

Dengan kata lain, kewenangan merupakan kemampuan untuk melaksanakan hukum positif.<sup>214</sup> Selain itu, kewenangan merupakan kumpulan dari beberapa wewenang yang hanya menunjuk pada satu bidang tertentu.<sup>215</sup>

Menurut Soerjono Soekanto dengan mengutip pandangan Max Weber, terdapat tiga kategori wewenang yaitu wewenang kharismatis, tradisional dan rasional (*legal*). Wewenang kharismatis adalah wewenang yang didasarkan pada kharisma yakni kemampuan khusus yang dimiliki oleh seseorang sebagai anugerah dari Tuhan berkat kedekatan terhadap-Nya.<sup>216</sup> Sementara 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.<sup>217</sup> Sedangkan wewenang yang selanjutnya adalah wewenang rasional (*legal*) yakni wewenang yang disandarkan pada sistem hukum yang berlaku dalam masyarakat yang berupa kaidah-kaidah yang telah diakui serta ditaati dan bahkan ditopang oleh otoritas negara.<sup>218</sup>

Jika dikaitkan dengan eksistensi MK sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman yang memiliki kewenangan-kewenangan yang ditetapkan oleh undang-undang, maka kewenangan rasional atau *legal* inilah yang memiliki posisi untuk diperbincangkan, mengingat wewenang ini sejalan dengan prinsip-prinsip negara hukum yaitu asas legalitas. Dalam asas ini disebutkan bahwa semua tindakan pemerintah dan warga negara harus berdasarkan pada hukum yang berlaku dalam artian ada peraturan yang mengaturnya serta sesuai dengan peraturan-peraturan-peraturan tersebut.<sup>219</sup>

Mengacu pada asas legalitas ini, maka kewenangan MK juga harus berdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Secara teoretis, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan diperoleh

---

<sup>214</sup> Ridwan HR., *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), h;m. 101

<sup>215</sup> S. F. Marbun, *Peradilan Administrasi*, hlm. 143

<sup>216</sup> Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 244

<sup>217</sup> Soerjono Soekanto, *Sosiologi*, hlm. 245

<sup>218</sup> Soerjono Soekanto, *Sosiologi*, hlm. 245

<sup>219</sup> A. Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum* (Malang: Bayumedia Publishing, 2005), hlm. 58

melalui tiga cara, yaitu, atribusi, delegasi dan mandat. Atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan. Delegasi diartikan dengan pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya. Sedangkan mandat, terjadi manakala organ pemerintahan tertentu mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya.<sup>220</sup>

Mencermati tiga cara untuk memperoleh kewenangan yang bersumber dari undang-undang, maka kewenangan yang diperoleh secara atributif merupakan kewenangan yang bersifat asli (*oorspronkelijk*) karena berasal dari keadaan yang sebelumnya tidak ada menjadi ada sehingga menyebabkan adanya kekuasaan baru.<sup>221</sup> Dalam hal ini, penerima wewenang (*atributaris*) dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada dengan tanggung jawab sepenuhnya berada pada penerima wewenang.<sup>222</sup>

Jika pada kewenangan atributif memunculkan kewenangan baru, maka pada kewenangan yang diperoleh berdasarkan delegasi dan mandat hanya merupakan pelimpahan wewenang dari satu badan atau pejabat kepada pejabat lain. Namun terdapat perbedaan dari sisi prosedur pelimpahan, tanggung jawab dan tanggung gugat serta dari sisi kemungkinan dipergunakannya kembali wewenang yang telah dilimpahkan.

Menurut Philipus M. Hadjon yang selanjutnya dikutip oleh S. F. Marbun, dari sisi prosedur pelimpahan wewenang, pada delegasi pelimpahan wewenang terjadi dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerinthan yang lainnya berdasarkan pada peraturan perundang-undangan sedangkan pada mandat pelimpahan wewenang terjadi umumnya dalam hubungan rutin antara bawahan dengan atasan.<sup>223</sup>

Dari sisi tanggung jawab dan tanggung gugat, pada delegasi tanggung jawab tidak lagi berada pada pemberi delegasi (*delegans*) namun beralih kepada penerima delegasi (*delegataris*), sedangkan pada mandat tanggung jawab tetap

---

<sup>220</sup> Ridwan HR., *Hukum Administrasi*, hlm. 104-105

<sup>221</sup> Samsul Wahidin, *Dimensi Kekuasaan Negara Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007), hlm. 7

<sup>222</sup> Ridwan HR., *Hukum Administrasi*, hlm. 108

<sup>223</sup> S. F. Marbun, *Peradilan Administrasi*, hlm. 139

berada pada pemberi mandat (*mandans*) bukan pada penerima mandat (*mandataris*). Kemudian dari sisi kemungkinan dipergunakannya kembali wewenang yang telah dilimpahkan, pada delegasi *delegans* tidak dapat menggunakan kembali wewenang yang telah dilimpahkan kecuali ada pencabutan dengan berpegang pada asas *contrarius actus*,<sup>224</sup> sedangkan pada mandat *mandans* setiap saat dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan.<sup>225</sup>

Selain itu, dalam hal pelimpahan wewenang melalui delegasi ini terdapat beberapa persyaratan yang harus dipenuhi, yaitu:

- a. Delegasi harus definitif dan *delegans* tidak dapat menggunakannya kembali wewenang yang telah dilimpahkan
- b. Delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan yang mengatur tentang pelimpahan tersebut
- c. Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hubungan hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi
- d. Kewajiban memberikan keterangan dengan kata lain *delegans* berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut
- e. Peraturan kebijakan yang berarti *delegans* memberikan instruksi tentang penggunaan wewenang tersebut.<sup>226</sup>

Pelimpahan kewenangan sebagaimana telah dibicarakan di atas dilandasi oleh motivasi efektifitas dan efisiensi yang menjadi prinsip dalam penyelenggaraan negara.<sup>227</sup> Hal ini akan terlihat dalam bahasan selanjutnya tentang kewenangan MK sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia.

<sup>224</sup> *Contrarius actus* dalam hukum administrasi negara adalah asas yang menyatakan badan atau pejabat tata usaha negara yang menerbitkan keputusan tata usaha negara dengan sendirinya juga berwenang untuk membatalkannya. Asas ini berlaku meskipun dalam keputusan tata usaha negara tersebut tidak ada klausula pengaman yang lazim: Apabila dikemudian hari ternyata ada kekeliruan atau kehilafan maka keputusan ini akan ditinjau kembali. Dalam konteks perundang-undangan, asas *contrarius actus* menjadi dasar bahwa yang berhak mencabut sebuah peraturan perundang-undangan adalah pembentuknya itu sendiri dan tidak dapat dilakukan oleh peraturan atau lembaga yang lebih rendah. [http://www.miftakhulhuda.com/2010/01/contrarius-actus\\_28.html](http://www.miftakhulhuda.com/2010/01/contrarius-actus_28.html). Diunduh pada tanggal 23 April 2013

<sup>225</sup> S. F. Marbun, *Peradilan Administrasi*, hlm. 139

<sup>226</sup> Philipus M. Hadjon, "tentang wewenang", dalam, Ridwan HR., *Hukum Administrasi*, hlm. 107

<sup>227</sup> Samsul Wahidin, *Dimensi Kekuasaan*, hlm. 8

## 2. Eksistensi dan Kewenangan MK dalam Sistem Ketatanegaraan di Indonesia

Terbentuknya lembaga baru dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia yaitu MK pasca amandemen terhadap UUD 1945 memberikan sejuta harapan untuk dapat mengawal konstitusi negara. Ide pembentukannya sebenarnya mulai dikemukakan pada masa sidang kedua panitia *Ad Hoc* I Badan Pekerja MPR RI (PAH I BP MPR), yaitu setelah seluruh anggota BP MPR RI melakukan studi banding di dua puluh satu negara mengenai konstitusi tepatnya pada bulan Maret-April tahun 2000.<sup>228</sup> Namun, pembentukan MK yang telah dikemukakan pada sidang kedua itu belum muncul pada perubahan pertama UUD 1945, bahkan belum ada satupun fraksi di MPR yang mengajukan usul tersebut.<sup>229</sup>

MK secara resmi diakui sebagai salah satu lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman setelah amandemen ketiga UUD 1945, sebagaimana terdapat pada pasal 24 ayat (2). Pasal tersebut berbunyi:

“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.\*\*\*)”<sup>230</sup>

Adapun kewenangan MK, disebutkan dalam UUD 1945 pasal 24 C ayat (1 dan 2) yang berbunyi:

“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. \*\*\*)

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

Mencermati pasal di atas, terdapat dua hal yang perlu digarisbawahi. Pertama, berkenaan dengan kewenangan MK, kedua, pasal tersebut juga menegaskan tentang putusan MK. Sesuai dengan ketentuan pasal tersebut, MK memiliki beberapa kewenangan sebagai berikut:

<sup>228</sup> Bambang Sutiyoso, *Tata Cara Penyelesaian Sengketa di Lingkungan Mahkamah Konstitusi*, cet. 2 (Yogyakarta: UII Press, 2009), hlm. 2

<sup>229</sup> Bambang Sutiyoso, *Tata Cara*, hlm. 2

<sup>230</sup> Pasal 24 ayat (2) UUD 1945

- a. Menguji undang-undang terhadap UUD
- 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. Memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya atau perbuatan tercela
- f. Memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah tidak lagi memenuhi persyaratan sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.<sup>231</sup>

Selain kewenangan di atas, MK juga berwenang untuk memutus sengketa tentang hasil pemilihan kepala daerah yang dulunya menjadi kewenangan Mahkamah Agung. Hal itu menurut Mahfud sebagai konsekuensi dari ketentuan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2006 tentang Penyelenggaraan Pemilu yang menempatkan pilkada ke dalam rezim pemilihan umum.<sup>232</sup> Tambahan kewenangan ini sesuai dengan pasal 236 huruf c Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2008 tentang Pemerintahan Daerah.<sup>233</sup>

Dengan demikian, maka sebenarnya kewenangan MK yang murni dalam artian tidak diatur sebelumnya dalam konstitusi hanya kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945 dan memutus sengketa antara lembaga negara.<sup>234</sup> Sedangkan kewenangan yang lainnya merupakan kewenangan pengalihan dari lembaga negara lain. Misalnya kewenangan untuk memutus sengketa hasil pemilu dan pembubaran partai politik. Perselisihan hasil pemilu sebelum terbentuk MK menjadi kewenangan Mahkamah Agung sementara

<sup>231</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Cet. 1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 205

<sup>232</sup> Moh. Mahfud MD., "Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi", dalam, Tim Penulis, *Constitutional Question* (Malang: UB Press, 2010), hlm. 9

<sup>233</sup> Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa*, hlm. 99. Pasal yang dimaksudkan di atas menyatakan: *Penanganan Sengketa hasil penghitungan suara pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah oleh Mahkamah Agung dialihkan kepada Mahkamah Konstitusi paling lama 18 (delapan belas) bulan sejak Undang-Undang ini diundangkan.*

<sup>234</sup> Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa*, hlm. 17

pembubaran paratai politik sebelum diatur dalam pasal 68 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 merupakan hak Prerogatif Presiden tanpa melalui persidangan.<sup>235</sup> Begitu juga halnya dengan penyelesaian sengketa hasil pemilukada yang sebelumnya menjadi kewenangan Mahkamah Agung.<sup>236</sup>

Sementara aspek lain yang dapat dipahami dari pasal 24 c ayat (1 dan 2) UUD 1945 adalah tentang putusan MK. Dalam pasal itu disebutkan 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,<sup>237</sup> sehingga sangat berbeda dengan putusan pengadilan lain selain MK yang dalam hukum acaranya diperkenankan upaya hukum baik upaya hukum Banding, Kasasi, maupun upaya hukum Peninjauan Kembali.<sup>238</sup> Perbedaan lain antara putusan MK dengan pengadilan selain MK 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.<sup>239</sup>

Dalam uraian yang lebih spesifik, akibat hukum dari putusan MK adalah, pertama, akibat hukum pengujian bersifat *erga omnes*<sup>240</sup> oleh karena dasar hukum acara pengujian UU menyangkut kepentingan umum. Berbeda dengan putusan pengadilan selain MK yang hanya mengikat para pihak yang berperkara dan tidak mengikat pada pihak ketiga. Kedua, putusan MK memiliki kekuatan berlaku ke

<sup>235</sup> Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa*, hlm. 17

<sup>236</sup> Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa*, hlm. 99

<sup>237</sup> Maruarar, *Hukum Acara*, hlm. 214

<sup>238</sup> Untuk mengetahui secara detail tentang upaya hukum yang telah disebutkan di atas, periksa dalam, Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata*, cet. 6 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005), hlm. 280-303; Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Indonesia*, cet. 2 (Malang: UIN Press, 2009), hlm. 285-312

<sup>239</sup> Maruarar Siahian, *Hukum Acara*, hlm. 214

<sup>240</sup> putusan MK bersifat *erga omnes* yang berarti mengikat dan harus dipatuhi oleh setiap warga negara. Selain itu putusan MK bersifat final, tidak ada lagi upaya hukum seperti banding, kasasi dan lainnya. Berbeda misalnya dengan putusan MA yang bersifat *inter partes*, dengan kata lain hanya mengikat para pihak bersengketa serta terbuka upaya hukum seperti banding, kasasi dan lainnya. <http://hmihukumjember.wordpress.com/2010/06/30/putusan-mk-bersifat-erga-omnes/>. Diunduh pada tanggal 20 April 2013

depan sejak diucapkan (*prospective*) dan tidak berlaku surut ke belakang (*retroactive*). Ketiga, terikatnya semua orang pada putusan MK sebagaimana ketentuan hukum acara perdata mengandung arti positif dan negatif. Mengandung arti positif berarti semua orang harus menganggap putusan tersebut benar sedangkan dalam arti negatif berarti hakim tidak boleh memutus perkara yang pernah diputus sebelumnya mengenai perkara yang sama. Keempat, dengan diucapkannya putusan MK, ia telah berkekuatan hukum tetap dan tidak ada upaya hukum terhadap putusan tersebut.<sup>241</sup>

Hanya saja, dalam hal implementasi terhadap putusan MK yang dianggap final masih sangat tergantung kepada kesediaan otoritas publik di luar MK untuk melaksanakan putusan tersebut. Ini disebabkan karena MK berbeda dengan lembaga peradilan lain yang memiliki organ eksekutor seperti polisi, jaksa, dan juru sita yang berwenang untuk memaksa pelaksanaan putusan yang telah dijatuhkan. Hal demikian sering kali menjadikan putusan MK tidak implementatif.<sup>242</sup>

### 3. MK dan Despotisme Kewenangan

Melihat “keistimewaan” yang telah diamanatkan oleh UUD 1945 terhadap MK sebagaimana terlihat dalam uraian di atas semakin memperlihatkan bahwa keberadaan MK merupakan lembaga Negara yang diharapkan mampu menjadi satu lembaga yang berfungsi untuk melaksanakan kekuasaan peradilan dalam sistem konstitusi, pengawal dan penafsir konstitusi yang kompeten dalam kehidupan bernegara serta berperan dalam rangka mewujudkan mekanisme *checks and balances* dalam penyelenggaraan negara hukum yang demokratis.<sup>243</sup>

Tidak kalah pentingnya pandangan Jimly tentang MK. Bagi Jimly, karena MK merupakan lembaga kehakiman yang bersinggungan secara langsung dengan persoalan konstitusi maka setidaknya terdapat lima fungsi yang dimiliki oleh MK. Pertama, sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) agar supremasi dapat ditegakkan; kedua, sebagai pengendali keputusan

<sup>241</sup> Miftakhul Huda, “Ultra Petita dalam Pengujian Undang-Undang”, dalam, *Jurnal Konstitusi*, Volume 4, Nomor 3, September 2007, hlm. 152-154

<sup>242</sup> Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Konstitusi* (Bandung: Mandar Maju, 2012), hlm. 54

<sup>243</sup> Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa*, hlm. 17-18

berdasarkan sistem demokrasi (*control of democracy*); ketiga, merupakan satu-satunya lembaga kehakiman penafsir konstitusi (*the sole or the highest interpreter of the constitution*); keempat, sebagai pelindung terhadap hak-hak konstitusional (*the protector of citizen's constitutional rights*); kelima, sebagai pelindung hak asasi manusia (*the protector of human rights*).<sup>244</sup>

Dengan fungsi ini maka tidaklah berlebihan ketika MK ditempatkan sebagai lembaga kehakiman yang memiliki kedudukan yang kuat dan tinggi dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia. Disebut memiliki kedudukan yang kuat karena MK dibentuk melalui sandaran konstitusional yaitu UUD 1945. Adapun penyebutan kedudukan tinggi karena MK merupakan lembaga kehakiman tersendiri yang sederajat dengan Mahkamah Agung.<sup>245</sup> Bahkan MK sebagai pengadilan terakhir dengan putusan yang bersifat final dan mengikat sejak putusannya diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum.<sup>246</sup>

Sejalan dengan “keistimewaan” MK ini Satjipto Rahardjo mengatakan:

“UUD 1945 telah mengamanatkan pembuatan sebuah MK sebagai satu-satunya institut yang boleh melakukan pengujian terhadap UUD. Bukan main! Mengerikan! Luar biasa! Tentunya para hakim MK juga manusia-manusia yang berkualitas luar biasa. Mereka adalah sembilan orang diantara lebih dari 200 juta manusia Indonesia yang boleh, berhak dan berwenang mengatakan apa yang dipikirkan dan dikehendaki oleh UUD.”<sup>247</sup>

Lebih lanjut Satjipto mengatakan:

“Iudah kesembilan orang tersebut juga “mengeluarkan api” oleh karena sekali mereka memutus, dua ratusan juta manusia Indonesia harus diam, patuh, *manut*. Tidak boleh ada protes, banding, tidak ada jalan untuk melawan. Di atas MK hanya ada langit.”<sup>248</sup>

Menyadari akan “keistimewaan” itu, untuk menghindari terjerumusnya MK ke dalam jurang despotisme kewenangan, menurut Mahfud harus dibatasi oleh rambu-rambu berikut ini. *Pertama*, dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur tetapi hanya boleh mengatakan bahwa suatu undang-undang atau isinya konstitusional atau inkonstitusional disertai

<sup>244</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi* (Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer, 2007), hlm. 604

<sup>245</sup> Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum*, hlm. 37

<sup>246</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 211

<sup>247</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas, 2010), hlm. 163

<sup>248</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum*, hlm. 164

dengan pernyataan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. *Kedua*, MK tidak boleh membuat *ultra petita* (putusan yang tidak diminta oleh pemohon) sebab dengan melakukan *ultra petita* berarti MK mengintervensi ranah legislatif. *Ketiga*, dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh menjadikan undang-undang sebagai dasar pembatalan undang-undang lainnya. *Keempat*, MK tidak boleh mencampuri masalah-masalah yang didelegasikan oleh UUD kepada lembaga legislatif. *Kelima*, dalam membuat putusan, MK tidak boleh berdasarkan pada teori yang tidak secara jelas dianut oleh konstitusi. *Keenam*, MK tidak boleh memutuskan hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan dirinya sendiri (asas *nemo iudex in causa sua*), *ketujuh*, para hakim MK tidak boleh menyampaikan opini kepada publik atas perkara konkrit yang sedang ditanganinya. *Kedelapan*, para hakim MK tidak boleh mencari-cari perkara. *Kesembilan*, para hakim MK tidak boleh secara proaktif menawarkan diri sebagai penengah dalam sidang sengketa politik antar lembaga negara. *Kesepuluh*, MK tidak boleh membuat opini tentang eksistensi UUD apakah ia tetap berlaku ataukah harus diubah.<sup>249</sup>

Namun demikian, adanya rambu yang dikemukakan oleh Mahfud seakan menjadi jurang yang dengannya MK terjatuh ke dalamnya. Salah satunya adalah tentang rambu keenam yang menjelaskan bahwa MK tidak boleh memutuskan hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan dirinya sendiri (asas *nemo iudex in causa sua*) karena pada dasarnya tidak seorang pun dapat menjadi hakim atas perkaranya sendiri (asas *nemo iudex idoneus in propria causa*).<sup>250</sup> Pada kenyataannya, dalam putusan Nomor 005/PUU-IV/2006 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 24 tahun 2004 tentang Komisi Yudisial tepatnya pada tanggal 23 Agustus 2006 MK memberikan putusan bahwa hakim konstitusi tidak termasuk sebagai objek pengawasan komisi yudisial karena Hakim Konstitusi merupakan jabatan bukan profesi karir sebagaimana hakim-hakim biasa.<sup>251</sup>

Kritik lain terhadap MK dari sisi komposisi para hakim yang menjadi punggawa di lembaga kehakiman tersebut. Menurut Satjipto, komposisi hakim MK yang berjumlah sembilan orang semuanya adalah ahli hukum. Menurutnya,

<sup>249</sup> Lihat dalam, Moh. Mahfud MD., "Rambu Pembatas, hlm. 16-19

<sup>250</sup> Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum*, hlm. 92

<sup>251</sup> Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum*, hlm. 90

peristiwa tersebut merupakan pengerdilan makna (reduksi makna) terhadap persoalan bangsa yang begitu besar seakan hanya menjadi masalah hukum.<sup>252</sup>

Lebih lanjut dikatakan:

“apabila kita memahami bahwa MK itu mengurus sekaligus aspek kehidupan bangsa, kita tidak akan menyerahkan hakim MK hanya kepada panel ahli hukum. 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.”<sup>253</sup>

Kritik Satjipto cukup beralasan karena memang persoalan bangsa tidak bisa hanya ditangani oleh para ahli hukum, namun demikian, menjadi kurang realistis ketika komposisi hakim MK misalnya harus dihuni oleh para pakar dari lintas disiplin ilmu sebagaimana dikehendaki oleh Satjipto minimal disebabkan oleh pengujian undang-undang di MK sangat berkaitan dengan penyelesaian konflik norma yang terdapat dalam UUD<sup>254</sup> sehingga cukup beralasan ketika MK digawangi oleh para ahli hukum. Di sisi lain, pengakomodiran terhadap pakar di luar bidang hukum sebenarnya dapat saja terealisasi mengingat MK tidak jarang menghadirkan saksi ahli untuk mendengarkan pendapatnya terkait satu hal yang akan diputuskan. Ambillah satu contoh ketika MK menangani kasus *judicial review* tentang hukuman mati. MK menghadirkan sejumlah saksi ahli seperti seorang pendeta, pastur Charlie Burows yang pernah mendampingi terpidana mati Antonious dan Samuel pada saat dieksekusi. Begitu juga dalam sidang tersebut MK juga menghadirkan seorang pakar anastesi, dr. Sun Sunatrio.<sup>255</sup> Dengan demikian, harapan Satjipto sebenarnya sudah terpenuhi tanpa harus menjadikan Pastur dan seorang dokter sebagai hakim di MK.

## B. *Judicial Review*: Eksaminasi terhadap Kostitusionalitas Undang-Undang

### 1. MK dan *Judicial Review*

Dari beberapa kewenangan yang diamanatkan oleh UUD 1945 terhadap MK, salah satunya adalah mengenai pengujian undang-undang terhadap UUD

<sup>252</sup> Satjipto Rahardjo, *Pengakuan Hukum*, hlm. 166

<sup>253</sup> Satjipto Rahardjo, *Pengakuan Hukum*, hlm. 166

<sup>254</sup> Jimly Asshiddiqie, *Komentar atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 95

<sup>255</sup> Untuk kasus tentang *judicial review* hukuman mati dapat dilihat dalam, Rita Triani Budiarti, *Kontroversi Mahfud MD Jilid I*, cet. I (Jakarta: Konstitusi Press, 2012), hlm. 72

1945 dan diakui oleh Maruarar bahwa kewenangan dalam pengujian undang-undang ini mendominasi perkara yang ditangani oleh MK.<sup>256</sup> Pengakuan Maruarar ini diperkuat oleh pemaparan data yang dikemukakan oleh Mahfud bahwa menurutnya dalam rentang waktu bulan Agustus 2003 sampai 12 Juni 2008 MK sudah memeriksa dan memutus pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 sebanyak 137 kali, dengan demikian maka dalam usia MK yang belum mencapai lima tahun telah memeriksa sebanyak 137 kasus *judicial review*.<sup>257</sup>

Pentingnya *judicial review* terhadap suatu undang-undang didasarkan pada sebuah pemikiran bahwa hukum adalah produk politik yang senantiasa tercipta berdasarkan kesepakatan-kesepakatan yang terjadi di forum-forum politik. Oleh karena itu, lahirnya undang-undang sebagai produk politik sangat rentan terhadap pengaruh kepentingan baik dari kelompok politik yang dominan atau kaum penguasa mayoritas sehingga tidak jarang bertentangan dengan nilai-nilai keadilan baik di hadapan konstitusi maupun masyarakat luas. Dengan demikian, kebutuhan akan hadirnya mekanisme pengujian konstitusionalitas menjadi suatu keniscayaan<sup>258</sup> sebagai salah satu cara untuk menjamin hak-hak kenegaraan yang dimiliki oleh seorang warga negara pada posisi diametral dengan kekuasaan pembuatan peraturan termasuk undang-undang.<sup>259</sup>

Ada tiga pendekatan yang menjadi legitimasi terhadap *judicial review*. Pertama, pendekatan yuridis. Berdasarkan pada *stufenbau theory*, maka peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi (*lex superiori derogat lex inferiori*) sehingga dengan demikian maka suatu undang-undang tidak boleh bertentangan dengan UUD. Kedua, pendekatan politis. Dalam pendekatan ini *judicial review* merupakan kebutuhan yang urgen agar visi, misi dan materi muatan suatu undang-undang tidak bertentangan dengan UUD karena pada hakikatnya Undang-Undang dibentuk sebagai implementasi terhadap kandungan UUD. Ketiga, pendekatan pragmatis. Menurut

<sup>256</sup> Maruarar Sihan, *Hukum Acara*, hlm. 14

<sup>257</sup> Moh. Mahfud MD., "Rambu Pembatas, hlm. 10

<sup>258</sup> Moh. Mahfud MD., *Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penegakan Hukum dan Demokrasi di Indonesia*, Makalah pada seminar yang diselenggarakan UIN Malang pada tanggal 6 April 2009, hlm. 2

<sup>259</sup> Saldi Isra, *Pergeseran Fungsi Legislasi* (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hlm. 293

pendekatan ini, dibutuhkannya *judicial review* adalah semata-mata untuk mencegah terjadinya praktik penyelenggaraan pemerintahan negara yang menyimpang dari UUD.<sup>260</sup>

Dalam *judicial review*, sesuai dengan pasal 51 ayat (3) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi bisa dilakukan terhadap proses pembentukan undang-undang (aspek formil) dan bisa juga terhadap substansi undang-undang (aspek materiil).<sup>261</sup> Dari sisi formalnya, penilaian terhadap konstitusionalitas undang-undang didasarkan pada kriteria berikut:

- a. Pengujian atas pelaksanaan tata cara atau prosedur pembentukan undang-undang baik dalam pembahasan maupun dalam pengambilan keputusan atas rancangan suatu undang-undang hingga disahkan menjadi undang-undang
- b. Pengujian atas bentuk, format atau struktur undang-undang
- c. Pengujian yang berkenaan dengan keberwenangan lembaga yang mengambil keputusan dalam proses pembentukan undang-undang
- d. Pengujian atas hal lain yang tidak termasuk ke dalam kategori pengujian formal.<sup>262</sup>

Ringkasnya, pengujian formil merupakan pengujian terhadap kewenangan dalam pembentukan undang-undang serta prosedur yang harus ditempuh dari tahap *drafting* sampai dengan pengumuman dalam Lembaran Negara sesuai dengan ketentuan yang berlaku.<sup>263</sup>

Selain pengujian formil, MK juga memiliki kewenangan untuk melakukan pengujian undang-undang dari aspek materiilnya. Dalam pengujian dari aspek materiil ini, secara praktis, MK boleh hanya melakukan pengujian terhadap ayat, pasal tertentu atau bagian undang-undang saja dengan konsekuensi hanya bagian, ayat dan pasal tertentu saja yang dianggap bertentangan dengan konstitusi,<sup>264</sup> bahkan lebih ekstrim lagi, bisa saja yang dinilai bertentangan hanyalah satu koma atau satu titik ataupun disebabkan karena kesalahan dalam penulisan satu huruf

<sup>260</sup> Mustafa Lutfi, *Hukum Sengketa*, hlm. 20

<sup>261</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara*, hlm. 38

<sup>262</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara*, hlm. 42-43

<sup>263</sup> Maruarar Siahan, *Hukum Acara*, hlm. 15

<sup>264</sup> Maruarar Siahan, *Hukum Acara*, hlm. 20

yang seharusnya ditulis dengan *capital letter* namun ia ditulis dengan huruf kecil.<sup>265</sup>

Terhadap dua bentuk pengujian di atas, baik pengujian dari sisi formil maupun materiil undang-undang menurut Jimly seharusnya tidak hanya terpaku kepada pengertian konstitusionalitas 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.<sup>266</sup>

Dengan demikian, maka konstitusionalitas undang-undang baik secara formil maupun materiil dapat dinilai melalui:

- a. Naskah Undang-Undang Dasar yang resmi tertulis
- b. Dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah UUD seperti risalah-risalah, keputusan dan ketetapan MPR, Undang-Undang tertentu, peraturan tata tertib dan lain-lain
- 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.<sup>267</sup>

Berdasarkan pada pertimbangan konstitusionalitas dalam arti yang luas ini, semakin menandakan bahwa MK sebagaimana disampaikan oleh Mahfud tidak hanya menjelma sebagai pengadilan yang menjadi corong undang-undang tetapi juga harus mampu menyelamatkan masyarakat dari *chaos*. Maka konsekuensinya, ketika hukum yang ada dalam undang-undang tidak cukup untuk menjamin keadilan, MK harus membuat hukum sendiri sebagai penemuan hukum demi keadilan,<sup>268</sup> yang secara umum penemuan hukum yang dilakukan oleh MK berkisar pada tiga model, pertama, pengenyampingan ketentuan undang-undang.

<sup>265</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara*, hlm. 40

<sup>266</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara*, hlm. 5

<sup>267</sup> Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara*, hlm. 6

<sup>268</sup> Rita Triani Budiarti, *Kontroversi*, hlm. 146.

Kedua, menunda tidak mengikatnya undang-undang. Ketiga, konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*).<sup>269</sup>

Pandangan Mahfud di atas juga secara tegas dikemukakan dalam pidato penutupan Rapat Kerja MK RI pada tanggal 22-24 Januari 2010. Dalam kesempatan tersebut beliau mengatakan:

“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.”<sup>270</sup>

Pencarian keadilan substantif inilah yang kerap kali melahirkan “ijtihad” yang sangat kontroversial termasuk dalam hal ini adalah “ijtihad” MK yang tertuang dalam putusannya dengan nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang *judicial review* Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.

<sup>269</sup> Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum*, hlm. 60

<sup>270</sup> 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. Pernyataan tersebut dapat dibuktikan dengan beberapa kasus yang telah diputuskan oleh MK. Kasus terkait dengan pengujian UU Nomor 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD (MD3) memperlihatkan MK sama sekali tidak terkungkung pada bunyi teks pasal-pasal. UU MD3 eksplisit menyebutkan bahwa Ketua MPR berasal dari unsur anggota DPR saja. Namun dengan pertimbangan hukum yang jelas berdasarkan UUD 1945, MK kemudian memutuskan bahwa Ketua MPR dapat berasal dari anggota DPR atau pun dari anggota DPD. Kasus lainnya adalah kasus Bibit dan Chandra. Dalam kasus tersebut, MK memperlihatkan bagaimana peradilan dibangun dengan prinsip menegakkan keadilan substantif. UU MK sama sekali tidak menyebutkan mengenai keputusan sela (provisi). Jenis putusan provisi hanya diberlakukan oleh MK dalam perkara sengketa Perselisihan Hasil Pemilu (PHPU). Namun dalam perkara Bibit-Chandra dengan mempertimbangkan rasa keadilan, MK mengabulkan permohonan provisi pertama kali dalam perkara pengujian undang-undang. Hal itu belum lagi dilihat dari keberanian MK memperdengarkan bukti rekaman. Lihat dalam, Tim Peneliti, *Perkembangan*, hlm. 1. Jika kita pahami tentang eksistensi maupun kewenangan MK yang diamanatkan undang-undang yang salah satunya disebutkan bahwa putusan MK adalah putusan final yang tidak dapat dilakukan upaya hukum, maka cukup beralasan ketika MK memberikan putusan-putusan yang bersifat progresif. Namun hal ini masih sulit untuk terjadi di lembaga peradilan lain yang putusannya masih bisa dilakukan upaya hukum terhadapnya. Salah satu putusan menarik yang perlu ditampilkan dalam tulisan ini sebagai bandingan terhadap putusan MK adalah putusan Pengadilan Tinggi Medan No. 144/PID/1983/PT Mdn. Kasus tersebut menyangkut perzinahan yang dilakukan oleh mertua Raja Sidabutar dengan seorang perempuan bernama Katarina Br. Sihan. Perzinahan itu berawal dari janji untuk menikahinya sehingga sang korban pun rela untuk menyerahkan keperawanannya. Namun akhirnya lelaki tersebut mengingkari janjinya. Dalam hal ini majelis Hakim yang diketuai oleh Bismar Siregar menghukum laki-laki tersebut dengan pasal 378 KUHP tentang penipuan. Dalam hal ini Hakim Bismar memperluas pemaknaan “barang” yang disebutkan dalam pasal KUHP, sehingga kemaluan perempuan juga masuk ke dalam kategori “barang”. Namun kemudian, putusan pengadilan tinggi medan ini dibatalkan oleh Mahkamah Agung karena dianggap melakukan analogi. Lihat dalam, Antonius Sudirman, *Hakim dan Putusan Hakim: Suatu Studi Perilaku Hukum Hakim Bismar Siregar*, Tesis tidak diterbitkan (Semarang: Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, 1999), hlm. 189-193; bandingkan dengan, Widodo Dwi Putro, “Mengkritisi”, hlm. 29

## 2. Deskripsi Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010<sup>271</sup>

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 berawal dari permohonan yang diajukan oleh Hj. Aisyah Mochtar *alias* Machica binti H. Mochtar Ibrahim dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono serta kuasa hukum keduanya yaitu Rusdianto Matulatuwa, Oktryan Makta dan Miftachul I.A.A., sebagaimana tercantum dalam Surat Kuasa Nomor 58/KH.M&M/K/VIII/2010 bertanggal 5 Agustus 2010. Inti permohonannya adalah *judicial review* terhadap pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan pasal 43 ayat (1) yang berbunyi anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Alasan permohonan uji materi terhadap dua pasal di atas disebabkan Pemohon merupakan pihak yang secara langsung mengalami dan merasakan hak konstitusionalnya dirugikan dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 terutama berkaitan dengan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1). Kedua pasal ini justru menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi pemohon berkaitan dengan status perkawinan dan status hukum anaknya yang dihasilkan dari hasil perkawinan.

Adapun yang disebut dengan hak konstitusional sesuai dengan penjelasan pasal 51 ayat (1) UUMK menyatakan adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 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, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945

---

<sup>271</sup> Deskripsi ini merupakan ringkasan yang peneliti kutip secara langsung dari Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dengan beberapa “modifikasi” untuk menyesuaikan dengan kalimat antar paragraf.

- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Hak konstitusional Pemohon yang telah dilanggar dan merugikan tersebut adalah hak sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) dan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 menyatakan: setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah. Sedangkan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 menyatakan: setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Berdasarkan ketentuan Pasal 28B ayat (1 dan 2) UUD 1945 tersebut, maka Pemohon dan anaknya memiliki hak konstitusional untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahan dan status hukum anaknya. Hak konstitusional yang dimiliki oleh Pemohon telah dicerai oleh norma hukum dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan Pemohon adalah sah dan sesuai dengan rukun nikah dalam Islam. Bahkan keabsahan perkawinan pemohon telah dikuatkan dengan Putusan Pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) sebagaimana tercantum dalam amar Penetapan atas Perkara Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs., tanggal 18 Juni 2008, halaman ke-5, alinea ke-5 yang menyatakan:

".....Bahwa pada tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pemikahan antara Pemohon (Hj. Aisyah Mochtar *alias* Machica binti H. Mochtar Ibrahim) dengan seorang laki-laki bernama Drs. Moerdiono, dengan wali nikah almarhum H. Moctar Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi,

masing-masing bernama *almarhum* KH. M. Yusuf Usman dan Risman, dengan mahar berupa seperangkat alat shalat, uang 2.000 Riyal (mata uang Arab), satu set perhiasan emas, berlian dibayar tunai dan dengan *ijāb* yang diucapkan oleh wali tersebut dan *qabūl* diucapkan oleh laki-laki bernama Drs. Moerdiono.”

Merujuk pada norma konstitusional yang termaktub dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 maka perkawinan Pemohon yang dilangsungkan sesuai dengan rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Norma hukum yang mengharuskan sebuah perkawinan dicatat menurut peraturan perundangundangan yang berlaku telah mengakibatkan perkawinan yang sah dan sesuai dengan rukun nikah agama Islam (norma agama) menjadi tidak sah menurut norma hukum. Kemudian hal ini berdampak ke status anak yang dilahirkan Pemohon ikut tidak menjadi sah menurut norma hukum dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Jadi, jelas telah terjadi pelanggaran oleh norma hukum dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 terhadap perkawinan Pemohon (norma agama).

Selain itu, maksud dan tujuan diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berkaitan dengan pencatatan perkawinan dan anak yang lahir dari sebuah perkawinan yang tidak dicatatkan dianggap sebagai anak di luar perkawinan sehingga hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya telah memberikan ketidakpastian secara hukum dan mengganggu serta mengusik perasaan keadilan yang tumbuh dan hidup di masyarakat sehingga merugikan pemohon karena kelahiran anak Pemohon ke dunia ini bukanlah suatu kehadiran yang tanpa sebab, tetapi sebagai hasil hubungan kasih-sayang antara kedua orang tuanya (pemohon dan suaminya), namun akibat dari ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, menyebabkan suatu ketidakpastian hukum hubungan antara anak dengan bapaknya. Hal tersebut telah melanggar hak konstitusional anak untuk mengetahui asal-usulnya, juga menyebabkan beban psikis terhadap anak dikarenakan tidak adanya pengakuan dari bapaknya atas kehadirannya di dunia. Tentu saja hal tersebut akan menyebabkan kecemasan, ketakutan dan ketidaknyamanan anak dalam pergaulannya di masyarakat.

Tegasnya, pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyebabkan kerugian terhadap hak konstitusional Pemohon dan anaknya yang timbul berdasarkan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, yakni hak untuk mendapatkan pengesahan terhadap pernikahan sekaligus status hukum anaknya Pemohon.

Berdasarkan pada alasan permohonan *judicial review* sebagaimana diuraikan di atas, terhadap pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, MK dalam pertimbangan hukumnya menyebutkan bahwa pokok permasalahan hukum mengenai pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) pencatatan perkawinan. Mengenai permasalahan tersebut, Penjelasan Umum angka 4 huruf b Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan menyatakan,

“... bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan”.

Berdasarkan Penjelasan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 di atas nyatalah bahwa pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnya perkawinan akan tetapi merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Adapun faktor yang menentukan sahnya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing pasangan calon mempelai.

Makna penting pencatatan perkawinan sebagai kewajiban administratif menurut Mahkamah, dapat dilihat dari dua perspektif. *Pertama*, dari perspektif negara, pencatatan perkawinan diwajibkan dalam rangka fungsi negara memberikan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan yang merupakan tanggung jawab negara dan harus dilakukan sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis yang diatur serta dituangkan dalam peraturan perundang-undangan (pasal 28 I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945). Sekiranya pencatatan dimaksud dianggap sebagai

pembatasan, pencatatan demikian menurut Mahkamah tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusional karena pembatasan ditetapkan dengan Undang-Undang dan dilakukan dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis (Pasal 28J ayat (2) UUD 1945).

*Kedua*, pencatatan secara administratif yang dilakukan oleh negara dimaksudkan agar perkawinan sebagai perbuatan hukum penting dalam kehidupan yang dilakukan oleh yang bersangkutan, yang berimplikasi terjadinya akibat hukum yang sangat luas, di kemudian hari dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik, sehingga perlindungan dan pelayanan oleh negara terkait dengan hak-hak yang timbul dari suatu perkawinan yang bersangkutan dapat terselenggara secara efektif dan efisien. Artinya, dengan dimilikinya bukti otentik perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan dapat terlindungi dan terlayani dengan baik, karena tidak diperlukan proses pembuktian yang memakan waktu, uang, tenaga, dan pikiran yang lebih banyak, seperti pembuktian mengenai asal-usul anak dalam Pasal 55 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang mengatur bahwa bila asal-usul anak tidak dapat dibuktikan dengan akta otentik maka mengenai hal itu akan ditetapkan dengan putusan pengadilan yang berwenang. Pembuktian yang demikian pasti tidak lebih efektif dan efisien bila dibandingkan dengan adanya akta otentik sebagai buktinya.

Sedangkan terhadap Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam pertimbangan hukumnya MK menyatakan bahwa pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) frasa “*yang dilahirkan di luar perkawinan*”. Untuk memperoleh jawaban dalam perspektif yang lebih luas perlu dijawab pula permasalahan terkait, yaitu permasalahan tentang sahnya anak.

Secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual (*coitus*) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang

menyebabkan terjadinya pembuahan. Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu. Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak.

Berdasarkan uraian di atas, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan stigma di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan.

Dari pertimbangan hukum ini MK menegaskan bahwa pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan “*anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*” harus dibaca “*anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan*

*laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”*

Secara keseluruhan terhadap *judicial review* yang diajukan oleh pemohon, MK memutuskan bahwa dalil para pemohon sepanjang menyangkut pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak beralasan menurut hukum. Adapun pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan “*anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*” adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yakni inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya. Terhadap putusan ini hanya satu hakim konstitusi, Maria Farida Indrati yang menyatakan *concurring opinion*.<sup>272</sup> Menurutnya jika Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dimaknai sebagai pencatatan secara administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidak sahnya suatu pernikahan, maka hal tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena tidak terjadi penambahan terhadap syarat perkawinan.

---

<sup>272</sup> Istilah *concurring opinion* atau sering juga diistilahkan dengan *consenting opinion* berarti perbedaan argumen di antara para hakim MK namun kesimpulan akhirnya sama. Sementara jika perbedaan pendapat tersebut menghasilkan amar putusan yang berbeda maka disebut dengan *dissenting opinion*. Lihat dalam, Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara*, hlm. 200

## BAB IV

### PEMBARUAN HKI DAN PEMAKNAAN ANAK LUAR KAWIN

#### A. Putusan MK dan Pembaruan HKI

Putusan MK yang sedang dikaji ini pada dasarnya berkuat pada dua persoalan yaitu tentang pencatatan perkawinan sebagaimana diatur dalam pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan penentuan nasab anak luar kawin sebagaimana terdapat dalam pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Dari kedua persoalan ini, MK memutuskan bahwa pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 konstitusional sementara pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dinilai sebagai pasal yang inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*).

Terkait dengan pencatatan perkawinan, memang menjadi problem tersendiri dan telah menyita perhatian para pakar untuk memperdebatkan seputar status pencatatan perkawinan apakah sebagai kewajiban administratif semata sehingga tidak tercatatnya sebuah perkawinan tidak berpengaruh terhadap keabsahannya ataukah ia merupakan satu ketentuan yang harus terpenuhi disamping terpenuhinya ketentuan perkawinan yang diatur oleh agama. Kerumitan ini terlihat dalam rumusan pasal 2 ayat (1 dan 2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Pada ayat (1) disebutkan perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Kemudian pada ayat (2) dinyatakan tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Melihat pasal di atas, maka secara sepintas, keabsahan perkawinan di samping harus memenuhi ketentuan agama, juga harus dicatatkan sesuai dengan ketentuan undang-undang. Menyikapi dua ayat di atas, menurut M. Idris Ramulyo terdapat dua penafsiran di kalangan para pakar. Penafsiran pertama, ada kecenderungan untuk memisahkan penafsiran pasal 2 ayat (1) dengan pasal 2 ayat (2) sehingga implikasinya perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, sedangkan pencatatan adalah syarat administratif yang boleh dilakukan atau tidak karena tidak berkaitan

dengan sah tidaknya sebuah perkawinan.<sup>273</sup> Hal ini didasarkan pada perbedaan antara perkawinan sebagai peristiwa hukum dan pencatatan perkawinan sebagai peristiwa penting. Sehingga peristiwa hukum tidak dapat dianulir oleh adanya peristiwa penting.<sup>274</sup>

Sedangkan penafsiran kedua cenderung menganggap ayat (1 dan 2) dalam pasal 2 di atas sebagai dua pasal yang saling terkait yang dalam istilah Ramulyo disebut sebagai rangkaian kesatuan bagaikan benang dengan kulindan jalin menjalin menjadi satu dan apabila yang satu lepas maka yang lain berkurang kekuatannya bahkan hilang sama sekali,<sup>275</sup> sehingga menurut Ramulyo, perkawinan yang tidak memenuhi aturan pasal 2 ayat (2) ini dikategorikan sebagai perkawinan yang batal atau setidaknya tidak dapat dibatalkan.<sup>276</sup> Menurut Abdul Manan, penafsiran kedua ini menjadi pemahaman Mahkamah Agung seperti terlihat dalam putusan Kasasi nomor 1948/K/PID/1991 tentang poligami liar dan kawin bawah tangan. Dalam putusan itu, MA menegaskan bahwa ketentuan ayat (1 dan 2) dalam pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bersifat kumulatif sehingga perkawinan yang dianggap sah adalah perkawinan yang dilakukan dengan memenuhi ketentuan agama sebagaimana diatur dalam pasal 1 serta memenuhi ketentuan undang-undang sebagaimana diatur dalam ayat (2).<sup>277</sup>

Untuk menjembatani terjadinya dualisme pemahaman terhadap dua ayat dalam pasal di atas, Satria Effendi (*alm.*) dengan mengutip pandangan Sheikh Jād al-Haq ‘Ālī Jād al-Haq tentang *al-zawāj al-‘urfī* yakni perkawinan yang tidak tercatat sebagaimana mestinya menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam hal ini, Jād al-Haq menurut Satria membagi ketentuan dalam perkawinan ke dalam dua bagian yaitu ketentuan yang bersifat *shar‘ī* dan ketentuan yang bersifat *tawthīqī*.<sup>278</sup> Kategori pertama, yaitu ketentuan yang

<sup>273</sup> Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam: Suatu Analisis dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2004), hlm. 122

<sup>274</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak Dicatat* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm. 213

<sup>275</sup> Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam*, hlm. 122

<sup>276</sup> M. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan*, hlm. 22

<sup>277</sup> Abdul Manan, *Aneka*, hlm. 50

<sup>278</sup> Satria Effendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer* (Jakarta: Kencana, 2004), hlm. 33-34

bersifat *shar'ī* dimaksudkan sebagai peraturan yang menentukan sah atau tidaknya sebuah perkawinan. Peraturan ini ditetapkan oleh *sharī'ah* islam seperti yang dirumuskan dalam kitab-kitab fiqh.<sup>279</sup> Sementara peraturan yang tergolong ke dalam peraturan *tawthīqī* didefinisikan sebagai peraturan yang bermaksud agar perkawinan di kalangan umat islam tidak liar sehingga harus dicatat dengan memakai surat Akta Nikah secara resmi yang dikeluarkan oleh pihak yang berwenang.<sup>280</sup>

Kembali kepada dua persyaratan yang disebutkan ini, dalam kesimpulannya Satria mengatakan:

“dengan berpegang kepada fatwa Sheikh Jād al-Ḥaq ‘Ālī Jād al-Ḥaq tersebut, maka petugas yang berwenang dapat membedakan mana di antara ketentuan perundang-undangan yang memang ada pengaruhnya terhadap sah atau batalnya perkawinan dan mana yang hanya merupakan syarat administratif belaka tanpa ada pengaruhnya terhadap sah dan batalnya suatu perkawinan.”<sup>281</sup>

Pandangan yang sama juga dapat dilihat dalam komentar Muḥammad Mutawallī al-Sha'rāwī. Dalam karyanya yang berjudul *Yasalūnaka fī al-Dīni wa al-Ḥayāh* beliau mengatakan:

“*al-zawāj al-'urfi* pada dasarnya adalah perkawinan yang telah disaksikan oleh para saksi serta disempurnakan dengan *ijāb* dan *qabūl*, hanya saja ia tidak dicatatkan dalam dokumen resmi pemerintah. Perkawinan seperti ini adalah perkawinan yang sah dan telah dianggap memenuhi rukun dan syarat. Sekalipun begitu, adanya dokumen resmi merupakan hal yang sangat penting demi untuk melindungi dampak hukum dari kehidupan suami-isteri.”<sup>282</sup>

Dalam kerangka ini pandangan MK dalam menilai pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang pencatatan perkawinan menemukan posisinya. MK menganggap pencatatan perkawinan hanya sebagai kewajiban administratif yang tidak berkaitan dengan sah tidaknya sebuah perkawinan, karena menurut MK, sahnya perkawinan ditentukan oleh terpenuhinya syarat-syarat yang ditentukan oleh agama masing-masing pasangan calon mempelai.<sup>283</sup> Namun demikian, pencatatan perkawinan sebagai kewajiban administratif

<sup>279</sup> Satria Effendi M. Zein, *Problematika Hukum*, hlm. 33

<sup>280</sup> Satria Effendi M. Zein, *Problematika Hukum*, hlm. 34

<sup>281</sup> Satria Effendi M. Zein, *Problematika Hukum*, hlm. 34

<sup>282</sup> Muḥammad Mutawallī al-Sha'rāwī, *Yasalūnaka fī al-Dīni wa al-Ḥayāh*, juz 1 (Kairo: al-Maktabah al-Tawfiqiyah, 2004), hlm. 332

<sup>283</sup> Lihat dalam, *Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*, hlm. 33

menurut MK memiliki makna penting yakni sebagai perwujudan fungsi negara untuk memberikan jaminan perlindungan dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan.<sup>284</sup> Selain itu pencatatan perkawinan difungsikan sebagai bukti otentik yang merekam terjadinya perkawinan sebagai perbuatan hukum yang berimplikasi terhadap akibat hukum yang sangat luas.<sup>285</sup>

Sampai di sini kiranya bisa dikatakan bahwa MK terhadap persoalan pencatatan perkawinan ini masih belum “berani” kalau enggan mengatakan masih “tersandera” oleh Penjelasan Umum angka 4 huruf b Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan yang dijadikan sebagai pertimbangan hukumnya.<sup>286</sup> Dalam penjelasan tersebut dikatakan:

“Dalam undang-undang ini dinyatakan, bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan disamping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte resmi yang juga dimuat dalam pencatatan”.<sup>287</sup>

Padahal jika kembali melihat sisi *maṣlahah* dibalik ketentuan pencatatan perkawinan –termasuk pertimbangan hukum MK –sebenarnya telah menjadi dalil yang kuat untuk mengatakan bahwa pencatatan perkawinan adalah syarat yang menentukan keabsahan perkawinan di samping ketentuan agama. Dalam hal ini patut diapresiasi pandangan al-Ṭūfi yang menyebutkan bahwa *maṣlahah* adalah dalil *shar’ī* yang paling otoritatif.<sup>288</sup> Sehingga dengan demikian, antara persyaratan yang ditentukan oleh agama dan persyaratan yang ditentukan oleh pemerintah tidak lagi dipilah ke dalam kategori syarat *shar’ī* dan *tawthīqī* atau dalam istilah MK antara ketentuan agama dan kewajiban administratif namun keduanya sama-sama berperan untuk menentukan sah tidaknya suatu perkawinan.

<sup>284</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 33

<sup>285</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 34

<sup>286</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 34

<sup>287</sup> Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1 Penjelasan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

<sup>288</sup> Saifuddin Zuhri, *Uṣūl al-Fiqh*, hlm. 127

Berbeda dengan pertimbangan MK tentang pencatatan yang masih “tersandera” dengan penjelasan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 sebagaimana yang telah disebutkan, terhadap penentuan nasab anak luar kawin yang *notabene*nya diatur dalam pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, MK telah menerobos bangunan “hitam-putih” positivisme hukum. Dalam putusannya, MK menganggap pasal tersebut inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Menurut MK adalah tidak adil ketika menghubungkan nasab anak luar kawin –terlepas dari makna anak luar kawin yang dimaksudkan MK sebagaimana akan diulas dalam uraian selanjutnya – hanya kepada ibu dan keluarga ibunya serta membebaskan hak-hak anak terhadap laki-laki sebagai ayah biologisnya.<sup>289</sup>

Melihat pada pertimbangan ini, MK sebenarnya telah mengoperasikan prinsip-prinsip yang diajarkan dalam hukum progresif. Hukum progresif tidak menghendaki manusia dikorbankan atas nama hukum namun hukumlah yang harus mengabdikan untuk mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.<sup>290</sup>

Keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan sebagai tujuan hukum merupakan pandangan yang dikemukakan oleh pengikut aliran etis dan aliran utilitis. Dalam aliran etis yang didukung –salah satunya –oleh Geny mengatakan bahwa hukum semata-mata bertujuan untuk merealisasikan keadilan.<sup>291</sup> Sedangkan dalam aliran utilitis dikatakan bahwa tujuan hukum adalah manfaat dalam menghasilkan kebahagiaan terbesar bagi jumlah orang yang terbanyak.<sup>292</sup> Berbeda dengan aliran normatif-yuridis yang memandang tujuan hukum adalah untuk menciptakan kepastian hukum<sup>293</sup> yang terwujud dalam kepastian undang-undang.<sup>294</sup>

Dalam setiap rumusan hukum, idealnya ketiga tujuan yang telah dirumuskan dalam teori etis, utilitis dan normatif-yuridis haruslah tercapai karena

<sup>289</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 35

<sup>290</sup> Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif*, hlm. 88-89

<sup>291</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2010), hlm. 99

<sup>292</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal*, hlm. 103

<sup>293</sup> Ahmad Rifa'i, *Penemuan*, hlm. 130

<sup>294</sup> Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, Vol. 1 (Jakarta: Kencana, 2009), hlm. 284

mengedepankan nilai keadilan saja belum tentu akan secara otomatis memberikan kepastian hukum, begitu juga sebaliknya, kepastian hukum tidak dapat menjamin keadilan hukum.<sup>295</sup> Namun ketika tiga tujuan itu tidak dapat terangkum dalam sebuah rumusan hukum, maka sebagaimana diajarkan oleh hukum progresif, keadilan dan kemanfaatanlah yang harus diutamakan.

Kemudian untuk melihat apakah putusan MK ini dapat dikategorikan sebagai pembaruan terhadap HKI ataukah sebaliknya perlu untuk membincang kembali mengenai makna pembaruan yang dikehendaki dalam tulisan ini, yakni upaya maksimal yang dilakukan untuk membuat formulasi hukum keluarga islam yang adaptif terhadap perkembangan zaman dan tentunya harus memenuhi “rukun” pembaruan yaitu tujuan, ijtihad, “pelaku” pembaruan, wilayah ijtihad, faktor penyebab terjadinya pembaruan hukum, dan fungsi hukum.

Dalam setiap pembaruan menurut hemat penulis tidak dapat dipisahkan dari “rukun” yang harus dipenuhi. Pembaruan haruslah memiliki tujuan untuk mewujudkan *kemaṣlahatan* manusia yang menurut al-Shāṭibī meliputi *maqāṣid al-ḍarūriyah*, *ḥājīyah* dan *taḥsīniyah*.<sup>296</sup> Dalam *maqāṣid al-ḍarūriyah*, salah satu hal yang harus diperjuangkan adalah *ḥifdz al-nasl*. Memperjuangkan *ḥifdz al-nasl* berarti melindungi terputusnya nasab seorang anak sehingga perzinahan dilarang. Untuk tujuan ini, putusan MK tentang pencatatan perkawinan dan nasab anak luar kawin telah memenuhi rukun pertama dalam pembaruan. Bukankah dalam putusan MK tersebut dapat dilihat sebagai upaya untuk mendukung terwujudnya *maqāṣid al-ḍarūriyah*? Pencatatan diarahkan sebagai kewajiban administratif yang dapat menjadi bukti otentik terjadinya perkawinan. Sedangkan penganuliran pasal yang menyebutkan anak luar kawin hanya bernasab kepada ibu dan keluarga ibunya adalah bentuk perlindungan terhadap kebersambungan anak kepada orang tuanya sebagai wujud *ḥifdz al-nasl*.

Dalam pembaruan hukum, ijtihad adalah instrumen yang digunakan untuk merumuskan sebuah hukum. Adakalanya rumusan hukum yang dihasilkan berupa penetapan hukum terhadap masalah-masalah baru yang belum ada ketentuan hukumnya atau mencari ketentuan hukum baru bagi suatu masalah yang sudah

<sup>295</sup> E. Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas), hlm. 102-103

<sup>296</sup> Isa Anshori, “Maqāṣid al-Sharī’ah, hlm. 15

ada ketentuan hukumnya tetapi tidak sesuai lagi dengan keadaan dan *kemashlahatan* manusia masa kini.<sup>297</sup> Melihat pada putusan MK khususnya terkait dengan nasab anak luar kawin, maka putusan tersebut dapat dikategorikan sebagai penetapan hukum dalam kemungkinan yang kedua, yaitu menetapkan hukum terhadap penentuan nasab anak yang telah diatur dalam pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 namun karena dianggapnya tidak sesuai dengan *kemashlahatan* maka diformulasikan ketentuan hukum baru yakni anak luar kawin bisa mempunyai hubungan nasab dengan ayah biologisnya.

Selanjutnya adalah “pelaku pembaruan” yang sering diistilahkan sebagai mujtahid. Dalam konteks Indonesia, mengacu pada pandangan Soerjono Soekanto, mujtahid tidak lagi ditinjau dari kategori mujtahid *mustaqil* ataupun mujtahid *muṭlak* namun dipilah sesuai dengan ajaran *trias politica* yang meliputi badan pembentuk hukum (legislatif), badan penegak hukum (yudisial) dan badan pelaksana hukum (eksekutif).<sup>298</sup> Dari tiga poros kekuasaan ini, MK masuk dalam kategori mujtahid bidang yudisial yang eksistensi dan kewenangannya diamanatkan oleh pasal 24 ayat (2) dan pasal 24 C ayat (1 dan 2) UUD 1945.

Masih berhubungan dengan persoalan ijtihad, dalam kajian *uṣūl al-fiqh* dinyatakan bahwa wilayah ijtihad hanya terbatas pada persoalan yang diatur berdasarkan *naṣ* yang *dzanni* sehingga pada persoalan yang telah diatur melalui *naṣ* yang *qaṭ’ī* tidak ada jalan untuk diijtihadi.<sup>299</sup> Kaitannya dengan putusan MK tentang nasab anak luar kawin yang selama ini dipersepsikan hanya bernasab kepada ibu dan keluarga ibunya menurut penulis masih berkuat pada persoalan yang diatur bukan berdasarkan *naṣ* yang *qaṭ’ī* sebagaimana akan diuraikan dalam bahasan selanjutnya, sehingga ijtihad hakim MK terhadap penentuan nasab anak luar kawin dapat dibenarkan.

Persoalan selanjutnya adalah mengenai faktor penyebab terjadinya pembaruan. Dilakukannya pembaruan adalah sebagai respon terhadap kemajuan yang menuntut adanya hukum untuk mengaturnya. Dalam hal ini, terdapat faktor-faktor yang mendorong adanya pembaruan termasuk dalam faktor ini

<sup>297</sup> Iskandar Usman, *Istihāsān*, hlm. 113

<sup>298</sup> Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia* (Jakarta: UI-Press, 1983), hlm. 156

<sup>299</sup> ‘Abdul Wahhab Khallāf, *‘Ilm al-Uṣūl*, hlm. 173

adalah kemajuan dalam bidang ilmu pengetahuan dan teknologi.<sup>300</sup> Pengakomodiran terhadap kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi ini terlihat dalam putusan MK yang secara tegas menyebutkan anak luar kawin memiliki hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya serta laki-laki sebagai ayahnya, dengan catatan hal tersebut dapat dibuktikan salah satunya dengan menggunakan penemuan-penemuan modern dalam bidang IPTEK.<sup>301</sup>

Penggunaan IPTEK sebagai salah satu alat bukti yang dapat digunakan untuk menentukan hubungan nasab seseorang akan semakin menjamin kepastian hubungan nasab. Mengacu kepada kasus perkawinan bawah tangan antara Aisyah Mochtar dan Moerdiono yang kemudian berimplikasi terhadap keabsahan anak yang dilahirkannya telah menunjukkan bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 hanya berkuat pada bukti formil yang ditunjukkan dengan adanya pencatatan perkawinan. Sementara kelahiran Muhammad Iqbal Ramadhan sebagai hasil perkawinan antara Aisyah Mochtar dan Moerdiono –jika kebenarannya bisa dibuktikan melalui perkembangan IPTEK –adalah kebenaran materiil yang tidak dapat diabaikan.

Jika terjadi pertentangan antara kebenaran formil dengan kebenaran materiil sebagaimana dalam kasus yang telah disebutkan ini, maka menurut hemat penulis, kebenaran materiil inilah yang harus diutamakan, karena sangat mungkin sebuah perkawinan yang secara formil telah dicatatkan namun secara materiil anak yang dilahirkan bukanlah hasil dari perkawinan antara laki-laki dan perempuan yang tercatat dalam akta nikah.

Tinjauan terakhir untuk menilai apakah putusan MK dapat dikategorikan sebagai pembaruan atau tidak adalah dari sisi fungsi hukum. Fungsi hukum dapat dilihat sebagai *social control* dan sebagai *social engineering*. Sebagai *social control*, hukum hanya sebagai penjaga *status quo*, sementara hukum sebagai *social engineering* bertujuan untuk melakukan perubahan.<sup>302</sup> Dalam kategori ini, maka putusan MK juga dapat dipilah ke dalam kategori *social control* dan *social engineering*. Kaitannya dengan pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun

---

<sup>300</sup> Abdul Manan, *Aspek-Aspek*, hlm. 161

<sup>301</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 35

<sup>302</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat* (Bandung: Angkasa, T.th), hlm. 117

1974, putusan MK berfungsi sebagai *control social* yang hanya menjadi pengawal *status quo*. Berbeda dengan putusan MK terhadap pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang sebenarnya telah berfungsi sebagai *social engineering*. Secara tidak langsung putusan tersebut menghendaki adanya tanggung jawab dari ayah biologis terhadap anak yang telah dibenihkannya yang sebelum adanya putusan MK, sengketa tentang sah tidaknya perkawinan telah dijadikan sebagai tempat berlindung untuk “lari” dari tanggung jawab. Karena pada prinsipnya, putusan tersebut –sebagaimana dikatakan Hamdan Zoelva – menyiratkan prinsip, siapa yang berbuat maka ia harus bertanggung jawab.<sup>303</sup>

Berdasarkan uraian di atas, maka secara umum putusan MK dengan Nomor 46/PUU-VIII/2010 dapat dinilai sebagai pembaruan hukum khususnya HKI yang tertuang dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Pembaruan yang dilakukan oleh MK ini mendapat dukungan dari fakta bahwa MK diberikan kewenangan yang boleh dibilang sangat istimewa sehingga tidak salah ketika Satjipto mengungkapkan di atas MK hanya ada langit,<sup>304</sup> minimal disebabkan oleh eksistensi putusannya yang dianggap sebagai putusan final dan mengikat sejak diucapkannya di depan sidang yang terbuka untuk umum sehingga tidak ada upaya hukum yang dapat dilakukan terhadap putusan MK.

Kenyataan ini semakin menguatkan bahwa pembaruan terhadap hukum keluarga tidak lagi menjadi dominasi pengadilan agama sebagaimana disinyalir salah satunya oleh Abdul Manan.<sup>305</sup> Menurut hemat penulis, dengan adanya MK sebagai lembaga kehakiman yang dinobatkan sebagai pengawal konstitusi justru memiliki peluang yang sangat besar untuk melakukan pembaruan terhadap HKI sebagaimana yang terjadi pada kasus *judicial review* Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Tentunya pernyataan ini juga tidak menghilangkan fungsi strategis pengadilan agama untuk melakukan pembaruan mengingat pengadilan agamalah

<sup>303</sup> Jawaban Hamdan Zoelva terhadap pertanyaan penulis dalam sesi diskusi seminar “Islam dan Negara Pancasila” yang diselenggarakan oleh Fakultas *Sharī’ah* UIN Maulana Malik Ibrahim Malang pada tanggal 29 November 2012. Hamdan Zoelva adalah Hakim Konstitusi yang dipilih oleh Presiden dan diangkat pada tahun 2010 menggantikan Mukthie Fadjar yang memasuki masa pensiun. Selain sebagai Hakim Konstitusi, Hamdan juga sebagai pengajar di Fakultas Hukum dan Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Islam *al-Shāfi’iyyah* Jakarta, juga sebagai Profesor Tamu pada China University of Political Science and Law, Beijing, China.

<sup>304</sup> Satjipto Rahardjo, *Pengakuan Hukum*, hlm. 164

<sup>305</sup> Abdul Manan, *Reformasi Hukum*, hlm. 199

yang menjadi “tempat bernaung” terhadap masalah-masalah *al-aḥwāl al-shakḥsiyah* hanya saja perlu diingat bahwa putusan Pengadilan Agama masih terbuka peluang untuk dilakukan upaya hukum mulai dari Banding, Kasasi hingga Peninjauan Kembali.

MK dalam hal ini –dengan mengacu pada teori *Trias Politica* yang membagi poros kekuasaan ke dalam kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif –maka ia tergolong ke dalam poros kekuasaan yudikatif sementara wilayah legislatif dijalankan oleh Dewan Perwakilan rakyat serta Presiden sebagai pelaksana kekuasaan eksekutif.<sup>306</sup> Ketiga poros kekuasaan ini, sama-sama berpeluang untuk melakukan pembaruan terhadap hukum, mengingat distribusi kekuasaan menyiratkan unsur *check and balances* dalam artian adanya keikutsertaan lebih dari satu cabang pemerintahan dalam menangani satu persoalan.<sup>307</sup> Eksekutif dapat melakukan pembaruan hukum melalui peraturan kebijakannya, sementara legislatif melalui peraturan perundang-undangan. Kemudian lembaga yudikatif melalui penetapan atau keputusan.

Adapun alasan yang turut mendukung dilakukannya pembaruan terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah kenyataan tentang lahirnya undang-undang tersebut yang mengatur tentang persoalan-persoalan *al-aḥwāl al-shakḥsiyah* merupakan produk hukum dalam konfigurasi politik yang otoriter sebagaimana telah dibahas dalam sub judul *Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam Perspektif Historis-Politis*. Secara umum pergulatan politik yang otoriter hanya akan melahirkan produk hukum yang ortodoks sehingga hukum hanya dijadikan sebagai alat untuk melancarkan program ideologi pemerintah.<sup>308</sup> Dalam konteks ini, maka Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang sejatinya menjadi instrumen hukum yang membahagiakan rakyat saat itu menjadi terkesampingkan sehingga bisa disinyalir lahirnya undang-undang tersebut hanya dijadikan sebagai pelipur lara pihak pemerintah dalam mencari simpati masyarakat muslim.

Sekalipun seperti yang telah diuraikan dalam bahasan sebelumnya, dalam bingkai sosiologis-filosofis Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 telah

<sup>306</sup> Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2009), hlm. 113

<sup>307</sup> Munir Fuady, *Teori*, hlm. 113

<sup>308</sup> Marzuki Wahid dan Rumadi, *Fiqh Madhhab*, hlm. 37

memberikan secercah harapan terhadap perbaikan nasib perempuan sehingga ini berarti kongres perempuan yang dianggap memiliki peranan penting dalam pembentukan undang-undang tersebut telah berhasil, namun tetap saja ia merupakan hasil kompromi antar fraksi di DPR,<sup>309</sup> yang kemudian dpositifkan ke dalam bentuk undang-undang. Positivisasi undang-undang cenderung mengandung substansi yang berbeda dari apa yang telah menjadi kelaziman dalam khazanah hukum rakyat,<sup>310</sup> sehingga dengan mengacu pada prinsip hukum progresif yang mengajarkan bahwa *law as process, law in the making*,<sup>311</sup> maka pembaruan terhadapnya merupakan satu keniscayaan sekalipun bukan berarti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 secara keseluruhan telah kehilangan “ruh”nya, melainkan pembaruan yang dalam istilah Hazairin “tambal-sulam”<sup>312</sup> terhadap ketentuan-ketentuan yang dinilai tidak sejalan dengan tuntutan masyarakat.

#### B. Memaknai Anak Luar Kawin dalam Putusan MK

Untuk memaknai anak luar kawin dalam putusan MK sebagaimana yang dikehendaki dalam bahasan ini dapat dilihat dari pertimbangan hukum yang dijadikan sebagai pijakan dalam menganulir pasal 43 ayat (1). Pertimbangan tersebut adalah sebagai berikut:

“Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak, sehingga hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya”.<sup>313</sup>

<sup>309</sup> Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam*, hlm. 23

<sup>310</sup> Soetandyo Wignjosubroto, *Hukum dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah* (Malang: Bayu Media, 2008), hlm. 122

<sup>311</sup> Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif*, hlm. 88-89

<sup>312</sup> Dikutip oleh Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam: Konsep Kewarisan Bilateral Hazairin* (Yogyakarta: UII Press, 2010), hlm. 187

<sup>313</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 35

Dari pertimbangan ini dapat dipastikan bahwa istilah anak luar kawin yang dimaksud dalam putusan MK hanyalah berkuat pada persoalan anak yang dihasilkan dari perkawinan bawah tangan dengan catatan dapat dibuktikan melalui ilmu pengetahuan dan teknologi ataupun bukti lain yang dapat menguatkan adanya hubungan antara anak dan ayah biologisnya karena menurut MK hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai ayah biologisnya tidak semata-mata hanya didasarkan pada ikatan perkawinan namun juga melalui pembuktian. Sehingga demi kepentingan anak, menghilangkan hubungan antara seorang anak dengan ayah biologisnya menjadi tidak adil.

“tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya.”<sup>314</sup>

Lebih tegas lagi pandangan yang dikemukakan oleh Maria Farida Indrati, salah satu Hakim MK yang menyatakan *concurring opinion*. Dalam hal ini, Maria mengatakan:

“potensi kerugian akibat perkawinan yang dilaksanakan tidak sesuai dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 merupakan risiko bagi laki-laki dan wanita yang melakukan perkawinan, tetapi bukan risiko yang harus ditanggung oleh anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Dengan demikian pemenuhan hak-hak anak yang terlahir dari suatu perkawinan, terlepas dari sah atau tidaknya perkawinan tersebut menurut hukum negara, tetap menjadi kewajiban kedua orang tua kandung atau kedua orang tua biologisnya.”<sup>315</sup>

Sampai di sini bisa dikatakan –sekalipun putusan tersebut dapat dikategorikan sebagai bentuk konkrit pembaruan terhadap HKI –jika hanya berkuat pada perlindungan terhadap anak yang dilahirkan dari perkawinan bawah tangan, putusan tersebut masih “setengah hati” dan sangat tidak sesuai dengan idealisme yang dituangkan dalam pertimbangan hukumnya. Dalam pertimbangannya, salah satunya menyebutkan bahwa kelahiran anak ke dunia bukanlah kelahiran yang diminta oleh sang anak, ataupun pertimbangan yang

<sup>314</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 34

<sup>315</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 44

dikemukakan oleh Maria Farida Indrati, kaitannya dengan sanksi baik hukum negara maupun hukum agama tidak mengenal konsep anak harus ikut menanggung sanksi akibat tindakan yang dilakukan oleh kedua orang tuanya. Dalam hal ini kita bisa bertanya, apakah anak luar kawin secara umum katakanlah anak hasil zina –menurut konsep islam –pernah meminta untuk dilahirkan dari pasangan *kumpul kebo*? jawabannya tentu tidak.

Menurut hemat saya tidak ada salahnya untuk memperluas cakupan anak luar kawin hingga mencakup anak hasil perzinahan. Hal ini sesuai dengan argumen MK bahwa secara alamiah setiap perempuan tidak mungkin hamil tanpa adanya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual ataupun cara lain berdasarkan perkembangan teknologi. Selain itu, tentang penentuan nasab sebagaimana ayat *al-Qur'ān* dan *ḥadīth* yang telah disebutkan dalam pembahasan sebelumnya tidak menunjukkan secara jelas tentang hubungan nasab. Dalam kedua dalil tersebut hanya memberikan penjelasan bahwa masa minimal kehamilan adalah enam bulan kemudian dalam *ḥadīth* nabi disebutkan bahwa seorang anak memiliki hubungan nasab kepada ayah biologisnya. Para ulamalah yang kemudian mempersempit wilayah kandungan dalil tersebut yang kemudian memformulasikan hukum bahwa anak yang dapat dinasabkan kepada ayah biologisnya hanyalah anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah serta usia minimal kehamilan selama enam bulan dipersyaratkan lagi harus terjadi dalam perkawinan yang sah pula, sehingga kehamilan di luar perkawinan yang sah tetap berimplikasi pada hubungan nasab antara anak dengan ibu dan keluarga ibunya tidak kepada ayah biologisnya.<sup>316</sup>

Jika hendak dikatakan bahwa dalil tersebut adalah dalil yang *qaṭ'i*, perlu dipertegas bahwa wilayah *qaṭ'i-dzanni* menurut Masdar Farid Mas'udi tidak pernah disebutkan dalam *al-Qurān* dan *ḥadīth* sehingga murni terma tersebut adalah kreasi para ulama dalam disiplin ilmu fiqh sebagai jalan pintas untuk menghindari terjadinya perdebatan sengit seputar ayat-ayat *mutashābih*. Dengan demikian, maka term *muḥkam-mutashābih* lebih berkonotasi terhadap ayat-ayat non-hukum, sedangkan *qaṭ'i-dzanni* lebih berkonotasi terhadap ayat-ayat

<sup>316</sup> Pemahaman di atas dianggap telah menjadi kesepakatan para ulama. Periksa dalam, M. Nurul Irfan, *Nasab*, hlm. 114-115

hukum.<sup>317</sup> Jika benar *qaṭ'ī-dzannī* hanya sebagai “pelarian” dari term *muḥkam-mutashābih*, maka penting untuk dicatat terminologi *muḥkam-mutashābih* sebagaimana dikutip oleh Yūsuf al-Qarḍāwī dari kitab *Aqāwīl al-Thābit* yang ditulis oleh shaikh Mar'ī yaitu sebagai berikut:

1. *Muḥkamat*: artinya jelas, *mutashābihat* adalah sebaliknya;
2. *Muḥkamat* adalah yang tidak bisa *dita'wīl* dan hanya mempunyai satu arti saja, sedangkan *mutashābihat* adalah yang mengandung beberapa arti;
3. *Muḥkamat* adalah yang tidak bisa *dita'wīl*, sementara *mutashābihat* adalah yang tidak dapat diketahui kecuali dengan *dita'wīl* terlebih dahulu;
4. *Muḥkamat* adalah lafadz yang tidak diulang-ulang, sedangkan *mutashābihat* adalah kisah dan perumpamaan-perumpamaan;
5. *Muḥkamat* adalah yang bisa diketahui oleh orang-orang yang dalam ilmunya, sementara *mutashābihat* adalah yang hanya diketahui oleh Allah saja;
6. *Muḥkamat* adalah huruf *muqāṭa'ah* di awal surat, sedangkan *mutashābihat* adalah yang bukan huruf *muqāṭa'ah*;
7. *Muḥkamat* adalah ayat yang bisa diketahui sekalipun dengan *ta'wīl*, sedangkan *mutashābihat* hanya diketahui oleh Allah saja seperti huruf *muqāṭa'ah*;
8. *Muḥkamat* adalah yang tidak memiliki berbagai kemungkinan, sementara *mutashābihat* adalah mengandung berbagai kemungkinan yang bertentangan.<sup>318</sup>

Alasan *keqaṭ'ian* dalil tentang penentuan nasab yang selama ini dianggap sebagai pemahaman yang final dapat dipahami dari kajian *uṣūl al-fiqh* yang

<sup>317</sup> Lihat, Masdar Farid Mas'udi, “Memahami Ajaran Suci Dengan Pendekatan Transformatif” dalam, *Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam* (Jakarta: Pustaka Panjimas, T.th), hlm. 184.

<sup>318</sup> Yusūf al-Qarḍāwī, *Akidah salaf dan khalaf*, (terj), (Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 2006), hlm. 23; pandangan menarik terhadap pemaknaan term *Muḥkamat* dikemukakan oleh Muḥammad Shahrūr yang selanjutnya dikutip oleh Muhyar Fanani. Dalam pandangan pemikir kontroversial itu, ayat *Muḥkamat* adalah sekumpulan ayat yang mencerminkan risalah Muhammad, bahkan dalam ayat-ayat itulah letak risalah beliau yang sifatnya *ḥudūdī* bukan *'aynīy*. Periksa, Muhyar Fanani, *Fiqh Madani* (Yogyakarta: LkiS, 2009), hlm. 148-149

didalamnya diajarkan tentang tinjauan lafadz dari segi *wuḍūh al-dilālah min nāhiyat al-mufassar* yang dengan tegas dikatakan bahwa hukum mengamalkannya adalah wajib sesuai dengan pengertian yang ditunjuk oleh dalālahnya. Contoh yang dapat dikemukakan misalnya mengenai sanksi bagi pezina yaitu didera sebanyak seratus kali, sanksi bagi pencuri yakni potong tangan<sup>319</sup> maupun pembagian harta warisan<sup>320</sup> juga dapat dimasukkan ke dalam contoh *mufassar* ini karena hukuman pezina, pencuri maupun pembagian harta warisan ini telah dijelaskan secara rinci oleh *al-Qurān*, sehingga persoalan ini bisa dikatakan sebagai hukum yang *qaṭ'ī*, maka konsekuensinya tentu saja tidak boleh dilakukan sebuah ijtihad terhadapnya. Namun kenyataan yang ada, sering kali hukuman yang telah ditegaskan oleh *al-Qurān* secara *mufassar* ini tidaklah diberlakukan sebagaimana bunyi ayatnya. Hukuman terhadap pencuri maupun pezina bukan lagi potong tangan ataupun dera, begitupun dengan pembagian harta warisan, tidak sedikit yang terjadi adalah pembagian secara merata atau bahkan sebaliknya, justru perempuanlah yang lebih banyak mendapatkan bagian.

Pemberlakuan hukum-hukum yang di satu sisi dianggap “melanggar” aturan yang *qaṭ'ī* ini, sebenarnya mengantarkan kepada kita untuk memberikan tipologi terhadap ke*qaṭ'ian* sebuah lafadz, disamping *qaṭ'ī al-wurūd* dan *dalālah*, juga dibutuhkan *qaṭ'ī al-taṭbīqiyah*, sehingga dengan demikian terhadap ayat yang dianggap telah *qaṭ'ī* secara *wurūd* dan *dalālah*, masih bisa dimasuki ruang ijtihad terhadap persoalan *taṭbīqnya*. Melalui perluasan pemahaman ini, ayat-ayat *al-Qurān* maupun *hadīth* tidak berposisi sebagai komposisi “benda mati” yang tidak dapat dipahami dalam konteks kekinian.

Termasuk dalam hal ini adalah persoalan penentuan nasab anak luar kawin dalam kategori anak zina dalam pandangan Islam. Sekalipun dalil yang berbicara tentang nasab anak luar kawin ini hendak di posisikan sebagai dalil yang sifatnya *qaṭ'ī*, tidak serta merta ia “ditutup” rapat untuk diinterpretasi ulang karena

<sup>319</sup> Sebagaimana terdapat dalam surat al-Māidah ayat 38:

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾

38. laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.

<sup>320</sup> Lihat dalam surat al-Nisā': 11

penentuan nasab anak zina kepada kedua orang tuanya tidak bertentangan dengan teks suci keagamaan. Hal ini menurut hemat penulis perlu dipilah antara perkawinan yang dinilai sebagai ibadah –sekalipun masih *debatable*<sup>321</sup>–dengan perlindungan terhadap anak sebagai kategori muamalat. Kembali lagi pada teori *maṣlahah* al-Ṭūfi, dalam ranah muamalah *kemaṣlahatan* menjadi dalil otoritatif yang bisa mengalahkan posisi *naṣ*.

Lalu pertanyaannya, apakah dengan mengakui keabsahan nasab anak zina dengan ayah biologisnya berarti memberikan peluang maraknya perzinahan? Jawabannya tentu tidak serta merta mengiakkannya. Untuk menjawabnya dapat dilihat dari dua sudut pandang. Dari sudut pandang laki-laki, ketentuan bahwa anak luar kawin termasuk anak zina sekalipun memiliki hak untuk mendapatkan hak-hak keperdataannya akan menekan tingkat persetubuhan di luar perkawinan yang sah, karena setiap laki-laki sebagai ayah biologisnya memiliki tanggung jawab terhadap anak yang telah dilahirkan. Sedangkan dari sudut pandang perempuan, ketentuan tersebut menjadi kontraproduktif karena seorang perempuan tidak akan khawatir lagi untuk berhubungan seks di luar perkawinan yang sah dengan alasan suatu saat jika ia melahirkan seorang anak sebagai hasil dari hubungan seks luar kawin tetap memiliki hubungan keperdataan dengan laki-laki yang menghamilinya.<sup>322</sup>

Kekhawatiran terhadap ketentuan tentang legalitas keperdataan anak luar kawin dengan ayah biologisnya sebagai “pintu” maraknya perzinahan menurut saya juga dapat diantisipasi melalui sanksi psikologis. Belajar pada pandangan hakim konstitusi, Maria Farida Indrati, bahwa baik hukum islam ataupun hukum negara pada hakikatnya tidak mengenal konsep “dosa” turunan yang dalam konteks perkawinan dapat diterjemahkan ke dalam pemahaman bahwa resiko dari perkawinan yang tidak mengindahkan aturan main yang telah ditentukan merupakan resiko bagi laki-laki dan perempuan yang melakukannya, bukan resiko yang harus ditanggung oleh anak yang dilahirkan dalam perkawinan

<sup>321</sup> Misalnya ulama *Shāfi’iyah* yang menilai perkawinan sebagai amalan-amalan *dunyāwiyah* bukan termasuk ke dalam ranah ibadah, sehingga perkawinan tidaklah berbeda dengan aktifitas jual beli dan yang semisalnya. Wahbah al-Zuhayfi, *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*, jilid 9 (Damaskus: Dār al-Fikr, 2006), hlm. 6. 519

<sup>322</sup> D. Y. Witanto, *Hukum Keluarga: Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin* (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2012), hlm. 249-250

tersebut.<sup>323</sup> Arti penting dari pandangan ini, anak tidak boleh dikorbankan dalam kondisi apapun sehingga dalam hal ini dapat dirumuskan hukum baru “anak berhak menuntut hak-hak keperdataannya yang sekaligus menjadi kewajiban dari ayah-ibu biologisnya. Namun sebaliknya, bapak-ibu biologis dari anak yang dihasilkan di luar perkawinan tidak dapat menuntut hak-hak keperdataannya sehingga dengan demikian, anak tidak memiliki kewajiban”.

Sampai di sini, kiranya apa yang telah diputuskan oleh MK terkait dengan nasab anak luar kawin tidaklah menyalahi ketentuan agama mengingat putusan tersebut hanya berkuat pada wilayah anak yang dihasilkan dari perkawinan bawah tangan yang penulis anggap sebagai putusan “setengah hati”. Selain itu, dari uraian di atas juga terlihat bahwa “penentangan” sebagian kelompok terhadap putusan tersebut menurut hemat saya bukan didasarkan pada pertimbangan logis namun hanya di dasarkan pada sensitifitas teologis semata. Hal ini harus diakui karena memang dalam identifikasi para pakar, masalah-masalah yang dihadapi dalam kehidupan sosial teridentifikasi ke dalam dua tipologi sebagaimana dikatakan oleh Mochtar Kusumaatmadja:

“masalah-masalah yang langsung mengenai kehidupan pribadi seseorang dan erat hubungannya dengan kehidupan budaya dan spiritual masyarakat dan masalah-masalah yang bertalian dengan masyarakat dan kemajuan pada umumnya bersifat netral dilihat dari sudut kebudayaan.”<sup>324</sup>

Dua bidang permasalahan di atas, memiliki implikasi yang berbeda dalam hal penerimaannya terhadap pembaruan. Pada kategori pertama, sangat sulit untuk dilakukan pembaruan karena masalah yang terkandung di dalamnya bersentuhan langsung dengan tindakan yang merupakan ekspresi dari keyakinan-keyakinan yang telah menjadi ideologis. Persoalan perkawinan masuk dalam kategori ini, sehingga dengan sendirinya tidak akan banyak mengalami pembaruan sekalipun dengan dibentuk undang-undang.<sup>325</sup> Sedangkan pada masalah yang termasuk ke dalam kategori kedua pembaruan hukum lebih mudah

<sup>323</sup> Periksa kembali, *Putusan Mahkamah*, hlm. 44

<sup>324</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum*, hlm. 90

<sup>325</sup> Lihat dalam, Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum*, hlm. 161; Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat* (Bandung: Angkasa, T.th), hlm. 121

dilakukan karena masalah yang terjadi dalam masalah ini misalnya hukum perseroan, hukum kontrak dan hukum lalu lintas akan mudah terselesaikan.<sup>326</sup>

Pandangan di atas menemukan kebenarannya jika melihat resistensi sebagian masyarakat terhadap putusan MK tentang nasab anak luar kawin, padahal ketentuan tentang nasab anak luar kawin yang selama ini dipersepsikan hanya memiliki hubungan perdata terhadap ibu dan keluarga ibu hanyalah hasil interpretasi (fiqih) terhadap dalil-dalil *al-Qurān* dan *ḥadīth (sharī'ah)*. Sehingga boleh jadi benar analisis Ahmad Rofiq yang mengidentifikasi faktor-faktor penghambat pembaruan HKI di Indonesia yang diantaranya adalah persepsi masyarakat yang mengidentikkan antara fiqih dan *sharī'ah*.<sup>327</sup> Padahal antara keduanya sangatlah berbeda, fiqih adalah kreasi intelektual para ulama yang tidak ada “garansi” akan kebenarannya, karena siapapun ulamanya pastilah ia berfikir sesuai dengan ruang dan waktu dimana mereka berada sementara *sharī'ah* adalah *naṣ* yang memiliki kebenaran mutlak.

Dengan melihat pada pertimbangan hukum MK yang tertera pada angka (3.15) yang menyatakan:

“Adapun Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yakni inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya”.<sup>328</sup>

menunjukkan bahwa putusan tersebut berpijak pada *stufenbau theorie* yang pada intinya mengajarkan bahwa peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Jika dikaitkan dengan hirarki peraturan di Indonesia, maka peraturan tertinggi adalah UUD 1945. Kembali kepada penilaian MK bahwa pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bertentangan dengan UUD 1945 yang dimaksudkan dalam hal ini antara lain adalah pasal 28 B ayat (1) UUD 1945. Pasal 28 B ayat (1) UUD 1945 menyebutkan setiap orang

<sup>326</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum*, hlm. 90

<sup>327</sup> Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum*, hlm. 101

<sup>328</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 36

berhak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.<sup>329</sup>

Dari sini terlihat konsistensi putusan MK terhadap pencatatan perkawinan dan nasab anak luar kawin. MK yang sejak awal memutuskan bahwa pencatatan perkawinan hanyalah kewajiban administratif yang tidak berkaitan dengan sah tidaknya suatu perkawinan sehingga implikasi yang ditimbulkan dari perkawinan yang tidak dicatatkan juga bersifat praktis-administratif bukan sanksi yang menghilangkan kebersambungan nasab antara anak dan ayah biologisnya sebagaimana disebutkan dalam pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Sanksi praktis-administratif ini sebagaimana terlihat dalam pertimbangan MK yang menyatakan:

“dengan dimilikinya bukti otentik perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan dapat terlindungi dan terlayani dengan baik, karena tidak diperlukan proses pembuktian yang memakan waktu, uang, tenaga, dan pikiran yang lebih banyak, seperti pembuktian mengenai asal-usul anak dalam Pasal 55 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang mengatur bahwa bila asal-usul anak tidak dapat dibuktikan dengan akta otentik maka mengenai hal itu akan ditetapkan dengan putusan pengadilan yang berwenang. Pembuktian yang demikian pasti tidak lebih efektif dan efisien bila dibandingkan dengan adanya akta otentik sebagai buktinya”.<sup>330</sup>

Pasal lain yang dianggap telah “dilanggar” oleh pemberlakuan pasal 43 ayat (1) adalah pasal 28 B ayat (2) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.<sup>331</sup> Pemutusan hubungan nasab dengan ayah biologis seperti dimaksudkan dalam pasal 43 ayat (1) sebagai sanksi dari perkawinan kedua orang tuanya yang dianggap tidak sah secara hukum adalah tindakan kekerasan terhadap anak. Bukankah kekerasan terhadap anak tidak hanya meliputi kekerasan fisik namun juga kekerasan psikis sebagaimana disebutkan dalam penjelasan terhadap pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.<sup>332</sup> Alasan ini pulalah yang dijadikan

<sup>329</sup> Lembaran Negara RI, UUD 1945

<sup>330</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 34

<sup>331</sup> Lembaran Negara RI, UUD 1945

<sup>332</sup> Dalam Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menyebutkan Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain mana pun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan:

a) diskriminasi;

sebagai pertimbangan oleh MK bahwa anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat.<sup>333</sup>

Dalam kajian *islamic legal jurisprudence* juga ditemukan penjenjangan dalam sumber hukum, yang secara berurutan disebutkan urutan sumber hukum yaitu, *al-Qurān*, *ḥadīth*, *ijmā'* dan *qiyās*. Jika dikonfrontir dengan pandangan al-Ṭūfi yang menempatkan *maṣlaḥah* sebagai dalil *shar'ī* yang paling otoritatif, maka berarti baik *al-Qurān*, *ḥadīth*, *ijmā'* maupun hasil penalaran analogis (baca: *qiyās*) tidak boleh bertentangan dengan aspek-aspek kemaṣlaḥatan. Pandangan al-Ṭūfi memang cukup beralasan, karena memang sebagaimana dikemukakan oleh golongan *Mu'tazilah*, *Matūridiyah*, dan sebagian *madhhab Ḥanbali* dan *Māliki* menyatakan bahwa segala hukum islam terkait dengan *maṣlaḥah*.<sup>334</sup> Kaitannya dengan penentuan nasab anak luar kawin, maka demi pertimbangan kemaṣlaḥatan sebagaimana terlihat dalam uraian pertimbangan putusan MK ini menjadi alasan yang sangat kuat untuk mengunggulkan *maṣlaḥah* dari pada berpegang pada dalil yang masih bersifat *dzannī*. Dengan demikian, maka secara hirarkis, penganuliran pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 sangat beralasan.

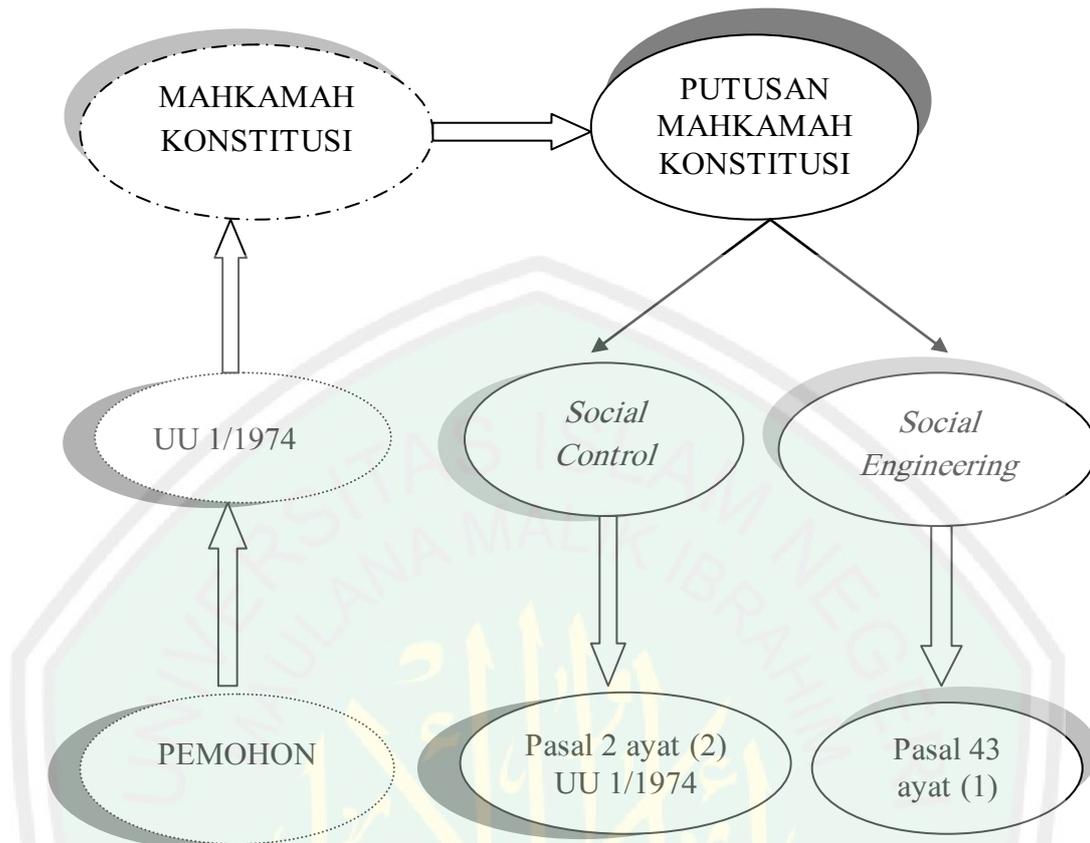
Putusan ini sekaligus mengindikasikan bahwa pembaruan terhadap HKI pasca terbentuknya MK sebagai lembaga kehakiman yang diberikan kewenangan –salah satunya –adalah melakukan *judicial review* adalah bersifat *bottom-up*, dalam artian, pembaruan dilakukan atas dasar tuntutan dari kelompok sosial ataupun individu. Model pembaruan seperti ini akan melahirkan produk hukum yang responsif terhadap tuntutan-tuntutan yang dikehendaki oleh masyarakat. Untuk lebih jelasnya dapat digambarkan dalam bentuk bagan berikut ini:

- 
- b) eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual;
  - c) penelantaran;
  - d) kejahatan, kekerasan, dan penganiayaan;
  - e) ketidakadilan;
  - f) perlakuan salah lainnya.

Kemudian dalam penjelasannya terhadap pasal 13 ayat (1) tepatnya pada huruf d dinyatakan bahwa perlakuan yang kejam, misalnya tindakan atau perbuatan secara zalim, keji, bengis, atau tidak menaruh belas kasihan kepada anak. Perlakuan kekerasan dan penganiayaan, misalnya perbuatan melukai dan/atau mencederai anak, dan tidak semata-mata fisik, tetapi juga mental dan sosial.

<sup>333</sup> *Putusan Mahkamah*, hlm. 35

<sup>334</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum*, hlm. 72



Tabel 2: Arah pembaruan HKI pasca terbentuknya MK (contoh kasus *judicial review* Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974)

Dalam tabel di atas, pemohon yang ditempatkan sebagai faktor pendorong dilakukannya pembaruan terhadap hukum melalui permohonan uji materi atas sebuah undang-undang yang dianggap inkonstitusional meliputi pengertian masyarakat secara luas. Sesuai dengan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang menyebutkan bahwa pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

1. perorangan warga negara Indonesia;
2. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
3. badan hukum publik atau privat;

#### 4. lembaga negara.<sup>335</sup>

Dimasukkannya perorangan sebagai pemohon terhadap uji materi memberikan peluang terjadinya pembaruan hukum yang bersifat *bottom-up* seperti yang terjadi pada uji materi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang *notabene*nya berasal dari permohonan uji materi perorangan yang kemudian MK memberikan putusan bahwa pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah konstitusional sedangkan pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah *conditionally unconstitutional*. Dari sini dapat dikatakan bahwa pada pasal 2 ayat (2) putusan MK berfungsi sebagai *social control* dengan kata lain mempertahankan *status quo*, sedangkan pada pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 putusan tersebut berfungsi sebagai *social engineering* yang telah menganulir peraturan formalnya.

Pembaruan terhadap hukum yang bersifat *bottom-up* identik dengan upaya pembaruan hukum yang diusung oleh rakyat sehingga kendala yang akan dihadapi adalah faktor politik baik internal maupun eksternal. Secara internal kekuatan politik yang mendorong pembaruan hukum versi rakyat masih sangat lemah karena para pelaku yang terserak dalam berbagai isu dan organisasi di tanah air masih membutuhkan konsolidasi. Sedangkan secara eksternal, kenyataan menunjukkan tidak kuatnya komitmen politik para penyelenggara negara untuk tunduk pada kehendak rakyatnya.<sup>336</sup> Namun bagaimanapun, pembaruan terhadap hukum akan tetap terjadi manakala kedua unsurnya telah bertemu pada satu titik singgung, yaitu keadaan baru yang timbul dan kesadaran akan perlunya perubahan pada masyarakat yang bersangkutan.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

<sup>336</sup> Dadang Trisasongko, "Pembaruan Hukum di Jaman yang Sedang Berubah", dalam, *Jentera: Jurnal Hukum*, Edisi 3, Tahun II, November 2004, hlm. 54-55

<sup>337</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, hlm. 101

## BAB V

### PENUTUP

#### A. Kesimpulan

Secara umum Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang pada intinya memuat dua putusan ini dapat dikategorikan sebagai pembaruan terhadap HKI yang termuat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Dalam putusan ini pada intinya memuat dua putusan yaitu tentang pencatatan perkawinan yang diatur oleh pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan putusan tentang nasab anak luar kawin yang diatur dalam pasal 43 ayat (1).

Dari kedua persoalan ini, MK memutuskan bahwa pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 konstitusional sementara pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dinilai sebagai pasal yang inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Terhadap pencatatan perkawinan, MK memutuskan bahwa ia hanyalah sebagai kewajiban administratif belaka, sehingga perkawinan yang tidak dicatatkan hanya berimplikasi praktis menyangkut efisiensi pembuktian. Sebenarnya dengan mempertimbangkan berbagai argumen yang telah penulis uraikan, menjadikan pencatatan perkawinan sebagai persyaratan yang juga berimplikasi terhadap sah tidaknya perkawinan telah menemukan alasan yang kuat, sehingga tidak lagi dipilah ke dalam kategori syarat *shar'ī* dan *tawthīqī*.

Adapun terkait dengan pemaknaan anak luar kawin dalam putusan MK ini, dengan mengacu kepada pertimbangan-pertimbangan hukum yang tertuang dalam putusan tersebut maka sebenarnya cakupan anak luar kawin hanyalah anak yang dihasilkan dari perkawinan bawah tangan. Putusan ini pun masih “setengah hati” untuk memberikan perlindungan terhadap anak luar kawin bahkan terhadap anak hasil zina (dalam konsep islam). Mengingat penentuan nasab anak zina yang sebenarnya tidak diatur melalui dalil *qat'ī* melainkan interpretasi para ulama.

#### B. Saran

Dari hasil penelitian ini, terdapat beberapa saran yang perlu penulis kemukakan sebagai tindak lanjut terhadap temuan kajian ini. Pertama, perlu dilakukan unifikasi ketentuan terhadap dua ayat yang terdapat dalam pasal 2

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yakni ayat (1) dan (2) apakah kedua ayat tersebut merupakan satu kesatuan ayat yang bersifat kumulatif ataukah dua ayat yang saling terpisah, karena dua ayat tersebut menurut penulis memiliki hubungan kausalitas dengan pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Kedua, diperlukan adanya pembaruan terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dengan memberikan aturan perlakuan hukum yang tegas terhadap anak luar kawin serta terhadap laki-laki dan perempuan sebagai ayah-ibu yang menyebabkan lahirnya anak luar kawin dengan berprinsip pada “setiap anak yang dilahirkan adalah suci tanpa bisa dibebani oleh dosa kedua orang tua yang melahirkannya”.



## DAFTAR PUSTAKA

### A. Buku dan Hasil Penelitian

- Abdullah, Sulaiman, *Dinamika Qiyās dalam Pembaruan Hukum Islam* (Jakarta: Pedoman Ilmu Jaya, 1996)
- Ali, Mohammad Daud, *Hukum Islam dan Peradilan Agama* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002)
- \_\_\_\_\_, “Hukum Islam, Undang-Undang Peradilan Agama dan Masalahnya”, dalam, Cik Hasan Bisri (Peny.), *Hukum Islam dalam Tatanan Masyarakat Indonesia* (Ciputat: PT. Logos Wacana Ilmu, 1998)
- Ali, Achmad, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, Vol. 1 (Jakarta: Kencana, 2009)
- Ananda, Faisar, “Qaṭ’ī dan Dzannī dalam Teori Hukum Islam: Sebuah Tinjauan Legal Historis”, dalam, *Analytica Islamica*, Vol. 8, No. I, 2006
- Anshori, Abdul Ghofur, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam: Konsep Kewarisan Bilateral Hazairin* (Yogyakarta: UII Press, 2010)
- \_\_\_\_\_, *Filsafat Hukum: Sejarah, Aliran dan Pemaknaan* (Yogyakarta: Gajahmada University Press, 2006)
- \_\_\_\_\_, *Hukum Perkawinan Islam Perspektif Fikih dan Hukum Positif* (Yogyakarta: UII Press, 2011)
- Asshiddiqie, Jimly, *Komentaris atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009)
- \_\_\_\_\_, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010)
- \_\_\_\_\_, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi* (Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer, 2007)
- \_\_\_\_\_, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Cet. 1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2010)
- Arto, Mukti, *Praktek Perkara Perdata*, cet. 6 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005)
- Aripin, Jaenal, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2008)
- Alam, Andi Syamsu dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam* (Jakarta: Kencana, 2008)
- Asmawi, *Perbandingan Uṣūl al-Fiqh* (Jakarta: Amzah, 2011)

- Asni, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia: Telaah Epistemologis Kedudukan Perempuan dalam Hukum Keluarga* (Jakarta: Kementerian Agama Republik Indonesia, 2012)
- Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, edisi 1, cet. 3 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006)
- Anshori, Isa, “Maqāṣid al-Sharī’ah sebagai Landasan Etika Global”, dalam, *Jurnal Hukum Islam*, Vol. 01, No.01, Maret 2009
- Aibak, Kutbuddin, *Metodologi Pembaruan Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2008)
- Al-Qarḍāwī, Yusūf, *Akidah salaf dan khalaf, (terj)*, (Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 2006)
- \_\_\_\_\_, *Dirāsah fī Fiqh Maqāṣid Sharī’ah*, diterjemahkan oleh Arif Munandar Riswanto, *Fiqh Maqāṣid Sharī’ah* (Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 2007)
- Atmasasmita, Romli, *Teori Hukum Integratif: Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, cet. I (Yogyakarta: Genta Publishing, 2012)
- Al-Asqalānī, Ibn Hajar, *Fath al-Bārī*, juz XII (Beirūt: Dār al-Fikr, t.th)
- Al-Zarqā, Muṣṭafā Aḥmad, *al-Istiṣlāh wa al-Maṣālih al-Mursalāh fī al-Sharī’ah al-Islāmiyah wa Uṣūl al-Fiqh*, diterjemahkan oleh Ade Dedi Rohayana, *Hukum Islam dan Perubahan Sosial*, cet. I (Jakarta: Riora Cipta, 2000)
- Al-Zuhayli, Wahbah, *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*, jilid 9 (Damaskus: Dār al-Fikr, 2006)
- Azizy, A. Qodri, *Hukum Nasional: Eklektisisme Hukum Islam dan Hukum Umum* (Jakarta: Teraju, 2004)
- Bahri, Samsul, *Metodologi Hukum Islam* (Yogyakarta: Teras, 2008)
- Barkatullah, Abdul Halim dan Teguh Prasetyo, *Hukum Islam Menjawab Tantangan Zaman yang selalu Berkembang* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006)
- Basyir, Ahmad Azhar, *Hukum Perkawinan Islam* (Yogyakarta: UII Press, 1999)
- Budiarti, Rita Triani, *Kontroversi Mahfud MD Jilid I*, cet. I (Jakarta: Konstitusi Press, 2012)
- Bisri, Cik Hasan, *Pilar-Pilar Penelitian Hukum Islam dan Pranata Sosial* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2004), hlm. 288

- \_\_\_\_\_, “Aspek-Aspek Sosiologis Hukum Islam di Indonesia”, dalam, Cik Hasan Bisri (Peny.), *Hukum Islam dalam Tata Masyarakat Indonesia* (Ciputat: PT. Logos Wacana Ilmu, 1998)
- Bisri, Adib dan Munawwir A. Fattah, *Kamus al-Bishrī* (Surabaya: Pustaka Progresif, 1999)
- Dahlan, Moh., *Abdullah Ahmed an-Na'im: Epistemologi Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009)
- Dahlan, Abd. Rahman, *Uṣūl al-Fiqih* (Jakarta: Amzah, 2010)
- Departemen Agama RI., *al-Qurān dan Terjemahnya* (Mamlakah al-‘Arabiyah: Khādimul Ḥaramain al-Sharīfain, T.th)
- Djubaidah, Neng, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan tidak Dicatat* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012)
- Djamil, Fathurrahman, “Pengakuan Anak Luar Nikah dan Akibat Hukumnya”, dalam, Chuzaimah T. Yanggo dan HA. Hafiz Anshary AZ (Ed.), *Problematika Hukum Islam Kontemporer* (Jakarta: Pustaka Firdaus, 1996)
- Dhakidae, Daniel, *Cendekiawan dan Kekuasaan dalam Negara Orde Baru* (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003)
- Fanani, Muhyar, *Fiqih Madani* (Yogyakarta: LkiS, 2009)
- \_\_\_\_\_, *Membumikan Hukum Langit* (Yogyakarta: Tiara Wacana, 2008)
- Fauziah, Begum, “Pertentangan Implementasi Aturan Konstitusi dan *Sharī’ah* dari Putusan Uji Materi Mahkamah Konstitusi pada UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 43 Ayat 1”, dalam, *Egalita: Jurnal Kesetaraan dan Keadilan Gender*, Volume VII No. 1 Januari 2012
- Fadjar, A. Mukthie, *Tipe Negara Hukum* (Malang: Bayumedia Publishing, 2005)
- Fuady, Munir, *Teori Negara Hukum Modern* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2009)
- Gunaryo, Achmad, *Pergumulan Politik dan Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006)
- Halim, Abdul, *Politik Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Depag RI., T.th.)
- Ḥamīd, Muḥammad Muḥyiddīn Abdul, *al-Aḥwāl al-Shakhsīyah fī al-Sharī’ah al-Islāmiyah* (Beirūt: Dār al-Kutub al-Islāmiyah, 2003)
- Haq, Hamka, *al-Shāḥībī: Aspek Teologis Konsep Maṣlaḥah dalam Kitāb al-Muwāfaqāt* (T. Tp.: Penerbit Erlangga, 2007)

- Hartono, C. F. G. Sunaryati, *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir Abad ke-20* (Bandung: Alumni, 1994)
- Himawan, Anang Haris, “Refleksi Pemikiran Hukum Islam: Upaya Menangkap Makna dan Simbol Keagamaan”, dalam, Anang Haris Himawan (peny.), *Epistemologi Shara’: Mencari Format Baru Fiqh Indonesia*, cet. I (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2000)
- Handoyo, B. Hestu Cipto, *Prinsip-Prinsip Legal Drafting dan Desain Naskah Akademik* (Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2008)
- Hasan, Kamal, *Modernisasi Indonesia: Respon Cendekiawan Muslim* (Jakarta: Lingkaran Studi Indonesia, 1987)
- Huda, Miftakhul, “Ultra Petita dalam Pengujian Undang-Undang”, dalam, *Jurnal Konstitusi, Volume 4, Nomor 3, September 2007*
- Huda, Ni’matul, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review* (Yogyakarta: UII Press, 2005)
- HR., Ridwan, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006)
- Ibrahim, Johnny, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, cet. 3 (Malang: Bayu Media, 2007)
- Idri, *Epistemologi Ilmu Pengetahuan dan Keilmuan Hukum Islam* (Jakarta: Lintas Pustaka, 2008), hlm. 116
- Irfan, M. Nurul, *Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam*, cet. I (Jakarta: Amzah, 2012)
- Isra, Saldi, *Pergeseran Fungsi Legislasi* (Jakarta: Rajawali Pers, 2010)
- Jazuni, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005)
- Kusumaatmadja, Mochtar, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan* (Bandung: Alumni, 2006)
- Khallāf, Abdul Wahhab, *‘Ilm al-Uṣūl al-Fiqh* (Beirūt: Dār al-Kutūb ‘Ilmiyah, 2007)
- Latif, Abdul dan Hasbi Ali, *Politik Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010)
- Lutfi, Mustafa, *Hukum Sengketa Pemilukada di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2010)
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, cet. 3 (Jakarta: Kencana, 2007)
- Malarangan, Hilal, “Pembaruan Hukum Islam dalam Hukum Keluarga di Indonesia”, dalam, *Jurnal Hunafa Vol. 5 No. 1, April 2008*

- Manan, Munafrizal, *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Konstitusi* (Bandung: Mandar Maju, 2012)
- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2010)
- M. Zein, Satria Effendi, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer* (Jakarta: Kencana, 2004)
- M. Mangunsong, Parlin, "Pembatasan Kekuasaan Melalui Hukum Administrasi Negara" dalam, S. F. Marbun, dkk., *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara* (Yogyakarta: UII Press, 2001)
- M. Manullang, E. Fernando, *Menggapai Hukum Berkeadilan* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas)
- M. Hadjon, Philipus, "tentang wewenang", dalam, Ridwan HR., *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006)
- Marbun, S. F., *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2011)
- Mas'udi, Masdar Farid, "Memahami Ajaran Suci Dengan Pendekatan Transformatif" dalam, *Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam* (Jakarta: Pustaka Panjimas, T.th)
- Mahfud MD, Moh., "Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi", dalam, Tim Penulis, *Constitutional Question* (Malang: UB Press, 2010)
- \_\_\_\_\_, *Peran Mahkamah Konstitusi dalam Penegakan Hukum dan Demokrasi di Indonesia*, Makalah pada seminar yang diselenggarakan UIN Malang pada tanggal 6 April 2009
- \_\_\_\_\_, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi* (Jakarta: Rajawali Pers, 2011)
- \_\_\_\_\_, *Politik Hukum di Indonesia*, cet. 3 (Jakarta: Rajawali Pers, 2010)
- Manan, Abdul, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007)
- \_\_\_\_\_, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum* (Jakarta: Kencana, 2009)
- \_\_\_\_\_, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, cet. Ke-2 (Jakarta: Kencana, 2008)
- Meyrin, *Tinjauan Hukum Dampak Berlakunya Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Anak yang Lahir di Luar Perkawinan terhadap Akta Pengakuan Anak dan dan Surat*

- Keterangan Hak Waris yang dibuat oleh Notaris*. Tesis tidak diterbitkan (Depok: FH UI, 2012)
- Muallim, Amir dan YUSDANI, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam* (Yogyakarta: UII Press, 2001)
- Muslehuddin, Muhammad, *Philosophy of Islamic Law and the Orientalist: A Comparative Study of Islamic Legal System*, diterjemahkan oleh Yudian Wahyudi Asmin, *Filsafat Hukum Islam dan Pemikiran Orientalis: Studi Perbandingan Sistem Hukum Islam*, cet. 2 (Yogyakarta: Tiara Wacana Yogya, t. th.)
- Mutawallī al-Sha'rāwī, Muḥammad, *Yasalūnaka fi al-Dīni wa al-Ḥayāh*, juz 1 (Kairo: al-Maktabah al-Tawfiqiyah, 2004)
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum dan Penelitian Hukum*, cet. I (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004)
- Mustofa dan Abdul Wahid, *Hukum Islam Kontemporer* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009)
- Mudzhar, Atho, “Wanita dalam Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern”, dalam, Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* (Jakarta: Ciputat Press, 2003)
- Nasution, Lahmuddin, *Pembaruan Hukum Islam dalam Madhhab Shāfi'ī* (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2001)
- Nasution, Khoiruddin, “Sejarah Singkat Pembaruan Hukum Keluarga Muslim”, dalam, Atho Mudzhar dan Khairuddin Nasution, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern* (Jakarta: Ciputat Press, 2003)
- Nonet, Philippe dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, *Hukum Responsif* (Bandung: Nusamedia, 2008)
- Nuruddin, Amiur dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2006)
- Nusantara, Abdul Hakim G., *Politik Hukum Indonesia* (Jakarta: Yayasan LBHI, 1988)
- Praja, Juhaya S., “Aspek Sosiologi dalam Pembaharuan Fiqh di Indonesia”, dalam, Anang Haris Himawan (peny.), *Epistemologi Shara': Mencari Format Baru Fiqh Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2000)
- Peneliti, Tim, *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)

Putro, Widodo Dwi, *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*, cet. 1 (Yogyakarta: Genta Publishing, 2011)

\_\_\_\_\_, “Mengkritisi Positivisme Hukum”, dalam, Sulistyowati Irianto dan Shidarta, ed., *Metode Penelitian Hukum*, edisi 1 (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2009)

Program Pascasarjana UIN MALIKI Malang, *Pedoman Penulisan Tesis dan Disertasi*, cet. 1 (Malang: PPs UIN MALIKI Malang, 2009)

Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Perubahan Sosial*, cet. III (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009)

\_\_\_\_\_, *Pengakuan Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas, 2010)

\_\_\_\_\_, *Hukum dan Masyarakat* (Bandung: Angkasa, T.th)

\_\_\_\_\_, *Hukum dan Masyarakat* (Bandung: Angkasa, T.th)

\_\_\_\_\_, *Ilmu Hukum*, cet. Ke-5 (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000)

\_\_\_\_\_, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009)

\_\_\_\_\_, “Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum di Indonesia”, dalam, Ahmad Gunawan BS dan Mu’ammarr Ramadhan (Peny.), *Menggagas Hukum Progresif Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006)

\_\_\_\_\_, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Lintas Disiplin* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009)

\_\_\_\_\_, “Suatu Sketsa tentang Permasalahan Hukum dan Perubahan Sosial”, dalam, *Jurnal Hukum*, No. 5, Th. IV, 1977

Ramulyo, M. Idris, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006)

Ramulyo, Mohd. Idris, *Hukum Perkawinan Islam: Suatu Analisis dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2004)

Rifa’i, Ahmad, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Cet. 1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2010)

Rushd, Ibnu, *Bidāyah al-Mujtahid*, Juz V, (Beirūt : Dār al- Fikr, t.th)

- Redaksi, Tim, *Tesaurus Bahasa Indonesia* (Jakarta: Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2008)
- Rofiq, Ahmad, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia* (Yogyakarta: Gama Media, 2001)
- Rusli, Nasrun, *Konsep Ijtihad al-Shaukānī: Relevansinya bagi Pembaruan Hukum Islam di Indonesia* (Ciputat: Logos Wacana Ilmu, 1999)
- Sari, Ayu Yulia, *Analisis Yuridis Kedudukan Anak Luar Nikah Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*. Tesis tidak diterbitkan (Medan: FH USU, 2011)
- Saifuddin Zuhri, *Uṣūl Fiqh: Akal Sebagai Sumber Hukum Islam*, cet. II (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011)
- Sa'īd, Buṣṭāmī Muḥammad, "Mafhūm Tajdīd al-Dīn", dalam, Nasrun Rusli, *Konsep Ijtihad al-Shaukānī: Relevansinya bagi Pembaruan Hukum Islam di Indonesia* (Ciputat: Logos Wacana Ilmu, 1999)
- Siahan, Maruarar, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, edisi ke 2, cet. Ke-1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2011)
- Soehino, *Hukum Tata Negara*, cet. Ke 1 (Yogyakarta: BPFE-Yogjakarta, 2004)
- Suratmaputra, Ahmad Munif, *Filsafat Hukum Islam al-Ghazālī: Maṣlaḥah Mursalah dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Islam* (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002)
- Siroj, A. Malthuf, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia: Telaah Kompilasi Hukum Islam* (Yogyakarta: Pustaka Ilmu, 2012)
- Summa, Muhammad Amin, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2005)
- Sumitro, Warkum, *Perkembangan Hukum Islam* (Malang: Bayumedia Publishing, 2005)
- Sumbulah, Umi, "Kontroversi dan Tipologi Pemikiran Politik Islam Ali Abdur Raziq dan Pengaruhnya bagi Wajah Demokrasi di Indonesia", dalam, *Islam dan Negara Pancasila* (Malang: Fakultas *Sharī'ah*, 2012)
- Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan* (Yogyakarta: Liberty, 1982)
- Sutiyoso, Bambang, *Tata Cara Penyelesaian Sengketa di Lingkungan Mahkamah Konstitusi*, cet. 2 (Yogyakarta: UII Press, 2009)
- Sudirman, Antonius, *Hakim dan Putusan Hakim: Suatu Studi Perilaku Hukum Hakim Bismar Siregar*, Tesis tidak diterbitkan (Semarang: Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, 1999)

- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, cet., 6 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2003)
- Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Press, 2012)
- \_\_\_\_\_, *Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia* (Jakarta: UI-Press, 1983)
- \_\_\_\_\_, *Sosiologi: Suatu Pengantar* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006)
- Syahuri, Taufiqurrohman, *Hukum Konstitusi*, cet. 1 (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004)
- Syarifuddin, Amir, *Uṣūl al-Fiqh*, Jilid II (Jakarta: Logos Wacana ilmu, 1999)
- \_\_\_\_\_, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia: Antara Fiqh Munākahat dan Undang-Undang Perkawinan* (Jakarta: Kencana, 2009)
- Syaukani, Imam dan A. Ahsin Thohari, *Dasar-Dasar Politik Hukum* (Jakarta: Rajawali Pers, 2008)
- Syaukani, Imam, *Rekonstruksi Epistemologi Hukum Islam Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006)
- Tamrin, Dahlan, *Filsafat Hukum Islam* (Malang: UIN Press, 2007)
- Tahir, Masnun, “Meredam Kemelut Kontroversi Nikah Sirri (Perspektif Masalah)”, dalam, *Jurnal al-Mawarid*, Vol. XI, No. 2, Sept-Jan 2011
- Tutik, Titik Triwulan, *Konstruksi Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, cet. 1 (Jakarta: Kencana, 2010)
- Thaib, Dahlan, dkk., *Teori dan Hukum Konstitusi*, cet. Ke-9 (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2011)
- Thaib, Dahlan, *Ketatanegaraan Indonesia Perspektif Konstitusional* (Yogyakarta: Total Media, 2009)
- Thaba, Abdul Aziz, *Islam dan Negara dalam Politik Orde Baru* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996)
- Tjandrasasmita, Uka, *Arkeologi Islam Nusantara* (Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2009)
- Trisasongko, Dadang, “Pembaruan Hukum di Jaman yang Sedang Berubah”, dalam, *Jentera: Jurnal Hukum*, Edisi 3, Tahun II, November 2004
- Umar, Hasbi, *Nalar Fiqh Kontemporer*, cet. 1 (Jakarta: Gaung Persada Press, 2007)
- Usman, Sabian, *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, cet. 2 (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010)

- Usman, Iskandar, *Istihsān dan Pembaharuan Hukum Islam* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1994)
- Usman, Rachmadi, *Perkembangan Hukum Perdata* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2003)
- Waluyo, Bambang, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, cet. 3 (Jakarta: Sinar Grafika, 2002)
- Wahid, Marzuki dan Rumadi, *Fiqh Madhhab Negara* (Jogjakarta: LKiS, 2001)
- Wahidin, Samsul, *Dimensi Kekuasaan Negara Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007)
- Wignjosuebrototo, Soetandyo, *Hukum dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah* (Malang: Bayu Media, 2008)
- Witanto, D. Y., *Hukum Keluarga: Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin* (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2012)
- Yusdani, "Pembaharuan Hukum Keluarga Mesir, Pakistan dan Indonesia", dalam, *Logika*, Vol. 6, No.7, Desember 2001
- Yusdiansyah, Efik, *Implikasi Keberadaan Mahkamah Konstitusi terhadap pembentukan Hukum Nasional dalam Kerangka Negara Hukum*, cet. Ke-1 (Bandung: CV. Lubuk Agung, 2010)
- Zoelva, Hamdan, "Relasi Islam, Negara dan Pancasila dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia", Makalah disampaikan dalam seminar *Islam dan Negara Pancasila*, Fakultas *Sharī'ah* UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, Malang, 29 November 2012
- Zuhriah, Erfaniah, "Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010 dalam Kajian Keagamaan dan Dasar Kenegaraan Indonesia", dalam, *Islam dan Negara Pancasila* (Malang: Fakultas *Sharī'ah*, 2012)
- \_\_\_\_\_, *Peradilan Agama Indonesia*, cet. 2 (Malang: UIN Press, 2009)

## **B. Undang-Undang dan Putusan Pengadilan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Penjelasan atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Penjelasan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010

### C. Program *Software* dan Internet

Al-Bukhārī, Imām, *Al-Bukhārī, Ṣaḥīḥ, Juz 19, halaman 321* (Program al-Maktabah al-Shāmilah al-Iṣḍār al-Thānī /2. 11)

\_\_\_\_\_, *Ṣaḥīḥ Al-Bukhārī, , Juz 14, halaman 213* (Program al-Maktabah al-Shāmilah al-Iṣḍār al-Thānī/2. 11)

[http://bimasislam.kemenag.go.id/index.php?option=com\\_content&view=article&id=373&catid=49%3Aartikel&Itemid=1](http://bimasislam.kemenag.go.id/index.php?option=com_content&view=article&id=373&catid=49%3Aartikel&Itemid=1). Di *download* pada tanggal 15 November 2012

<http://www.voa-islam.com/news/indonesiana/2012/03/14/18166/mui-kecam-putusanmktentang-status-anak-zina-acakacak-syariat-islam/>. di *download* pada tanggal 15 November 2012

<http://hmihukumjember.wordpress.com/2010/06/30/putusan-mk-bersifat-erga-omnes/>. Diunduh pada tanggal 20 April 2013

[http://www.miftakhulhuda.com/2010/01/contrarius-actus\\_28.html](http://www.miftakhulhuda.com/2010/01/contrarius-actus_28.html). Diunduh pada tanggal 23 April 2013