

BAB I

PENDUHLUAN

A. Latar Belakang Permasalahan

Perceraian sering terjadi tidak memandang: miskin, kaya, cantik, jelek, kalangan atas maupun rendah, bahkan terjadi pada masyarakat elit maupun masyarakat entertainment. Hal ini terjadi karena berbagai faktor diantaranya: ekonomi, sosial dan politik. Adapun model perceraian diantaranya: cerai gugat cerai talak, dan pembatalan perkawinan.

Cerai gugat dan cerai talak biasanya terjadi di antara: mempelai sudah tidak ada kecocokan (*broken marriage*), hal tersebut tentu saja berbeda dengan pembatalan perkawinan. Secara syari'at pembatalan perkawinan dikarenakan dua hal yaitu: karena salah satu rukun atau syarat perkawinan yang tidak terpenuhi. Al-Jaziri¹ membagi dua hal yaitu: nikah yang tidak terpenuhi syarat sah melaksanakan pernikahan disebut dengan nikah *fasid*, kemudian nikah yang tidak terpenuhi salah satu rukunnya disebut dengan nikah *bathil*.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 secara jelas tidak ada Pasal yang menyatakan tentang nikah fasid maupun nikah bathil, Undang-Undang hanya mengatur tentang batalnya perkawinan, tata cara permintaan pembatalan perkawinan, serta alasan-alasan dan siapa yang diperbolehkan mengajukan pembatalan perkawinan.

¹AL-Jaziri, Abdurrohman, *Al-fiqhu Ala Madzhabil Arba'ah*, Juz IV, Darul Fikri, Bairut, 1982, h.118

Sedangkan permasalahan ini adalah cerai gugat dan atau cerai talak di putus dengan pembatalan perkawinan yang disebabkan perkawinan yang dinikahkan oleh wali yang tidak sah.

Wali nikah sebagai rukun nikah adalah hal yang harus ada sebagaimana sabda Rosul yang diriwayatkan oleh Ibnu Hibbân di dalam kitab Sahihnya² :

عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا : لَا نِكَاحَ إِلَّا
وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ، كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ
، فَإِنْ تَشَاحُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ”

Artinya: Di ceritakan dari A’isyah RA: tidak dapat dikatakan sah sebuah pernikahan jika tanpa adanya wali dan saksi adil, maka pernikahan selain adanya wali dan saksi tersebut adalah pernikahan yang batal.

Dan hadis lain yang berbunyi :

عن ابي هريرة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :
لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها)

Artinya : Dari Abu Hurairah RA, Nabi bersabda : Tidak boleh seorang wanita menikahkan wanita lain dan tidak boleh pula seorang wanita menikahkan dirinya sendiri kepada laki laki lain.

Hadis-hadis di atas, merupakan dalil naqli yang menerangkan bahwa jika pernikahan tidak adanya wali maka perikahannya tidak sah, atau dikatakan batal. Maka dalam perkawinan tentang wali harus dipahami dan dipikirkan secara serius.

² al-Syirbînî al-Khathîb, *al-‘Iqnâ’*, vol. 2, h. 122; dan al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-Islâmî*, vol. 9, h. 6559.

Dalil lain Imam Abdurrahman Al-Jaziry berkata termuat dalam kitab Mazhabibil Arba'ah juz IV hal 46, berbunyi :

فعية ، والمالكية اص
 اركان النكاح لا يتحقق عقد النكاح بدونه ، واصطلاح الحنابلة والحنفية على عد
 لا ركنا ، وقصروا الركن على الايجاب والقبول ، الحنفية قالوا : انه
 غير غير ، والم
 العاقلة سواء كانت بكر او ثيبا فليس لاحد عليها ولاية النكاح ، بل لها ان تباشر عقد
 زواجها ممن تحب بشرط ان يكون ك

Artinya : Telah aku ketahui dari apa yang telah tersebutkan bahwa sesungguhnya Mazhab Syafi'i dan Maliki telah mendefinisikan bahwa adanya wali adalah bagian rukun dari beberapa rukun nikah, sehingga akad nikah tidak dianggap sah tanpa adanya wali. Lain dengan Mazhab Hambali dan Hanafi berpendapat bahwa wali itu bukan rukun tetapi syarat nikah, dan Mereka menetapkan rukun itu atas ijab dan Kabul. Akan tetapi Imam Hanafi berpendapat sesungguhnya adanya wali itu syarat sah perkawinan laki dan perempuan yang masih kecil, dan laki majnun (gila) dan perempuan yang majnunah (gila) pula. Adapun perempuan dewasa yang sehat baik masih senggel atau janda, maka tidak ada hak seseorang untuk menikahkan, akan tetapi punya hak untuk merestui akad perkawinannya dengan seorang yang ia cintai dengan syarat sekufu, apabila tidak terpenuhi syarat itu hak wali untuk enggan dan merusak perkawinan;

Realita menunjukkan bahwa, kalangan artis banyak terjadi perceraian diantaranya: dengan vonis pembatalan perkawinan, seperti kasus AM lawan BN pada nomor perkara 2390/Pdt.G/ 2013/ PA.Dp. Keduanya menikah secara hukum islam pada tanggal 17 Oktober 2013, tercatat di Kantor Urusan Agama Kecamatan Beji, Kabupaten Depok. Perkawinan tersebut berakhir dengan pembatalan perkawinan, karena pihak suami menyatakan, tidak pernah berpindah agama islam, sehingga perkawinan dibatalkan dan kembali status

awal³. Pembatalan perkawinan juga terjadi pada kasus cerai gugat dan cerai talak dengan vonis pembatalan perkawinan pada masyarakat lain seperti halnya di P.A Kendal Prop. Jateng, P.A Wates DI Yogyakarta, P.A Medan Prop. Sumatera Utara, dan kota-kota lainnya.

Sebagaimana putusan hakim Pengadilan Agama Kelas IA Kendal Nomor: 104/Pdt.G/2004/PA.Kdl. Mengadili perkara perdata dalam tingkat pertama, dalam persidangan, Majelis telah menjatuhkan putusan sebagai berikut dalam perkara antara HP, umur 21 sebagai Penggugat melawan SKR 24 tahun sebagai Tergugat. Penggugat memohon agar perkawinan dibatalkan karena Tergugat tidak benar dalam membina rumah tangga diantaranya bermabuk-mabukkan dan lain sebagainya. Akhirnya Pengadilan Agama Kendal mengabulkan permohonannya itu dengan vonis hukum membatalkan perkawinan pada tanggal 01 Maret 2005 M⁴.

Selain itu terjadi di PA yang sama, dengan vonis pembatalan perkawinan Nomor 0078/Pdt.G/2008/PA.Kdl antara RMP lawan EZ, pada tanggal 29 April 2008.⁵

Di sisi lain, kasus di PA Medan Prop. Sumatera Utara dengan putusan Nomor 160/Pdt.G/2002/PA.Mdn, tanggal 5 Juni 2002 berdasarkan pertimbangan kondisi nyata kasus masyarakat, cerai talak yang terdapat cacat formil dinikahkan wali yang tidak sah, tidak putus dengan pembatalan perkawinan, namun diputuskan dengan perceraian biasa, yaitu:

³ <http://hukum.kompasiana.com/2013/11/26/permohonan-pembatalan-perkawinan-artis-asmiranda-sudah-tepat-dan-tidak-konyol-611394.html> di akses 5 6 november 2014.

⁴ Putusan Hakim Pengadilan Agama Kelas IA Kendal Nomor: 104/Pdt.G/2004/PA.Kdl

⁵ Putusan Hakim Pengadilan Agama Kelas IA Kendal Nomor: 78/Pdt.G/2008/PA.Kdl

- Mengabulkan permohonan Pemohon;
- Memberi izin kepada Pemohon (FPS) untuk mengikrarkan talak satu raj'i terhadap Termohon (MA) didepan sidang Pengadilan Agama Medan;
- Menghukum Pemohon untuk membayar biaya perkara dst.

Namun, Termohon (MA) berupaya hukum banding ke PTA Medan, dengan amar putusan, yaitu :

- Menerima permohonan banding Pembanding;

I. DALAM EKSEPSI:

- Menguatkan putusan Pengadilan Agama Medan Nomor 160/Pdt.G/2002/PA.Mdn tanggal 5 Juni 2002;

II. DALAM POKOK PERKARA :

- Membatalkan putusan Pengadilan Agama Medan Nomor 160/Pdt.G/2016/PA.Mdn;

Dengan mengadili sendiri :

1. Menyatakan permohonan Pemohon/Terbanding tidak dapat diterima;
2. Menghukum Pemohon/Terbanding untuk membayar semua biaya perkara pada tingkat pertama sebesar dst
3. Menghukum Termohon/Pembanding untuk membayar biaya perkara pada tingkat banding sebesar dst.

Selanjutnya Pemohon/Terbanding berupaya hukum Kasasi ke Mahkamah Agung RI, dengan amar putusannya MARI yaitu :

- Mengabulkan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi FP tersebut;

-Membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Medan tanggal 19 September 2002 M Nomor : 69/Pdt.G/2002/PTA. Mdn;

MENGADILI SENDIRI

Dalam Eksepsi :

-Menolak eksepsi dari Termohon;

Dalam Pokok Perkara :

1. Mengabulkan permohonan Pemohon;
2. Mengizinkan kepada Pemohon FP untuk menjatuhkan talak satu raj'i terhadap Termohon MA di depan sidang Pengadilan Agama Medan;
3. Memerintahkan Panitera Pengadilan Agama Medan untuk mengirim salinan penetapan ikrar talak kepada Pegawai Pencatat Nikah yang wilayahnya meliputi tempat tinggal Pemohon dan Termohon dilangsungkan untuk didaftarkan/dicatat dalam daftar yang disediakan untuk itu;
4. Menghukum Pemohon untuk membayar biaya perkara dalam tingkat pertama sebanyak Rp 240.000;(dua ratus empat puluh ribu rupiah);
Menghukum Pembanding untuk membayar biaya perkara dalam tingkat banding sebanyak Rp 105.500; (Seratus lima ribu lima ratus rupiah);
Menghukum Pemohon Kasasi untuk membayar biaya perkara dalam tingkat kasasi sebanyak Rp 500.000; (lima ratus ribu rupiah);

maka diperlukan rekonstruksi hukum terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu, dengan menambahkan Pasal-Pasal yang mengatur mengenai gugatan cerai akibat perkawinan yang tidak sah, hal

ini dikarenakan masyarakat Indonesia masih banyak ditemui perkawinan tidak sesuai aturan hukum, atau bertentangan dengan hukum agama, dengan sendirinya perkawinan dianggap tidak sah dan tidak mempunyai akibat hukum sebagai ikatan perkawinan.

Ketidak pahaman tersebut, menjadi salah satu faktor terjadi pembatalan perkawinan, namun pembatalan tersebut terjadi setelah adanya anak atau bakdaddukhul, lebih uniknya lagi putusan hakim bukan membatalkan perkawinan yang tidak sah tersebut, melainkan putusannya adalah perceraian biasa, kemudian dampak dan setatus kedua belah pihak itu menjadikan problema, serta ditambahkan status anak yang dilahirkan oleh hubungan antara mereka berdua, juga terjadi masalah secara administrasi maupun secara hukum islam.

Dipihak lain, terjadi kasus cerai talak dari perkawinan cacat formil sampai kasasi Mahkamah Agung, namun hasil putusan hakim tetap dengan putusan bukan pembatalan perkawinan, melainkan vonis perceraian biasa berupa cerai talak, sebagaimana yang terjadi di kota Medan. Dengan banyak kejadian bahwa karena cacat formil pada prosesi administrasi perkawinan yang tidak sah, maka pengajuan pembatalan perkawinan, tetap tidak dapat diterima oleh pengadilan, akhirnya diputuskan sebagai talak, bukan pembatalan perkawinan⁶.

Permasalahan tersebut jika tidak di kaji, diidentifikasi dan direkontruksi, maka kerancuan keputusan, dan ketidakpahaman masyarakat

⁶ Putusan Pengadilan Tinggi Agama Sumatera Utara Nomor 69/Pdt.G./2002/PTA-Mdn, Nomor: 160/ Pdt.G.2002/ PA-Mdn, selain itu juga studi Putusan Mahkamah Agung Nomor 150 K/AG/2003, dan Nomor .209 K/ AG/ 1994.

dengan perbedaan, dan efek antara cerai dan pembatalan perkawinan, serta ketidak adilannya putusan, karena terdapat cacat formil pada prosesi administrasi perkawinan, diantaranya wali yang tidak sah, dan lain sebagainya, namun putusan hakim tetap pada perceraian bukan pembatalan perkawinan.

Latar belakang tersebut, menjadikan penulis tertarik melakukan kajian lanjut, supaya menjadi kajian penting dan menjadikan sebagai salah satu alat penegak keadilan, serta guna penyusunan disertasi berkaitan dengan rekonstruksi hukum, maka penulis mengambil judul: **“Rekontruksi Perceraian Pada Perkawinan Akibat Status Wali Yang Tidak Sah Berdasarkan Nilai-Nilai Keadilan”**.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dalam latar belakang masalah tersebut di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah pelaksanaan perceraian pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah saat ini?
2. Bagaimanakah dampak perceraian pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah saat ini?
3. Bagaimanakah rekontruksi hukum perceraian pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah berdasarkan nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian Disertasi

Bahwa tujuan penelitian disertasi ini adalah :

1. Untuk menilai dan mengkaji pelaksanaan perceraian pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah saat ini?

2. Untuk menilai dan mengkaji dampak perceraian pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah saat ini?
3. Untuk mengkaji dan merekonstruksi hukum perceraian pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah nilai keadilan?

D. Kegunaan Penelitian Disertasi

1. Kegunaan Teoritis

Secara teoritis penelitian ini diharapkan bermanfaat dalam menemukan teori baru ilmu hukum pada umumnya dan khususnya yang berkaitan dengan rekonstruksi cerai gugat dan cerai talak dari perkawinan akibat status wali tidak sah berdasarkan nilai keadilan dan hukum progresif.

2. Kegunaan Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran berupa rekomendasi dalam rekonstruksi cerai gugat dan cerai talak dari perkawinan akibat wali yang tidak sah berdasarkan nilai keadilan dan hukum progresif.

E. Kerangka Konseptual

1. Rekonstruksi

Kerangka konseptual ini salah satunya adalah menjelaskan tentang Rekonstruksi yang merupakan membangun kembali dari sebuah teori atau kebiasaan yang telah ada, kemudian dibangun menjadi lebih baik, dan meninggalkan atau menghapus hal yang buruk, serta tetap menggunakan teori yang masih relevan.

Andi Hamzah menjelaskan dalam kamus hukum, bahwa Rekonstruksi adalah penyusunan kembali ataupun usaha untuk memeriksa kembali kejadian yang sebenarnya terhadap suatu delik yang dilakukan dengan mengulangi kembali peragaannya sebagaimana kejadian yang sebenarnya. Hal ini dilakukan baik oleh penyidik ataupun oleh hakim untuk memperoleh keyakinan.⁷

Senada dengan keterangan di atas, bahwa rekonstruksi diambil dari bahasa Belanda bahwa rekonstruksi adalah “*reconstructive*” berarti pembinaan/pembangunan baru, pengulangan suatu kejadian. Misalnya polisi mengadakan rekonstruksi dari suatu kejahatan yang telah terjadi untuk mendapatkan gambaran jelas mengenai jalannya kejahatan tersebut.⁸ Sedangkan bahasa Inggris rekonstruksi disebut sebagai “*reconstruction*” artinya “*the act of reconstructing; something reconstructed, as a model or a reenactment of past even*”.⁹

Penulis memahami rekonstruksi hukum adalah penyusunan kembali ataupun usaha untuk memeriksa kembali hukum atau peraturan perundang-undangan yang telah ada agar menjadi lebih baik lagi. Rekonstruksi digunakan agar dapat digunakan dengan tepat, dan relevan.

Arif mengatakan bahwa, rekontruksi hukum pada hakekatnya adalah suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum

⁷ Andi Hamzah, *Kamus Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1989, h. 88

⁸ J.C.T Simorangkir, *Kamus Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2007, h. 144

⁹ Macquarie Library, *The Macquarie Dictionary*, Australia, 1985, h. 1420

pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio politik, sosio filosofi dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum pidana,¹⁰ sehingga dengan demikian, tidak menutup kemungkinan timbulnya hukum yang dinamis atau hukum tersebut akan bersifat statis.

Hukum bersifat dinamis maupun hukum bersifat statis, keduanya harus dihindari, seperti pada saat orde baru, dimana hukum menjadi kaku, karena hukum menjadi alat kekuasaan bagi penguasa, sedangkan pada pasca reformasi, hukum lebih menjadi dinamis sehingga banyak terjadi pelanggaran hukum di masyarakat, bahkan tingkat kriminalitas semakin meningkat pada setiap tahunnya.¹¹

Berdasarkan teori konstruksi tersebut, maka penulis akan merekonstruksi konsep perceraian husus pada pembatalan perkawinan dengan wali yang tidak sah. Pengembangannya dipadukan dengan teori fiqh perkawinan tentang wali dan syarat wali. Setelah mendalami fiqh perkawinan, maka akan nampak bahwa wali yang tidak sah itu tandanya perkawinan tidak sah.

Islam juga mengajarkan bahwa adanya pengambaln hukum disebut dengan Ijtihad yang dikemukakan oleh Abdul Wahhab Khallaf adalah, bahwa ijtihad menurut ulama ushul ialah mencurahkan daya kemampuan untuk menghasilkan hukum syara' dari dalil-dalil syara' secara

¹⁰ Sri Endah Wahyuningsih, Mata Kuliah Penunjuang Disertasi, *Perbandingan Hukum Pidana dari Perspektif Religious Law System*, UNISSULA Press, 2012, h. 47

¹¹ Mu'in Abdul Kadir, *Rekonstruksi Hukum*, dalam www.fatkulmuin1983's.weblog.com

terperinci.¹² Ijtihad dibagi menjadi 2 (dua) macam, yaitu Ijtihad *Istimbathi* dan Ijtihad *Tathbiqi*. Upaya menyimpulkan hukum dari sumber-sumbernya disebut Ijtihad *Istimbathi*. Upaya menerapkan hukum secara tepat terhadap suatu kasus disebut Ijtihad *Tathbiqi*.

Menurut fersi Muhammad Abu Zahrah,¹³ bahwa Ijtihad mengandung dua faktor, yaitu : Pertama; Ijtihad yang khusus untuk menetapkan suatu hukum dan penjelasannya. Pengertian ini adalah pengertian Ijtihad yang sempurnadan dikhususkan bagi ulama yang bermaksud untuk mengetahui ketentuan hukum-hukum *furu' amaliyah* dengan menggunakan dalil-dalil secara terperinci. Ulama Hanbali mengatakan, bahwa setiap masa tidak boleh kosong dari Ijtihad dalam bentuk ini. Karena itu, pada setiap masa harus selalu ada mujtahid yang mencapai tingkatan tersebut. Kedua; Ijtihad khusus untuk menerapkan dan mengamalkan hukum. Seluruh ulama sepakat, bahwa sepanjang masa tidak akan terjadi kekosongan dari mujtahid dalam kategori ini. Mereka inilah yang akan mencari dan menerapkan '*illat* terhadap berbagai kasus *juz'iyah*, dengan menerapkan prinsip-prinsip yang telah ditetapkan oleh ulama terdahulu. Dengan tugas penerapan tersebut, maka akan menjadi jelas ketentuan hukumtentang

¹² Abdul Wahhab Khallaf, 1985, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, Alih Bahasa dan Editor Moch. Tolchah Mansoer, Noer Iskandar Al-Barsany dan Andi Asy'ari, Cetakan Kedua, Volume Kedua, Risalah, Bandung, hlm. 162.

¹³ Muhammad Abu zahrah, *op.cit.*, hlm. 567-568. .

masalah yang tidak dikenal oleh ulama terdahulu yang dikategorikan sebagai mujtahid tingkat pertama.

2. Perceraian

Perceraian merupakan perbuatan halal yang dibenci oleh Allah, selain dibenci juga akan dimurkai, namun demikian banyak yang melakukan, bahkan senang menceraikan atau lebih banyak suka mengggat cerai daripada mencari jalan keluar lainnya.

Perceraian adalah “Cerai Talak” dan “Cerai Gugat”.¹⁴ Cerai Talak adalah ialah perceraian atau pemutusan perkawinan yang dikehendaki oleh suami di hadapan sidang Pengadilan Agama, sedangkan Cerai Gugat ialah perceraian atau pemutusan perkawinan yang dikehendaki oleh istri, yaitu gugatan perceraian yang diajukan oleh istri kepada Pengadilan Agama.

Perceraian merupakan bagian dari perkawinan, sebab tidak ada perceraian tanpa ada perkawinan terlebih dahulu. Perceraian merupakan akhir dari kehidupan bersama antara suami-istri. Perceraian apabila terjadi, maka seluruh harta bersama,¹⁵ yaitu harta benda yang diperoleh selama perkawinan dibagi menjadi dua bagian, yakni seperdua dari harta bersama untuk suami dan seperdua dari harta bersama untuk istri.¹⁶

¹⁴ Hasil wawancara dengan Ketua Pengadilan Agama Batang dan Wakil Ketua Pengadilan Agama Batang serta para Hakim Pengadilan Agama Batang, pada tanggal 24 April 2016.

¹⁵ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 35.

¹⁶ Kompilasi Hukum Islam, Pasal 97. “Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

Perceraian merupakan putusnya perkawinan antar suami istri dalam hubungan keluarga. Hukum Islam memungkinkan terjadinya perceraian itu dalam beberapa hal, yaitu:¹⁷

Talak berarti cerai, pelaksanaannya dilakukan atas inisiatif suami dengan ucapan yang dikeluarkan oleh diri sendiri dalam keadaan sengaja atau tidak sengaja. Maksudnya, suatu pertengkaran kalau terjadi ucapan talak dari suami kepada istri sudah cukup ucapan itu memutuskan hubungan perkawinan. Karenanya, suami tidak boleh mengucapkan kata-kata yang terlalu mudah untuk menceraikan istri tanpa disadari sepenuhnya.

Islam menghendaki suatu kelanggengan hidup berumah tangga, akan tetapi tidak menutup kemungkinan nyata bahwa hidup dan kehidupan manusia itu tidak langgeng dan ada kalanya menemui suatu kegagalan. Sebagai sebab timbulnya kegagalan berumah tangga tentu banyak sekali, bahkan kadang-kadang bila kehidupan suami istri dipaksakan terus dalam suatu kehidupan yang tidak harmonis niscaya ada kemungkinan lain yang timbul sebagai akibat dari ketidakcocokan tersebut. Islam memberikan kesempatan dan mengizinkan pembubaran perkawinan kecuali, salah satu pihak meninggal dunia, maupun dengan alasan-alasan yang dapat dibenarkan. Pembubaran (putusnya) perkawinan dengan sebab-sebab yang

¹⁷ R. Abdul Djamali, 2002, *Op. Cit.*, h. 99

dapat dibenarkan itu dapat terjadi dalam dua peristiwa: Kematian salah satu pihak, Putus akibat perceraian.¹⁸

Selanjutnya menurut ketentuan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (UU Perkawinan) dinyatakan bahwa perkawinan dapat putus karena: Kematian, Perceraian, dan Atas keputusan pengadilan.¹⁹

Ketentuan tersebut kemudian diatur lebih lanjut dalam Pasal 39 UU Perkawinan yang menentukan bahwa perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak. Adapun untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan bahwa antara suami istri itu tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami istri.

Putusnya perkawinan karena perceraian ini akan menimbulkan akibat hukum yang akan mempengaruhi hak dan kewajiban antara mantan suami dan mantan istri serta anak yang lahir dari perkawinan yang sah tersebut. Juga mengenai harta bersama, yang diperoleh sepanjang perkawinan, maupun harta bawaan masing-masing dari keduanya. Persoalan tersebut akan menjadi lebih rumit ketika harta bawaan masing-masing suami dan istri yang sudah tercampur dengan harta bersama yang diperoleh sepanjang perkawinan tersebut berlangsung dan hal tersebut akan menjadi sengketa ketika perkawinan putus akibat perceraian.

¹⁸ R. Abdul Djamali, *Hukum Islam*, Bandung: Mandar Maju, 2002, h. 98

¹⁹ Pasal 38 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Perceraian dapat diajukan oleh: pihak suami maupun dari pihak istri. Perceraian diajukan oleh suami dinamakan: *talak*, sedangkan perceraian diajukan oleh istri dinamakan *khulu'*, yaitu: perkawinan yang tidak sah, misalnya si istri dalam melangsungkan perkawinan tersebut merasa dipaksa mau menikah. Hal ini menyebabkan: perkawinan tersebut menjadi tidak sah, dan pihak istri dapat mengajukan gugatan cerai/khulu'.

At Thurmuzi Al Hakim, diterangkan asbabun nuzulnya, bahwa siti Aisyah menerangkan “dahulu orang laki-laki boleh mentalak istrinya dengan semaunya. Sedangkan perempuan yang ditalak tersebut tetap istrinya jika dirujuk diwaktu iddah. Walaupun dia ditalak sampai seratus kali. Sampai orang laki-laki bertanya kepada istrinya: “Demi Allah saya tidak akan mentalak engkau lagi. Tolonglah carikan keterangan dan saya tidak akan mendekatimu untuk selamanya.” Istrinya bertanya: “Bagaimana itu?” suami: “saya telah berkali-kali mentalak engkau tapi setiap kali akan habis masa iddahmu, saya rujuk padamu.” Maka pergilah perempuan itu kepada Rosulullah. Beliau tidak menjawab sampai akhirnya turun ayat Al Baqarah :229.²⁰

Kemudian talak tebus ini boleh dilakukan dalam segala keadaan, baik di waktu suci maupun di waktu haid sebab talak ini diajukan atas kemauan di istri dan dia sendiri yang menanggung segala akibatnya. Ia akan menanggung risiko materiil berupa pengeluaran harta serta risiko immaterial yang mengakibatkan panjangnya masa “iddah. Talak tebus ini

²⁰ Bachtiar effendi, *hikmah wahyu ilahi*, h. 119

biasanya tidak terjadi, kecuali bila karena perasaan istri sudah tidak tertahankan lagi, sehingga semua risiko kerugian sudah tidak dihiraukan lagi.

Akibat hukum dari talak tebus ini adalah *ba'in shughra* sehingga suami tidak dapat merujuk istrinya dalam 'iddah. Hal ini karena suami tidak mempunyai hak lagi pada istrinya karena kehendak perceraian datang dari pihak istri. Hak-hak itu hilang karena suami telah menerima imbalan tadi. Kalau hak rujuk itu tidak hilang apalah artinya pengorbanan materiil si istri. Kalau ada keinginan untuk bersatu lagi dari pihak suami, harus melalui perkawinan baru. Itu pun harus ditentukan oleh kerelaan mantan istri sebab ia mempunyai hak pilih mutlak yang tidak dapat dipaksa, seperti keadaan suami yang mempunyai *ruju'* pada kasus *talak raj'i*.

Mantan istri tentu berpikir panjang untuk kembali sebab perceraian itu adalah kehendaknya dengan pengorbanan yang relatif besar. Apa artinya pengorbanan tadi kalau akhirnya dia menikah kembali dengan mantan suaminya. Oleh karena itu, bersatunya kembali suami istri dalam kasus talak tebus agak sulit terlaksana kalau tidak dikatakan mustahil terjadi.

Mengenai besarnya jumlah tebusan, para ulama berbeda pendapat. Sebagian mengatakan bahwa kadar tebusan istri tersebut harus lebih banyak daripada mahar (Imam Syafi'i dan Imam Malik), sebagian lain berpendapat seluruh harta yang pernah diterima istri dan sebagian lainnya

lagi mengatakan tidak boleh lebih dari mahar. Kalau maharnya sangat tinggi atau mahal, sedangkan pembayaran *'iwadh* harus lebih banyak daripada mahar, hal itu akan sangat memberatkan pihak istri dan kehendaknya untuk lepas dari beban penderitaan akibat ketidaksenangan kepada suami, akan sulit terlaksana. Sebaliknya, bila nilai maharnya sangat rendah dan bentuk maharnya bukan materiil, maka pihak suami tentu tidak mau menerima *'iwadh* yang kecil. Jalan tengah mengatasi masalah *'iwadh* ini adalah permufakatan kedua belah pihak untuk mencari titik temu yang saling menguntungkan kedua pihak.²¹

Kompilasi Hukum Islam membahas masalah *khulu'* ini tidak dijelaskan secara detil. Oleh karena itu, Pasal yang membahas masalah ini juga sangat terbatas. Di dalam KHI, tidak dijelaskan suatu proses bagaimana *khulu'* terjadi secara khusus serta penyelesaian *khulu'*. Hal ini disebabkan KHI memandang *khulu'*, sebagai salah satu jenis talak. Alasan untuk melakukan *khulu'* juga disandarkan pada alasan dalam menjatuhkan talak. Pasal yang langsung berkaitan dengan *khulu'*, yaitu Pasal 124 dan Pasal 161, serta Pasal 119 ayat (2)b, yang menyebutkan *khulu'* sebagai bagian dari *talak ba'in shughra*. Adapun alasan yang dapat mendasari terjadinya *khulu'*, sama dengan alasan talak, yaitu mengikuti Pasal 116 dari huruf a sampai huruf h.

Adapun berapa besarnya *'iwadh* adalah berdasarkan kesepakatan atau permufakatan kedua belah pihak, Pasal 148 ayat (4). Namun, untuk

²¹ *Opcit*, H. Rahmat Hakim, h. 175

menyelesaikan kasus *khulu'*, KHI memberikan prosedur khusus melalui Pasal 148 yang lengkapnya sebagai berikut²²:

Pasal 148

1. Seorang istri yang mengajukan gugatan dengan jalan *khulu'*, menyampaikan permohonannya ke Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggalnya disertai alasan atau alasan-alasannya.
2. Pengadilan Agama selambat-lambatnya satu bulan memanggil istri dan suaminya untuk didengar keterangannya masing-masing
3. Dalam persidangan tersebut, Pengadilan Agama memberikan penjelasan tentang akibat *khulu'* dan memberikan nasihat-nasihatnya.
4. Setelah kedua belah pihak sepakat tentang besarnya *'iwadh* atau tebusan, maka Pengadilan Agama memberikan penetapan tentang izin suami untuk mengikrarkan talaknya di depan sidang Pengadilan Agama. Terhadap penetapan ini tidak dapat dilakukan upaya banding dan kasasi
5. Penyelesaian selanjutnya ditempuh sebagaimana yang diatur dalam Pasal 131 ayat (5)

²² Kompilasi Hukum Islam Pasal 148.

6. Dalam hal tidak tercapai kesepakatan tentang besarnya tebusan atau *'iwadh*, Pengadilan Agama memeriksa dan memutus sebagai perkara biasa.

Menurut Al-Mahali dalam kitabnya Syarh Minhaj Al-Thalibin merumuskan²³:

حل قيد النكاح بلفظ طلاق ونحوه

Artinya: "melepaskan hubungan pernikahan dengan menggunakan lafaz talak dan sejenisnya".

Perbuatan yang dibenci dan dimurkai oleh Allah S.W.T., sesuai dengan sabda Nabi Muhammad S.A.W. yang diriwayatkan oleh Abu Daud dan Hakim dari Ibnu Umar r.a. :

أبغض الحلال إلى الله الطلاق إن أبغض الحلال عند الله الطلاق
رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم

Artinya: "Sesuatu perbuatan halal, tetapi sangat dibenci oleh Allah Azza wa Jalla adalah talak" (H.R. Abu Daud dan Hakim dan di shahihkan olehnya).²⁴

Hadis tersebut, dijabarkan oleh Manan, bahwa permasalahan perceraian, yaitu: perkawinan tidak diikat dalam ikatan mati, tetapi tidak

²³ Amir Syarifuddin, *Garis-Garis Besar Fiqh*, h.125-126

²⁴ Ibnu Hajar Al-Asqalani, 1374 H., *Bulughul Maram*, Salim Nabhan, Surabaya, h. 165-224

pula mempermudah keterjadian perceraian. “Perceraian boleh dilakukan, tetapi harus betul-betul dalam keadaan darurat atau karena terpaksa”,²⁵

Berdasarkan bentuk-bentuk peristiwa talak tersebut di atas, maka dapat dibedakan ketetapan hukumnya yang dinamakan hukum talak. Dan hukum talak itu ada lima, yaitu²⁶:

1) Talak Wajib

Wajib hukumnya melakukan perceraian kalau konflik antara suami dan istri terus menerus terjadi dan tidak dapat dipertemukan lagi baik oleh keluarga maupun oleh Pengadilan Agama. Dan selain itu juga bagi salah satu pihak yang melakukan perbuatan kejahatan atau menjadi seorang residivis tidak perlu mempertahankan kesatuan hidup dalam keluarga, karena wajib hukumnya melakukan talak.

Alasan hukumnya, ialah dalam mempertahankan kelangsungan hidup keluarga hendaknya dijalankan dengan wajar dan harmonis tanpa penyimpangan yang dapat menimbulkan akibat lain dengan merusak jiwa masing-masing.

2) Talak Haram²⁷

Diharamkan hukumnya bagi seorang suami yang menjatuhkan talak kepada istrinya tanpa sebab yang sah. Sebab yang sah itu menurut mazhab Hanafi berkenaan dengan diajukannya talak oleh suami yang tidak sehat pikirannya. Menurut mazhab Syafi'i dan

²⁵Abdul Manan, 2001, “Problematika perceraian Karena Zina Dalam Proses Penyelesaian Perkara Di lingkungan Peradilan Agama”, *Mimbar Hhukum*, No. 52 Thn. XII, Al-Hikmah & Ditbinbapera Islam, Jakarta, h. 7-8.

²⁶*Ibid*, Abdul Manan, 2001, h. 101-102

²⁷*Ibid*, Abdul Manan, 2001, h. 101-102

mazhab Hambali suatu talak yang dijatuhkan oleh suami tidak sehat pikirannya tidak haram melainkan makruh. Hal ini berdasarkan prinsip perkawinan Islam yang tidak menghendaki kesengsaraan bagi kedua belah pihak.

3) Talak Mubah (boleh)

Menceraikan istri tidak dianjurkan, tidak diwajibkan, atau tidak diharamkan asalkan sesuai dengan aturan hukum yang berlaku dan tidak menimbulkan akibat buruk bagi para pihak setelah terjadi perceraian itu.

4) Talak Sunnat

Sunnat hukumnya menceraikan istri kalau ia tidak mau merubah kebebasan bergaulnya semasa belum kawin atau tidak mau menjaga harga diri sebagai seorang istri.

5) Talak Haram Ringan

Seorang suami yang menjatuhkan talak kepada istri dalam keadaan menstruasi yang sebelumnya tidak pernah digauli termasuk talak haram ringan. Kalau talak itu dilakukan kewajiban suami merujuk atau menyatakan sebagai istrinya kembali.

3. Wali Nikah

Wali adalah ketentuan hukum, dapat dipaksakan kepada orang lain, sesuai bidang hukumnya. Wali terdiri dari umum dan khusus. Maksud wali khusus artinya yang berkenaan dengan manusia dan harta benda. Hal pernikahan dibicarakan Wali terhadap manusia, yaitu

masalah perwalian dalam perkawinan.⁴⁶

Perwalian secara etimologi fiqih disebut wilayah yang berarti penguasaan dan perlindungan. Secara epistemologi fiqih yang dimaksud perwalian adalah penguasaan penuh yang diberikan oleh agama, Wali pernikahan merupakan keharusan yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita, karena wali merupakan rukun akad nikah, firman Allah SWT Q.S Al-Baqarah (2) ayat 232, yang artinya :

“Bila kamu menceraikan istri, dan mereka sampai batas iddah, jangan kamu halangi mereka kawin dengan calon suami mereka, bila mereka setuju dengan cara yang baik. Inilah nasehat bagi siapapun diantaramu yang beriman kepada Allah dan hari kemudian. Itu lebih suci dan bersih bagi kamu. Allah mengetahui, sedang kamu tidak mengetahuinya”.

Dalam hukum Islam, terdapat alasan-alasan kuat yang mengharuskan adanya wali dalam perkawinan karena itu dengan tegas Mazhab Syafi'i mengharuskan adanya wali, tanpa wali perkawinan tidak sah. Untuk di Indonesia pada umumnya menganut paham Mazhab Syafi'i yang menganggap wali adalah salah satu dari rukun perkawinan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan maka perkawinan dianggap sah jika dilaksanakan menurut hukum agamanya dan kepercayaannya masing-masing. Dijelaskan lebih lanjut bahwa yang dimaksud dengan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang

berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam Undang-Undang ini.²⁸

Berdasarkan rumusan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan dan penjelasannya dapat disimpulkan bahwa sah tidaknya suatu perkawinan adalah semata-mata ditentukan oleh ketentuan agama dan kepercayaan mereka yang hendak melaksanakan perkawinan. Ini berarti bahwa suatu perkawinan yang dilaksanakan bertentangan dengan ketentuan hukum agama, dengan sendirinya menurut UU Perkawinan ini dianggap tidak sah dan tidak mempunyai akibat hukum sebagai ikatan perkawinan.

Sehubungan dengan adanya ketentuan dalam Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan tersebut di atas maka bagi warganegara Indonesia yang beragama Islam jika hendak melaksanakan perkawinan supaya sah harus memenuhi ketentuan-ketentuan tentang perkawinan yang telah diatur dalam Hukum Perkawinan Islam. Demikian juga bagi mereka yang beragama Nasrani, Hindu dan Budha, hukum agama merekalah yang menjadi dasar pelaksanaan yang menentukan sahnya perkawinan.

Di samping ketentuan dalam Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan, bahwa sahnya perkawinan adalah ditentukan oleh agama dan kepercayaannya masing-masing, maka menurut Pasal 2 ayat (2) UU

²⁸ Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan beserta Penjelasannya

Perkawinan ini ditentukan juga bahwa tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perUndang-Undangan yang berlaku.

Mengenai syarat-syarat perkawinan, diatur dalam Pasal 6 dan Pasal 7 UU Perkawinan, yang pada pokoknya adalah sebagai berikut:²⁹

- a. Harus ada persetujuan dari kedua calon mempelai. Adapun yang dimaksud dengan persetujuan dalam hal ini yaitu bahwa maksud dengan persetujuan dalam hal ini yaitu bahwa perkawinan itu harus dilaksanakan berdasarkan kehendak bebas calon mempelai pria ataupun calon mempelai wanita untuk melaksanakan perkawinan tanpa persetujuannya.

Persetujuan atau kesukarelaan kedua belah pihak untuk melaksanakan perkawinan adalah merupakan syarat yang penting sekali untuk membentuk suatu keluarga yang bahagia kekal dan sejahtera, sesuai dengan tujuan perkawinan itu sendiri.

Khususnya menimbulkan kesepakatan kedua belah pihak, maka dalam Islam sebelum perkawinan dilaksanakan perlu diadakan peminangan dan masa "*khitbah*" terlebih dahulu, supaya keduanya dapat mengadakan saling pendekatan dan untuk saling mengenal watak masing-masing. Jika dalam masa *khitbah* terdapat persesuaian maka perkawinan dapat terus dilaksanakan perkawinan dapat dibatalkan. Hal ini adalah lebih baik daripada perkawinan sudah dilaksanakan tetapi putus di tengah jalan, karena kedua belah pihak tidak ada kesepakatan

²⁹ Nadimah Tanjung, *Op. Cit*, h. 36

dalam mengemudikan rumah tangga.

- b. Adanya ijin dari kedua orang tua atau wali (Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan). Ijin ini hanya diperlukan bagi calon mempelai yang belum berumur 21 tahun.

Adapun hadis yang menerangkan pernikahan harus adanya wali adalah³⁰:

لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَالِيٍّ

Artinya: “Tidak sah nikah kecuali bila ada wali”

Hadis di atas bermaksud bahwa setiap pernikahan harus ada wali, yang berhak menikahkan seorang wanita kepada laki-laki pilihan wanita tersebut, atau memang atas perkenalan atau dikenalkan.

Kemudian disusul dengan riwayat dari Ibn Hibbân di kitab sahihnya³¹:

عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا: لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَالِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ , وَمَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَيَّ غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ , فَإِنْ تَشَاحُّوا فَالْأَسْلُطَانُ وَوَالِيٌّ مِنْ لَدُنِّي لَهُ”

Keterangan tersebut di ceritakan dari A’isyah RA: tidak dapat dikatakan sah sebuah pernikahan jika tanpa adanya wali dan saksi adil, maka pernikahan selain adanya wali dan saksi tersebut adalah pernikahan yang batal.

³⁰ HR. Ahmad, Abu Daud juz 4, At-Tirmizi, An-Nasa’i, dan Ibn Majah.

³¹ al-Syirbînî al-Khathîb, *al-‘Iqnâ’*, vol. 2, h. 122; dan al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-Islâmî*, vol. 9, h. 6559.

Hadis tersebut intinya adalah jika pernikahan tanpa dihadiri walinya maka pernikahan tidak akan dikatakan sah melainkan disebut perkawinan batal, maka setiap perkawinan wanita, hususnya gadis/ bukan janda maka wajib memohon ijin dan menghadirkan walinya.

Mengenai perlunya ijin ini adalah erat sekali hubungannya dengan pertanggung-jawab orang tua dalam pemeliharaan yang dilakukan oleh orang tua secara susah payah dalam membesarkan anak-anaknya, sehingga kebebasan pada anak dalam menentukan pilihan calon suami/ isteri, jangan sampai menghilangkan fungsi tanggung jawab orang tua³².

Adapun Orang yang paling berhak menjadi wali— sebagaimana dalam fiqih dan KHI mengatakan— adalah yang paling dekat derajat kekerabatannya dengan calon mempelai wanita dan yang lebih diutamakan adalah yang kerabat seayah^{33. 8}. Dalam fiqih, konsep wali ini pada dasarnya mengikuti konsep *asabah* dan yang berhak menjadi wali adalah mereka yang berasal dari keturunan laki-laki. Jika mereka yang berhak menjadi wali nikah secara rinci diurutkan, maka akan ditemukan beberapa urutannya sebagai berikut^{34.9} 1). Ayah kandung, 2). Kakek (dari garis ayah) dan seterusnya ke atas dalam garis laki-laki, 3). Saudara laki-laki

³² *Ibid.* al-Syirbînî al-Khathîb, h. 6559.

³³ Inpres No.1/1991 tentang KHI yang menjelaskan bahwa wali nasab terdiri dari 4 kelompok yang dalam kondisi tertentu harus didahulukan karena mempunyai kedekatan derajat kekerabatannya. Begitu juga Imam Syafi'i menyatakan bahwa wali yang dekat (*aqrab*) harus didahulukan. Kalau wali *aqrab* tidak ada, maka wali *ab'ad* yang harus dipakai. Said Thalib al-Hamdani, *Risalah al-Nikah*, terj. Agus Salim (Jakarta: Pustaka Amani, 1989), hlm. 84.

³⁴

sekandung, 4). Saudara laki-laki seayah, 5). Anak laki-laki saudara laki-laki kandung, 6). Anak laki-laki saudara laki-laki seayah, 7). Anak laki-laki dari anak laki-laki dari saudara laki-laki sekandung, 8). Anak laki-laki dari anak laki-laki saudara laki-laki seayah, 9). Saudara laki-laki ayah sekandung, 10). Saudara laki-laki ayah seayah, 11). Anak laki-laki paman sekandung, 12). Anak laki-laki paman seayah, 13). Saudara laki-laki kakek seayah, 14). Anak laki-laki saudara laki-laki kakek sekandung, 15). Anak laki-laki saudara laki-laki kakek seayah.

Jika kedua orang tua meninggal dunia, maka yang berhak memberi ijin sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (3), (4), dan (5) UU Perkawinan adalah berturut-turut sebagai berikut³⁵:

Jika kedua orang tua masih hidup maka yang berhak memberi ijin adalah kedua-duanya. Adapun bila salah satu meninggal dunia maka yang berhak memberi ijin adalah salah satu dari keduanya yang masih hidup. Jika yang meninggal dunia adalah orang tua wanita maka ijin perkawinan ada pada orang tua laki-laki, demikian sebaliknya. Dalam hal ijin ada pada pihak orang tua perempuan, maka orang tua perempuanlah yang bertindak sebagai wali. Dalam hal seperti ini maka ketentuan ini seolah-olah bertentangan dengan perwalian dalam perkawinan menurut Hukum Islam. Karena perwalian dalam perkawinan menurut Hukum Islam bagi mempelai wanita yang sudah

³⁵ Lihat UU No 1 Tahun 1974 pasal 6 ayat 3-4

ditentukan secara pasti, hanya boleh dari urutan pihak laki-laki saja seperti yang telah diterangkan di depan dalam bab perwalian dalam perkawinan menurut Hukum Islam. Sehingga nampak bagi kita bahwa menurut hukum Islam tidak mungkin orang tua wanita bertindak sebagai wali dan memberi ijin pernikahan.

Jika ketentuan ini dihubungkan dengan Pasal 6 ayat (6) UU Perkawinan, maka ketentuan ini tidak bertentang dengan hukum Islam, sebab sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Pasal 6 ayat (6) UU Perkawinan tersebut menentukan bahwa: Ketentuan tersebut pada ayat (1) sampai dengan ayat (5) Pasal 6 Undang-Undang Perkawinan hanya berlaku sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya dari bersangkutan tidak menentukan lain³⁶.

Sehubungan dengan ketentuan ini maka sebetulnya ketentuan yang diatur dalam Pasal 6 ayat (1) dengan ayat (5) UU Perkawinan tersebut hanya berlaku bagi mereka yang agama dan kepercayaannya tidak menentukan lain. Bagi mereka yang beragama Islam oleh karena hukum Islam telah mengatur mengenai susunan perwalian dalam perkawinan maka ketentuan-ketentuan dalam UU Perkawinan ini tidak berlaku bagi mereka, sepanjang ketentuan-ketentuan itu bertentang dengan ketentuan susunan perwalian menurut hukum Islam.

- c. Jika salah seorang dari kedua orang tua dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya karena disebabkan:

³⁶ Lihat UU No 1 Tahun 1974

- 1) Karena di bawah kuratele;
 - 2) Sakit ingatan;
 - 3) Tempat tinggalnya tidak diketahui; maka ijin cukup diberikan oleh salah satu pihak saja yang mampu menyatakan kehendaknya.³⁷
- d. Jika kedua orang tua telah meninggal dunia atau kedua-duanya tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka yang berhak memberi ijin adalah:
- 1) Wali yang melindungi calon mempelai;
 - 2) Atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.³⁸
- e. Jika ada perbedaan antara mereka yang disebut dalam ayat (2), (3), dan (4) Pasal 6 UU Perkawinan, atau salah seorang atau lebih di antara mereka tidak ada menyatakan pendapatnya, pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang hendak melaksanakan perkawinan yang berhak memberi ijin. Ijin dari Pengadilan ini diberikan atas permintaan:
- 1) Pihak yang hendak melaksanakan perkawinan
 - 2) Setelah lebih dulu Pengadilan mendengar sendiri orang yang disebut oleh ayat (2), (3) dan (4) Pasal 6 Undang-Undang Perkawinan tersebut.

³⁷ Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

³⁸ Pasal 6 ayat (4) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Bagi yang beragam Islam ketentuan-ketentuan perijinan dalam sub 4, 5 dan 6 tersebut di atas, hanya berlaku bagi mereka sepanjang ketentuan-ketentuan itu tidak bertentangan dengan ketentuan perwalian dalam hukum Islam maka yang berlaku bagi mereka adalah Hukum Islam.

- f. Batas umur untuk melaksanakan perkawinan adalah: minimal berumur 19 tahun bagi calon suami, dan 16 tahun bagi calon isteri.³⁹

Penentuan batas umur untuk melangsungkan perkawinan sangatlah penting sebab perkawinan sebagai suatu perjanjian perikatan antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami isteri, haruslah dilakukan oleh mereka yang sudah cukup matang baik dilihat dari segi biologik maupun psikologik. Hal ini adalah penting sekali untuk mewujudkan tujuan perkawinan itu sendiri, juga mencegah terjadinya perkawinan pada usia muda atau perkawinan anak-anak, sebab perkawinan yang dilaksanakan pada umur muda banyak mengakibatkan perceraian dan keturunan yang diperolehnya bukan keturunan yang sehat.

Namun demikian Undang-Undang Perkawinan masih memberikan kelonggaran untuk terjadinya perkawinan yang menyimpang dari ketentuan tersebut, asal ada dispensasi dari

³⁹ Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Pengadilan berdasarkan permintaan dari kedua orang tua kedua belah pihak.⁴⁰

Menurut hukum Islam batas umur untuk melaksanakan perkawinan tidak disebutkan dengan pasti, hanya disebutkan bahwa baik pria maupun wanita supaya sah melaksanakan akad-nikah harus sudah “baliqh” (dewasa) dan mempunyai kecakapan sempurna.

Berdasarkan melihat ketentuan tersebut maka dapat ditarik kesimpulan bahwa untuk dapat melangsungkan suatu perkawinan baik pria maupun wanita harus sudah dewasa dalam arti biologik dan sudah matang jiwanya. Jadi walaupun hukum Islam tidak menyebutkan secara pasti batas umur tertentu, ini tidak berarti bahwa hukum Islam adalah membentuk rumah tangga yang damai, tenteram dan kekal, maka hal ini tidak mungkin tercapai jika pihak-pihak yang melaksanakan perkawinan belum dewasa/cukup umur dan matang jiwanya.

Hukum Islam⁴¹ menyatakan “jika perkawinan dilaksanakan guna menyimpang dari tujuan perkawinan yang sebenarnya, maka perkawinan tersebut dilarang”. Oleh karena itu, sejalan dengan tujuan perkawinan itu sendiri dan demi kebaikan pihak-pihak yang berkepentingan langsung, atas dasar pertimbangan pihak yang berkepentingan langsung, atas dasar pertimbangan “masalah-

⁴⁰ Pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

⁴¹ Hukum islam yang disebut adalah sebagaimana dengan syariat yang berlaku di kalangan agama islam.

mursalah” maka perkawinan harus dilaksanakan pada batas umur tertentu, di mana seorang sudah dianggap dewasa dan matang jiwanya dan perkawinan di bawah umur sudah sepatutnya dilarang. Jika ketentuan batas umur dalam UU No.1 Tahun 1974, maka sejalan dengan batas umur menurut hukum Islam.

Adapun perkawinan tidak sah dapat diketahui beberapa hal, kemudian pembatalan perkawinan pada dasarnya dapat terjadi karena ada hal yang tidak dapat membuat sah perkawinan, adapun perkawinan dapat dikatakan tidak sah dan batal demi hukum jika:

1. Suami melakukan perkawinan, sedang ia tidak berhak melakukan akad nikah karena sudah mempunyai empat orang istri sekalipun salah satu dari keempat isterinya dalam iddah *talak raj'i*;
2. Seseorang menikahi bekas isterinya yang telah dili'annya;
3. Seseorang menikahi bekas isterinya yang pernah dijatuhi tiga kali talak olehnya, kecuali bila bekas isteri tersebut pernah menikah dengan pria lain kemudian bercerai lagi ba'da al-dukhul dari pria tersebut dan telah habis masa iddahnyanya;
4. Perkawinan dilakukan antara dua orang yang mempunyai hubungan darah; semenda dan sesusuan sampai derajat tertentu yang menghalangi perkawinan menurut Pasal 8 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yaitu:
 - a. Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus ke bawah atau ke atas

- b. Berhubungan darah dalam garis keturunan menyimpang yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orang tua dan antara seorang dengan saudara neneknya.
- c. Berhubungan semenda, yaitu mertua, anak tiri, menantu dan ibu atau ayah tiri.
- d. Berhubungan sesusuan, yaitu orang tua sesusuan, anak sesusuan, saudara sesusuan dan bibi atau paman sesusuan.

Isteri adalah saudara kandung atau sebagai bibi atau kemenakan dari isteri atau isteri-isterinya.⁴²

F. Kerangka Teori Disertasi

1. Teori Keadilan Sebagai *Grand Theory*

Keadilan berasal dari kata bahasa Arab '*adala* berakar dari kata "*adl*", berarti "kejujuran, moral yang baik", menunjukkan kualitas tertentu, memiliki yang dibutuhkan untuk fungsi-fungsi publik dan yuridis. Kemudian seorang saksi dalam sidang sebelum *qadli* harus menjadi '*adl*'⁴³.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, bahwa keadilan merupakan adjektiva, menjelaskan nomina atau pronominal yang memiliki tiga arti⁴⁴: *Pertama*. tidak berat sebelah; tidak memihak. *Kedua*. berpihak kepada yang benar; berpegang pada kebenaran. *Ketiga* sepatutnya; tidak

⁴² Soemijaty, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan*, Cetakan Kedua, Yogyakarta: Liberty, 1996, h. 10.

⁴³ http://orb.rhodes.edu/Medieval_Terms.html, diakses Tanggal 6 November 2014.

⁴⁴ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *op. cit*, h. 7.

sewenang-wenang. Keadilan ialah sifat (perbuatan, perlakuan dan sebagainya) yang adil.⁴⁵

Teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”.⁴⁶ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

Paradigma keadilan dipandang secara ontologis, adalah: keseimbangan batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan atas kehadiran dan perkembangan kebenaran, yang beriklim toleransi dan kebebasan⁴⁷. Di samping keadilan ontologis sebagaimana di atas, Siswono mengemukakan batasan kebenaran ontologis, yaitu hubungan persesuaian yang serasi antara proposisi dengan kenyataan yang dipertimbangkan dalam tingkat terakhir dengan hati nurani. Adapun makna dan fungsi kebenaran dan keadilan bagi dan dalam putusan peradilan adalah bercorak *indrovert*, yakni seharusnya menjadi sifat yang melekat dalam putusan termaksud dan bercorak *ekstravert*, yaitu merupakan ukuran/ kriteria bagi putusan⁴⁸. Kebenaran dan keadilan adalah nilai-nilai luhur dan mutlak percikan keagungan dari Tuhan Yang Maha Kuasa.

⁴⁵ *Ibid.* Departemen Pendidikan dan Kebudayaan.

⁴⁶ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Yogyakarta: Kanisius, 1995, h. 196.

⁴⁷ Soejono Koesoemo Sisworo, tanpa tahun, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, FH UNDIP, Semarang, h. 55.

⁴⁸ *Ibid.*, h. 55-56.

Keadilan itu mempunyai nama lain, yaitu keadilan sosial sebagaimana yang disebutkan oleh Ahmad Fadlil Sumadi, bahwa⁴⁹ keadilan sosial merupakan tampilan lain dari keadilan. Selanjutnya Ahmad Fadlil Sumadi menjelaskan, bahwa⁵⁰ substansi keadilan harus diformulasikan pada tiga tingkat, yaitu : Pertama; pada tingkat *outcome*. Kedua; pada tingkat prosedur. Ketiga; pada tingkat sistem.

Tingkat *outcome*, keadilan erat dengan pembagian (*distributive*) dan pertukaran (*comutative*), sehingga keadilan dalam hal ini berhubungan dengan suatu objek yang dalam praktiknya, antara lain, dapat berupa benda atau jasa. Sementara itu prosedur berhubungan dengan cara penentuan dan sistem yang berhubungan dengan kait-mengait antar-struktur yang berlaku. Dalam keadilan pembagian dan pertukaran, yaitu keadilan pada tingkat pertama yang terkait dengan *outcome*, dalam aras praktiknya sering terjadi *unequal* dalam prosesnya. Dalam keadilan prosedural, yaitu keadilan pada tingkat kedua yang berhubungan dengan cara penentuan, yang terkait dengan proses dan perlakuan terhadap orang-orang yang terlibat di dalamnya, mensyaratkan adanya tiga komponen, yaitu : Pertama; sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal. Kedua; penjelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan. Ketiga; perlakuan interpersonal.

⁴⁹ Ahmad Fadlil Sumadi, 2012, *Hukum Dan Keadilan Sosial, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung*, Tanpa Penerbit, Jakarta, h. 5.

⁵⁰ *Ibid.*, h. 5-6.

Secara substansial keadilan prosedural lebih ditentukan oleh komponen kedua dan ketiga, karena berdasarkan kedua komponen tersebut keadilan prosedural mewujudkan keadilan yang dapat terlihat oleh masyarakat, yang bahkan pada akhirnya menjadikan *looking fair* lebih penting daripada *being fair*. Dalam keadilan sistem, yaitu keadilan pada tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan pola yang menjadi dasar prosedur, distribusi dan pertukaran pada dasarnya merupakan kebijakan umum yang direalisasikan sebagai dasar dalam menentukan prosedur dan *outcome*.

Teori-teori itu dapat disebut: teori keadilan Aristoteles dalam buku *nicomachean ethics* dan teori keadilan sosial John Rawls dalam buku *a theory of justice*.

a. Teori Keadilan Aristoteles

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karya *nicomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Lebih khusus, dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang, berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukum, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.⁵¹

Pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan, namun Aristoteles membuat pembedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik

⁵¹ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004, h. 24

mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit, yang sekarang biasa dipahami tentang kesamaan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan, prestasi, dan sebagainya.

Pembedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan. Lebih lanjut, dia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangka konsepsi di wilayah keadilan distributif, bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada keadilan yang kedua, bahwa yang menjadi persoalan bahwa ketidaksetaraan disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelas bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles bahwa distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil

boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebaikan, yakni nilai bagi masyarakat.⁵²

Aristoteles juga mencatat, bahwa keadilan dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu:

- 1) Keadilan Korektif, keadilan dengan menyamakan antara prestasi dan kontra prestasi. Keadilan ini didasarkan pada transaksi baik yang sukarela maupun yang tidak, misalnya dalam perjanjian tukar menukar.
- 2) Keadilan diskriptif, yaitu keadilan yang membutuhkan distribusi atas penghargaan.⁵³

Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang pantas perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggu tentang “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Uraian tersebut nampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.⁵⁴

⁵² *Ibid*, Carl Joachim Friedrich, h. 25

⁵³ Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, h. 154.

⁵⁴ *Ibid*, Carl Joachim Friedrich, h. 25

Dalam membangun argumentasi, Aristoteles menekankan perlu dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampur adukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam Undang-Undang dan hukum adat. Berdasarkan pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perUndang-Undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.⁵⁵

Hal tersebut senada dengan pernyataan Kahar Masyhur tentang adil meliputi⁵⁶:

- 1) Adil ialah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.
- 2) Adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang, redaksi lainnya memberikan hak dengan tidak berlebihan dan tidak mengurangi.

⁵⁵ *Ibid*, Carl Joachim Friedrich, h. 25

⁵⁶ Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlaq*, Jakarta, Kalam Mulia, h. 71.

3) Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya, jika tidak meletakkan pada tempatnya disebut dengan menganiaya.

b. Keadilan John Rawls

John Rawls dalam buku *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung.

Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus.⁵⁷

Rawls mengerjakan teori mengenai prinsip-prinsip keadilan terutama sebagai alternatif bagi teori utilitarisme sebagaimana dikemukakan Hume, Bentham dan Mill. Rawls berpendapat bahwa dalam masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarisme, orang-orang akan kehilangan harga diri, lagi pula bahwa pelayanan demi perkembangan bersama akan lenyap. Rawls juga berpendapat bahwa teori ini lebih keras dari apa yang dianggap normal oleh

⁵⁷ *Ibid*, Carl Joachim Friedrich, h. 25

masyarakat. Memang boleh jadi diminta pengorbanan demi kepentingan umum, tetapi tidak dapat dibenarkan bahwa pengorbanan ini pertama-tama diminta dari orang-orang yang sudah kurang beruntung dalam masyarakat.

Menurut Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi: *Pertama*: situasi ketidaksamaan menjamin maximum minimorum bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya: situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang, supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak⁵⁸.

Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa maka program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu: *Pertama*, memberi hak dan kesempatan sama, atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. *Kedua*: mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat

⁵⁸ *Ibid*, h. 27

memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.⁵⁹

Perbedaan prinsip menjadikan struktur dasar masyarakat menjadi sedemikian rupa, sehingga kesenjangan prospek mendapat hal utama diantaranya: kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal, *Pertama*: melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*: setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

John Rawls, menyatakan dua prinsip keadilan yang dipercaya dipilih dalam posisi awal, sebagai komentar paling umum, maka formula pertama dari prinsip ini bersifat tentatif. Kemudian mengulas sejumlah rumusan dan merancang langkah demi langkah pernyataan final yang diberikan. John Rawls yakin bahwa tindakan ini membuat penjelasan berlangsung dengan alamiah.

Pernyataan pertama dari dua prinsip tersebut berbunyi sebagai berikut:⁶⁰

⁵⁹ John Rawls, *A Theory of Justice*, London: Oxford University Press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006, h. 69

⁶⁰ *Ibid*, John Rawls, h. 72

Pertama, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang.

Kedua, ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa, sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Ada dua frasa ambigu pada prinsip kedua, yakni “keuntungan semua orang” dan “sama-sama terbuka bagi semua orang”. Pengertian frasa-frasa itu secara lebih tepat yang akan mengarah pada rumusan kedua. Versi akhir dari dua prinsip tersebut diungkapkan dalam mempertimbangkan prinsip pertama.

Melalui jalan komentar umum, prinsip-prinsip tersebut terutama menerapkan struktur dasar masyarakat. mereka akan mengatur penerapan hak dan kewajiban dan mengatur distribusi keuntungan sosial dan ekonomi. Sebagaimana diungkapkan rumusan mereka, prinsip-prinsip tersebut menganggap bahwa struktur sosial dapat dibagi menjadi dua bagian utama, prinsip pertama diterapkan yang satu, yang kedua pada yang lain. Mereka membagi antara aspek-aspek sistem sosial yang mendefinisikan dan menjamin kebebasan warganegara dan aspek-aspek yang menunjukkan dan mengukuhkan ketimpangan sosial ekonomi. Kebebasan dasar warga Negara adalah kebebasan politik (hak untuk memilih dan dipilih menduduki jabatan publik) bersama dengan kebebasan berbicara dan berserikat, kebebasan

berkeyakinan dan kebebasan berpikir, kebebasan seseorang seiring dengan kebebasan untuk mempertahankan hak milik (personal), dan kebebasan dari penangkapan sewenang-wenang sebagaimana didefinisikan oleh konsep *rule of law*. Kebebasan-kebebasan ini oleh prinsip pertama diharuskan setara, karena warga suatu masyarakat yang adil mempunyai hak-hak dasar yang sama.

Prinsip kedua berkenaan dengan distribusi pendapatan dan kekayaan serta dengan desain organisasi yang menggunakan perbedaan dalam otoritas dan tanggung jawab, atau rantai komando. Sementara distribusi kekayaan dan pendapatan tidak perlu sama, harus demi keuntungan semua orang, dan pada saat yang sama, posisi-posisi otoritas dan jabatan komando harus bisa diakses oleh semua orang. Masyarakat yang menerapkan prinsip kedua dengan membuat posisi-posisinya terbuka bagi semua orang, sehingga tunduk dengan batasan ini, akan mengatur ketimpangan sosial ekonomi sedemikian hingga semua orang diuntungkan.⁶¹

Prinsip-prinsip ini ditata dalam tata urutan dengan prinsip pertama mendahului prinsip kedua. Urutan ini mengandung arti bahwa pemisahan dari lembaga-lembaga kebebasan setara yang diperlukan prinsip pertama tidak bisa dijustifikasi, atau digantikan dengan, keuntungan sosial dan ekonomi yang lebih besar. Distribusi kekayaan

⁶¹ *Ibid*, John Rawls, h. 73

dan pendapatan, serta hierarki otoritas, harus sejalan dengan kebebasan warga negara dan kesamaan kesempatan.

Jelas bahwa prinsip-prinsip tersebut agak spesifik isinya, dan penerimaan mereka terletak pada asumsi-asumsi tertentu yang pada akhirnya harus dijelaskan. Teori keadilan tergantung pada teori masyarakat dalam hal-hal yang akan tampak nyata nanti. Sekarang, harus dicermati bahwa dua prinsip tersebut (dan hal ini berlaku pada semua rumusan) adalah kasus khusus tentang konsepsi keadilan yang lebih umum yang bisa dijelaskan sebagai berikut:⁶²

Semua nilai sosial-kebebasan dan kesempatan, pendapatan dan kekayaan dan basis-basis harga diri-didistribusikan secara sama kecuali jika distribusi yang tidak sama dari sebagian, atau semua, nilai tersebut demi keuntungan semua orang.

Ketidakadilan adalah ketimpangan yang tidak menguntungkan semua orang. Tentu, konsepsi ini sangat kabur dan membutuhkan penafsiran.

Sebagai langkah pertama, struktur dasar masyarakat mendistribusikan sejumlah nilai-nilai primer, yakni segala sesuatu yang diinginkan semua orang yang berakal. Nilai-nilai ini biasanya punya kegunaan apa pun rencana hidup seseorang. Sederhananya, anggaplah bahwa nilai-nilai primer utama pada disposisi masyarakat adalah hak dan kebebasan, kekuasaan dan kesempatan, pendapatan dan

⁶² *Ibid*, John Rawls, h. 74

kekayaan. Hal-hal tersebut merupakan nilai-nilai sosial primer. Nilai-nilai primer lain seperti kesehatan dan kekuatan, kecerdasan dan imajinasi, hal-hal natural, kendati kepemilikan mereka dipengaruhi oleh struktur dasar, namun tidak langsung berada di bawah kontrolnya. Tatanan hipotesis awal di mana semua nilai primer di distribusikan secara sama, semua orang punya hak dan kewajiban yang sama, pendapatan dan kekayaan dibagi sama rata. Kondisi ini memberikan standar untuk menilai perbaikan. Jika ketimpangan kekayaan dan kekuasaan organisasional akan membuat semua orang menjadi lebih baik daripada situasi asal hipotesis ini, maka mereka sejalan dengan konsepsi umum.

Mustahil secara teoritis, bahwa dengan memberikan sejumlah kebebasan fundamental, mereka secara memadai dikompensasi capaian-capaian ekonomi dan sosialnya. Konsepsi keadilan umum tidak menerapkan batasan pada jenis ketimpangan apa yang diperbolehkan, hanya mengharuskan agar posisi semua orang bisa diperbaiki. Tidak perlu mengandaikan sesuatu yang amat drastis seperti persetujuan pada perbudakan. Dalam kondisi tersebut, orang-orang justru menanggalkan hak-hak politik tertentu manakala keuntungan ekonomi signifikan dan kemampuan mereka untuk memengaruhi arus kebijaksanaan melalui penerapan hak-hak tersebut pada semua kasus akan terpinggir. Pertukaran jenis ini yang akan diungkapkan dua prinsip tersebut, setelah diurutkan secara serial

mereka tidak mengizinkan pertukaran antara kebebasan dasar dengan capaian-capaian sosial dan ekonomi. Urutan secara serial atas prinsip-prinsip tersebut mengekspresikan pilihan dasar di antara nilai-nilai sosial primer. Ketika pilihan ini rasional, begitu pula pilihan prinsip-prinsip tersebut dalam urutan ini.⁶³

Dalam mengembangkan keadilan sebagai *fairness*, dalam banyak hal akan mengabaikan konsepsi umum tentang keadilan dan justru mengulas kasus khusus dua prinsip dalam urutan. Keuntungan dari prosedur ini, bahwa sejak awal persoalan prioritas diakui, kemudian diciptakan upaya untuk menemukan prinsip-prinsip untuk mengatasinya. Orang digiring untuk memperhatikan seluruh kondisi di mana pengetahuan tentang yang absolute memberi penekanan pada kebebasan dengan menghargai keuntungan sosial dan ekonomi, sebagaimana didefinisikan oleh *leksikal order* dua prinsip tadi, akan jadi masuk akal. Urutan ini tampak ekstrim dan terlampau spesial untuk menjadi hal yang sangat menarik, namun ada lebih banyak justifikasi daripada yang akan terlihat pada pandangan pertama. Atau setidaknya seperti yang akan disebutkan. Selain itu, perbedaan antara hak-hak dan kebebasan fundamental dengan keuntungan sosial dan ekonomi menandai perbedaan di antara nilai sosial primer yang seharusnya dimanfaatkan. Perbedaan yang ada dan urutan yang diajukan hanya bersandar pada perkiraan. Namun penting untuk

⁶³ *Ibid*, John Rawls, h. 75

menunjukkan kalimat utama dari konsepsi keadilan yang masuk akal, dan dalam kondisi, dua prinsip dalam tata urutan serial tersebut bisa cukup berguna.⁶⁴

Kenyataan bahwa dua prinsip tersebut bisa diterapkan pada berbagai lembaga punya konsekuensi tertentu. Berbagai hal menggambarkan hal ini. Pertama, hak-hak dan kebebasan yang diacu oleh prinsip-prinsip ini adalah hak-hak dan kebebasan yang didefinisikan oleh aturan publik dari struktur dasar. Kebebasan orang ditentukan oleh hak dan kewajiban yang dibentuk lembaga-lembaga utama masyarakat. Kebebasan orang ditentukan oleh hak dan kewajiban yang dibentuk lembaga-lembaga utama masyarakat. Kebebasan merupakan pola yang pasti dari bentuk-bentuk sosial. Prinsip pertama menyatakan bahwa seperangkat aturan tertentu, aturan-aturan yang mendefinisikan kebebasan dasar, diterapkan pada semua orang secara sama dan membiarkan kebebasan ekstensif yang sesuai dengan kebebasan bagi semua. Satu alasan untuk membatasi hak-hak yang menentukan kebebasan dan mengurangi kebebasan bahwa hak-hak setara sebagaimana didefinisikan secara institusional tersebut saling mencampuri.⁶⁵

Hal lain yang harus diingat bahwa ketika prinsip-prinsip menyebutkan *person*, atau menyatakan bahwa semua orang memperoleh sesuatu dari ketidaksetaraan, acuannya *person* yang

⁶⁴ *Ibid*, John Rawls, h. 75

⁶⁵ *Ibid*, John Rawls, h. 75

memegang berbagai posisi sosial, atau jabatan atau apapun yang dikukuhkan oleh struktur dasar. Dalam menerapkan prinsip kedua diasumsikan bahwa dimungkinkan untuk memberi harapan akan kesejahteraan pada individu-individu yang memegang posisi-posisi tersebut. Harapan ini menunjukkan masa depan hidup mereka sebagaimana dilihat dari status sosial mereka. Secara umum, harapan orang-orang representatif bergantung pada distribusi hak dan kewajiban di seluruh struktur dasar. Ketika hal ini berubah, harapan berubah. Dapat diasumsikan bahwa harapan-harapan tersebut terhubung dengan menaikkan masa depan orang yang representatif pada satu posisi, berarti kita meningkatkan atau menurunkan masa depan orang-orang representatif di posisi-posisi lain. Hal ini bisa diterapkan pada bentuk-bentuk institusional, prinsip kedua (atau bagian pertamanya) mengacu pada harapan akan individu-individu representative. Kedua prinsip tersebut tidak bisa diterapkan pada distribusi nilai-nilai tertentu pada individu-individu tertentu yang bisa diidentifikasi oleh nama-nama pas mereka. Situasi di mana seseorang mempertimbangkan bagaimana mengalokasikan komoditas-komoditas tertentu pada orang-orang yang membutuhkan yang diketahui tidak berada dalam cakupan prinsip tersebut. Mereka bermaksud mengatur tatanan institusional dasar, dan tidak boleh mengasumsikan bahwa terdapat banyak kesamaan dari sudut pandang keadilan antara porsi administratif berbagai nilai pada *person-person* spesifik dengan desain

yang layak tentang masyarakat. Intuisi *common sense* mengenai porsi administratif mungkin merupakan panduan yang buruk bagi desain tata masyarakat.⁶⁶

Prinsip kedua menuntut agar setiap orang mendapat keuntungan dari ketimpangan dalam struktur dasar. Berarti pasti masuk akal bagi setiap orang representatif yang didefinisikan oleh struktur ini, ketika ia memandangnya sebagai sebuah titik perhatian, untuk memilih masa depannya dengan ketimpangan daripada masa depannya tanpa ketimpangan. Orang tidak boleh menjustifikasi perbedaan pendapatan atau kekuatan organisasional karena orang-orang lemah lebih diuntungkan oleh lebih banyaknya keuntungan orang lain. Lebih sedikit penghapusan kebebasan yang dapat diseimbangkan dengan cara ini. Dengan diterapkan pada struktur dasar, prinsip utilitas akan memaksimalkan jumlah harapan orang-orang representative (ditekankan oleh sejumlah orang yang mereka wakili, dalam pandangan klasik), dan hal ini akan membuat kita mengganti sejumlah kerugian dengan pencapaian hal lain. Dua prinsip tersebut menyatakan bahwa semua orang mendapat keuntungan dari ketimpangan sosial dan ekonomi. Namun jelas bahwa ada banyak cara yang membuat semua orang bisa diuntungkan ketika penataan awal atas kesetaraan dianggap sebagai standar. Bagaimana memilih di antara berbagai kemungkinan

⁶⁶ *Ibid*, John Rawls, h. 75.

ini? Pada prinsipnya harus jelas sehingga dapat memberikan kesimpulan yang pasti.⁶⁷

2. Teori Penegakan Hukum Sebagai *Middle Theory*.

Teori penegakan hukum merupakan merupakan teori yang digunakan oleh penulis, karena pemahamannya jika penegakan hukum dilakukan, maka kepastian hukum akan mengikutinya. Dengan kata lain bahwa kepastian hukum akan terealisasi dengan adanya penegakan hukum.

Teori Penegakan Hukum Negara Indonesia adalah negara hukum.⁶⁸ Negara hukum yang dimaksud adalah negara yang menegakkan supremasi⁶⁹ hukum untuk menegakkan kebenaran dan keadilan. Secara umum, dalam setiap negara yang menganut paham negara hukum terdapat tiga prinsip dasar, yaitu supremasi hukum (*supremacy of law*), kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the law*), dan penegakan hukum dengan cara yang tidak bertentangan dengan hukum (*due process of law*).

Penjabaran selanjutnya, bahwa pada setiap negara hukum mempunyai ciri-ciri sebagai berikut :⁷⁰

1. Jaminan perlindungan hak-hak asasi manusia;
2. Kekuasaan kehakiman atau peradilan yang merdeka;
3. Legalitas dalam arti hukum, yaitu bahwa baik pemerintah / Negara

⁶⁷ *Ibid* John Rawls, h. 75.

⁶⁸ Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 1 Ayat 3.

⁶⁹ Hukum merupakan hal tertinggi dalam mencapai keadilan

⁷⁰ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, 2008, *Panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta, h. 46.

maupun warga Negara dalam bertindak harus berdasar atas melalui hukum.

Utrecht mengemukakan, hukum adalah himpunan petunjuk hidup (perintah-perintah dan larangan-larangan) yang mengatur tata tertib dalam suatu masyarakat dan seharusnya ditaati oleh anggota masyarakat yang bersangkutan.⁷¹ Menurut J.C.T Simorangkir, hukum adalah peraturan-peraturan yang bersifat memaksa, yang menentukan tingkah laku manusia dalam lingkungan masyarakat yang dibuat oleh badan-badan resmi yang berwajib, pelanggaran terhadap peraturan tadi berakibatkan diambilnya tindakan, dengan hukuman tertentu.⁷²

Hukum dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara memiliki kedudukan penting, Saleh menyatakan, bahwa:“Cita hukum bangsa dan negara Indonesia adalah pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, untuk membangun negara yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Cita hukum itulah Pancasila”.⁷³

Negara Indonesia dalam mencapai cita hukumnya, sesuai pada Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi, “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.” Dengan begitu, bahwa setiap sikap, kebijakan, dan perilaku alat negara dan

⁷¹ Utrecht, 1966, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Tanpa penerbit, Jakarta, h. 13.

⁷² J.B Daliyo, 2007, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenhallindo, Jakarta, h. 30.

⁷³ Roeslan Saleh, 1996, *Pembinaan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional*, Karya Dunia Fikir, Jakarta, h. 15.

penduduk (warga negara dan orang asing) harus berdasarkan dan sesuai dengan hukum.⁷⁴

Upaya mewujudkan kehidupan yang damai, aman dan tentram, diperlukan adanya aturan untuk mengatur kehidupan sosial masyarakat agar sesama manusia dapat berperilaku dengan baik dan rukun.

Friedman menyatakan, bahwa berhasil atau tidaknya penegakan hukum bergantung pada : Substansi Hukum, Struktur Hukum/ Pranata Hukum dan Budaya Hukum.⁷⁵ Substansi Hukum adalah bagian substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, atau aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup hukum yang hidup (*living law*), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab Undang-Undang (*law books*).

Struktur Hukum/ Pranata Hukum disebut sebagai sistem struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh Undang-Undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan "*fiat justitia et pereat mundus*" (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas,

⁷⁴ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *op.cit.*, h. 48.

⁷⁵<http://ashibly.blogspot.com/2011/07/teori-hukum.html>

kompeten dan independen. Seberapa bagusnya suatu peraturan perUndang-Undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya. Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum di antaranya adalah lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas, bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, peraturannya apabila buruk, sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka. Budaya/ Kultur M. Friedman adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan. Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Baik substansi hukum, struktur hukum maupun budaya hukum saling keterkaitan antara satu dengan yang lain dan tidak dapat dipisahkan.

Dalam pelaksanaannya diantara ketiganya harus tercipta hubungan yang saling mendukung agar tercipta pola hidup aman, tertib, tentram dan damai.

Kemudian Jimly Asshiddiqie dalam makalahnya mengatakan,⁷⁶ Penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Ditinjau dari sudut subjeknya, penegakan hukum itu dapat dilakukan oleh subjek yang luas dan dapat pula diartikan sebagai upaya penegakan hukum oleh subjek dalam arti yang terbatas atau sempit. Proses penegakan hukum dalam arti luas adalah melibatkan semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum. Siapa saja yang menjalankan aturan normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dengan mendasarkan diri pada norma aturan hukum yang berlaku, berarti dia menjalankan atau menegakkan aturan hukum. Penegakan hukum dalam arti sempit, dari segi subjeknya itu, adalah hanya diartikan sebagai upaya aparaturnya penegakan hukum tertentu untuk menjamin dan memastikan, bahwa suatu aturan hukum berjalan sebagaimana seharusnya. Untuk memastikan tegaknya hukum itu, apabila diperlukan, aparaturnya penegak hukum itu diperkenankan untuk menggunakan daya paksa. Pengertian penegakan hukum itu dapat pula ditinjau dari sudut objeknya, yaitu dari segi hukumnya. Dalam hal ini, pengertiannya juga

⁷⁶Jimly Asshiddiqie, *Makalah Penegakan Hukum*, diakses dari google.com pada 10 Nov 2014.

mencakup makna yang luas dan sempit. Dalam arti luas, penegakan hukum itu mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya bunyi aturan formal maupun nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Tetapi, dalam arti sempit, penegakan hukum itu hanya menyangkut penegakan peraturan yang formal dan tertulis saja. Karena itu, penerjemahan perkataan '*law enforcement*' ke dalam bahasa Indonesia dalam menggunakan perkataan '*penegakan hukum*' dalam arti luas dan dapat pula digunakan istilah '*penegakan peraturan*' dalam arti sempit. Perbedaan antara formalitas aturan hukum yang tertulis dengan cakupan nilai keadilan yang dikandungnya ini bahkan juga timbul dalam bahasa Inggris sendiri dengan dikembangkannya istilah '*the rule of law*' versus '*the rule of just law*' atau dalam istilah '*the rule of law and not of man*' versus istilah '*the rule by law*' yang berarti '*the rule of man by law*'.

Dalam istilah '*the rule of law*' terkandung makna pemerintahan oleh hukum, tetapi bukan dalam artinya yang formal, melainkan mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Karena itu, digunakan istilah '*the rule of just law*'.

Dalam istilah '*the rule of law and not of man*' dimaksudkan untuk menegaskan, bahwa pada hakikatnya pemerintahan suatu negara hukum modern itu dilakukan oleh hukum, bukan oleh orang. Istilah sebaliknya adalah '*the rule by law*' yang dimaksudkan sebagai pemerintahan oleh orang yang menggunakan hukum sekedar sebagai alat kekuasaan belaka. Dengan uraian di atas jelaslah kiranya, bahwa yang dimaksud dengan

penegakan hukum itu kurang lebih merupakan upaya yang dilakukan untuk menjadikan hukum, baik dalam arti formil yang sempit maupun dalam arti materiel yang luas, sebagai pedoman perilaku dalam setiap perbuatan hukum, baik oleh para subjek hukum yang bersangkutan maupun oleh aparaturnya yang resmi diberi tugas dan kewenangan oleh Undang-Undang untuk menjamin berfungsinya norma-norma hukum yang berlaku dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Seperti disebut di muka, secara objektif, norma hukum yang hendak ditegakkan mencakup pengertian hukum formal dan hukum materiel.

Hukum formal hanya bersangkutan dengan peraturan perUndang-Undangan yang tertulis, sedangkan hukum materiel mencakup pula pengertian nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dalam bahasa yang tersendiri, kadang-kadang orang membedakan antara pengertian penegakan hukum dan penegakan keadilan. Penegakan hukum dapat dikaitkan dengan pengertian '*law enforcement*' dalam arti sempit, sedangkan penegakan hukum dalam arti luas, dalam arti hukum materiel, diistilahkan dengan penegakan keadilan.

Dalam bahasa Inggris juga terkadang dibedakan antara konsepsi '*court of law*' dalam arti pengadilan hukum dan '*court of justice*' atau pengadilan keadilan. Bahkan dengan semangat yang sama pula, Mahkamah Agung di Amerika Serikat disebut dengan istilah '*Supreme Court of Justice*'. Istilah-istilah itu dimaksudkan untuk menegaskan,

bahwa hukum yang harus ditegakkan itu pada intinya bukanlah norma aturan itu sendiri, melainkan nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya.

Dalam perkara perdata dikatakan, bahwa hakim cukup menemukan kebenaran formil belaka. Namun demikian, hakikat tugas hakim itu sendiri memang seharusnya mencari dan menemukan kebenaran materiel untuk mewujudkan keadilan materiel. Pengertian tentang penegakan hukum sudah seharusnya berisi penegakan keadilan itu sendiri, sehingga istilah penegakan hukum dan penegakan keadilan merupakan dua sisi dari mata uang yang sama.

Setiap norma hukum sudah dengan sendirinya mengandung ketentuan tentang hak-hak dan kewajiban-kewajiban para subjek hukum dalam lalu lintas hukum. Norma-norma hukum yang bersifat dasar, tentulah berisi rumusan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang juga dasar dan mendasar. Aparatur penegak hukum mencakup pengertian mengenai institusi penegak hukum dan aparat (orangnya) penegak hukum.

Arti sempit, dalam perkara perdata, bahwa aparaturnya penegak hukum yang terlibat dalam proses tegaknya hukum itu, dimulai dari saksi dan hakim. Dalam proses bekerjanya aparaturnya penegak hukum itu, terdapat tiga elemen penting yang mempengaruhi, yaitu: (a). institusi penegak hukum beserta berbagai perangkat sarana dan prasarana pendukung dan mekanisme kerja kelembagaannya; (b). budaya kerja yang terkait dengan aparaturnya, termasuk mengenai kesejahteraan aparaturnya, dan (c). perangkat

peraturan yang mendukung baik kinerja kelembagaannya maupun yang mengatur materi hukum yang dijadikan standar kerja, baik hukum materielnya maupun hukum acaranya. Upaya penegakan hukum secara sistemik haruslah memperhatikan ketiga aspek itu secara simultan, sehingga proses penegakan hukum dan keadilan itu sendiri secara internal dapat diwujudkan secara nyata. Namun demikian, selain ketiga faktor di atas, keluhan berkenaan dengan kinerja penegakan hukum di negara kita selama ini, sebenarnya juga memerlukan analisis yang lebih menyeluruh lagi. Upaya penegakan hukum hanya satu elemen saja dari keseluruhan persoalan kita sebagai Negara Hukum yang mencita-citakan upaya menegakkan dan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Hukum tidak mungkin akan tegak, jika hukum itu sendiri tidak atau belum mencerminkan perasaan atau nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakatnya.

Hukum tidak mungkin menjamin keadilan jika materinya sebagian besar merupakan warisan masa lalu yang tidak sesuai lagi dengan tuntutan zaman. Artinya, persoalan yang kita hadapi bukan saja berkenaan dengan upaya penegakan hukum tetapi juga pembaruan hukum atau pembuatan hukum baru. Karena itu, ada empat fungsi penting yang memerlukan perhatian yang seksama, yaitu (1) pembuatan hukum (*'the legislation of law'* atau *'law and rule making'*), (2) sosialisasi, penyebarluasan dan bahkan pembudayaan hukum (*socialization and promulgation of law*, dan (3) penegakan hukum (*the enforcement of law*). Ketiganya membutuhkan

dukungan (4) administrasi hukum (*the administration of law*) yang efektif dan efisien yang dijalankan oleh pemerintahan (eksekutif) yang bertanggungjawab (*accountable*). Karena itu, pengembangan administrasi hukum dan sistem hukum dapat disebut sebagai agenda penting yang keempat sebagai tambahan terhadap ketiga agenda tersebut di atas. Dalam arti luas, '*the administration of law*' itu mencakup pengertian pelaksanaan hukum (*rules executing*) dan tata administrasi hukum itu sendiri dalam pengertian yang sempit.

Misalnya dapat dipersoalkan sejauhmana sistem dokumentasi dan publikasi berbagai produk hukum yang ada selama ini telah dikembangkan dalam rangka pendokumentasian peraturan-peraturan (*regels*), keputusan-keputusan administrasi negara (*beschikking*), ataupun penetapan dan putusan (*vonis*) hakim di seluruh jajaran dan lapisan pemerintahan dari pusat sampai ke daerah-daerah.

Kejelasan sistem administrasi, pengaksesan peraturan, mengantarkan tegaknya hukum dan kepastian hukum. Meskipun ada teori '*fiktie*' yang diakui sebagai doktrin hukum yang bersifat universal, hukum juga perlu difungsikan sebagai sarana pendidikan dan pembaruan masyarakat (*social reform*), dan karena itu ketidaktahuan masyarakat akan hukum tidak boleh dibiarkan tanpa usaha sosialisasi dan pembudayaan hukum secara sistematis dan bersengaja.⁷⁷ Manan, berkata⁷⁸ bahwa "kita percaya pada pedang keadilan hakim, karena itu hakim perlu selalu

⁷⁷ *Ibid.* Jimly Asshiddiqie,

⁷⁸ Baqir Manan, 2000, *Peran Hakim Dalam Dekolonisasi Hukum, Dalam Wajah Hukum Di Era Reformasi*, Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 264.

berwawasan luas dalam menerapkan hukum. Hakim bukan “mulut” Undang-Undang. Hakim adalah pemberi keadilan. Apabila ada pertentangan antara keadilan dan hukum, hakim wajib memihak keadilan dan mengesampingkan hukum”.senada dengan Pendapat Siregar pada pernyataan Sidik Sunaryo,⁷⁹ bahwa “bila untuk menegakkan keadilan, saya harus korbankan kepastian hukumnya, maka akan saya korbankan hukum itu. Menurut saya, hukum hanya sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan. Mengapa tujuan dikorbankan karena sarana ?”.

Menurut Satjipto Rahardjo,⁸⁰ bahwa “paradigma penegakan hukum semestinya lebih mengutamakan sisi kemanusiaan (keadilan) dibandingkan penerapan Pasal peraturan (kepastian hukum). Penegak hukum tidak cukup hanya mengetahui kata dalam peraturan, tetapi harus mencari makna di balik kata itu.” Sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat An-Nisa’ Ayat 58 :

وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ

Artinya : “Dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia, supaya kamu menetapkan dengan adil” (Q.S. An-Nisaa’ : 58).⁸¹

Dan firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat An-Nisa’ Ayat 135 :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ

⁷⁹ Bismar Siregar, dalam Sidik Sunaryo, 2004, dalam *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Penerbit Universitas Muhammadiyah Malang, Malang,h. 27.

⁸⁰ Satjipto Rahardjo, *Diskusi Panel Memperingati Dies Natalis Ke-49 Fakultas Hukum UNDIP*, tanggal 17 Januari 2006 Kompas, 20 Januari 2006, h. huruf h.

⁸¹ Al-Hakim, *op.cit.*, h. 69.

أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ

Artinya: “Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah, biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu”. (Q.S. An-Nisaa’: 135)⁸².

Teori Penegakan Hukum, yaitu Penegakan Hukum Friedman dan Penegakan Hukum Progresif, penulis pergunakan untuk menganalisis permasalahan yang pertama dan permasalahan yang kedua dalam Disertasi ini.

Pada penegakan hukum juga ada salah satu unsur yaitu kepastian hukum, Di era reformasi dan transformasi ini, semakin banyak visi, misi dan tujuan yang harus dicapai oleh suatu proses penerapan hukum di Pengadilan. Di samping untuk mencapai keadilan, secara klasik hukum juga mempunyai tujuan untuk menciptakan kepastian hukum bagi manusia pribadi maupun bagi masyarakat luas. Di samping itu, banyak tujuan lainnya dari hukum yang harus dicapai di era reformasi dan transformasi ini. Dalam hal ini, hukum harus dapat menyelaraskan antara unsur keadilan, unsur kepastian hukum, dan elemen-elemen lainnya. Sebab, seringkali antara keadilan, kepastian hukum dan unsur-unsur lainnya saling bertentangan satu sama lain. Karena itu, dalam ilmu hukum dikenal istilah ”*summum ius summa injuria*” (keadilan tertinggi adalah ketidakadilan tertinggi).

⁸² Al-Hakim, *op.cit.*, h. 79.

Salah satu contoh dari kontradiksi yang tajam antara elemen keadilan dengan elemen kepastian hukum adalah dalam pranata hukum "kadaluwarsa". Seorang penjahat tidak lagi dapat dituntut ke muka hakim jika sampai batas waktu tertentu belum juga dapat ditangkap oleh penegak hukum. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana menyebutkan seperti itu. Dalam hal ini, penuntutan hukum terhadap pelaku kejahatan dianggap sudah kadaluwarsa. Dalam keadaan seperti ini, dapat dibayangkan betapa dapat melukai keadilan masyarakat, apalagi keadilan dari korban kejahatan, manakala si penjahat tidak dihukum hanya karena penjahat tersebut tidak tertangkap untuk dalam jangka waktu tertentu. Sesungguhnya, apa yang dikejar hukum jika tega membiarkan penjahat tetap melanglang buana di luar penjara. Tidak lain yang dikejar adalah unsur kepastian hukum, meskipun ongkosnya adalah dengan mengorbankan unsur keadilan. Hal seperti ini banyak terjadi dalam berbagai pranata hukum yang ada. Karena jika hukum tidak pasti, maka masyarakat juga yang susah.⁸³

Di Indonesia sering terdapat ungkapan bahwa sektor hukum tidak memberikan kepastian hukum bagi masyarakat sehingga pihak negara asing, orang asing dan pihak pemodal asing segan masuk atau berhubungan dengan Indonesia. Sebab, bukankah ketidakpastian hukum akan berdampak pada ketidakpastian berusaha di Indonesia. Akibat dari ketidakadaan unsur kepastian hukum ini, maka secara keseluruhan hukum

⁸³ Munir Fuady, *Dinamika Teori Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2007, h. 180

Indonesia menjadi tidak dapat diprediksi (*unpredictable*). Misalnya, jika kita beracara perdata di pengadilan-pengadilan negeri, sukar diprediksi hasilnya. Seringkali perkara yang cukup kuat alat buktinya, tetapi tiba-tiba kalah di pengadilan dengan alasan yang tidak jelas, bahkan dengan alasan yang tergolong naif.

Sebaliknya, sering juga kasus dimana pihak yang sangat lemah kedudukan hukum dan pembuktiannya, di luar dugaan ternyata dia dapat dimenangkan oleh pengadilan. Dalam hal ini, sebenarnya persoalan utamanya terletak pada masalah penafsiran dan penerapan hukum yang tidak benar. Akibatnya, banyak putusan pengadilan, termasuk putusan Mahkamah Agung sekarang ini yang tidak terukur, tidak prediktif dan bersifat keagetan.⁸⁴

Jika unsur keadilan jarang terpenuhi dalam suatu penerapan hukum dan unsur kepastian hukumnya juga terpinggirkan, maka pantaslah penerapan hukum yang demikian dikatakan telah jatuh sampai pada titik nadir. Artinya, luar biasa jeleknya dan nuansa seperti inilah yang sedang terjadi di Indonesia. Ironisnya, hal seperti ini masih terjadi di jaman reformasi, di mana masyarakat menggantungkan harapan yang besar terhadap Mahkamah Agung untuk menciptakan dan menerapkan hukum secara baik, dengan argumentasi yuridis yang rasional dan terbuka. Ketika masyarakat melihat reformasi hukum, sebenarnya hanya retorika belaka tanpa bisa terwujud dalam kenyataan sehingga masyarakat semakin tidak

⁸⁴ *Ibid*, Munir Fuady, h. 180

percaya baik kepada hukum maupun kepada para penegak hukum, termasuk terhadap para korps hakim. Ketidakpercayaan ini sudah berada pada tingkat yang sangat parah. Korupsi dan suap menyuap terhadap polisi, jaksa dan hakim sudah banyak yang terbongkar.

Di samping itu, persaingan dan pertikaian segitiga antara Komisi Yudisial, Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi yang dimulai di awal tahun 2006, ditambah dengan kericuhan dari majelis hakim Pengadilan Tindak Pidana Korupsi Jakarta Pusat tentang perlu tidaknya dipanggil Bagir Manan (ketua Mahkamah Agung saat itu) ke Pengadilan Tindak Pidana Korupsi sebagai saksi, merupakan contoh-contoh yang menyebabkan masyarakat memberi nilai rapor merah kepada para hakim. Bahkan dewasa ini, para penegak hukum termasuk hakim dilihat secara sangat sinis oleh masyarakat.

Kewibawaan hakim sudah sangat merosot, *image building* sudah tidak terjaga, dan sistem akuntabilitas publik sudah sama sekali diabaikan. Akibat dari ketidakpercayaan masyarakat kepada hukum yang berlaku dan para penegak hukum tersebut, terdapat kecenderungan dari banyak kelompok masyarakat maupun individu untuk menjalankan hukumnya menurut caranya sendiri yang merupakan pengadilan rakyat, dengan hasilnya berupa "keadilan jalanan" (*street justice*). Misalnya, yang diduga bersalah digebug saja, atau yang disangka maling dihabiskan secara beramai-ramai atau dibakar hidup-hidup. Jadi, tidaklah berlebihan jika kita mengatakan bahwa penerapan hukum di Indonesia sekarang

sudah mundur sampai ke titik nol, seperti yang terjadi di jaman *jahiliyah* ribuan tahun silam.⁸⁵

Sebenarnya, terutama dalam tatanan normatif, secara evolutif hukum terus berkembang menuju ke arah terciptanya suatu tata hukum yang lebih baik, bukan malahan mundur ke belakang. Banyak peraturan dan Undang-Undang dibuat, baik yang baru sama sekali ataupun untuk sekedar merevisi atau mengganti aturan hukum yang lama. Tujuan terus menerus dibuatnya peraturan tersebut adalah agar tercipta perangkat hukum yang lebih baik. Dari segi ini, mestinya hukum yang ada sekarang jauh lebih maju dengan hukum sebelumnya. Hukum harus terus menerus melakukan evolusi, baik pada tataran nasional maupun pada tataran internasional. Terhadap hal ini, ahli hukum terkenal Roscoe Pound menyatakan sebagai berikut:

Semenjak hukum Romawi, orang telah belajar untuk makin lama makin baik menunaikan tugas praktisnya, guna mengatur hubungan-hubungan dan menertibkan kelakuan supaya dapat dikekang insting dorongan kehendak insan yang agresif dari masing-masing orang dan menggunakan dorongan kehendak insan secara bekerja sama demi kemajuan peradaban.⁸⁶

Akan tetapi, meskipun tatanan hukum dalam arti normatif seyogyanya semakin hari semakin baik seperti yang dikatakan oleh Roscoe Pound tersebut, tidak berarti bahwa tujuan dari hukum tersebut, termasuk

⁸⁵ *Ibid*, Munir Fuady, h. 23

⁸⁶ Roscoe Pound, *Tugas Hukum*, terjemahan Moh. Radjab, Jakarta: Bharata, 1965, h. 60

tercapainya keadilan dan kepastian hukum semakin hari semakin baik. Karena banyak juga orang merasa keadilan di jaman penjajahan di rasa lebih baik dengan sekarang ini. Kata orang, dulu di masa penjajahan Belanda, kepastian dan wibawa hukum jauh lebih terasa dari sekarang. Hal ini karena perwujudan tujuan hukum ke dalam masyarakat, termasuk perwujudan unsur keadilan dan kepastian hukum, masih tergantung minimal kepada dua hak lain, yaitu sebagai berikut:

- a. Kebutuhan akan hukum yang semakin besar yang oleh hukum harus selalu dipenuhi
- b. Kesadaran hukum manusia dan masyarakat yang semakin hari semakin bertambah tinggi sehingga hal tersebut harus direspons dengan baik oleh hukum.⁸⁷

Dengan demikian, jelas bahwa faktor penerapan hukum mesti selalu dibenahi jika ingin didapati suatu output hukum yang baik. Unsur terpenting dalam penerapan hukum adalah unsur penegak hukum itu sendiri, *in casu* yang berpusat di Mahkamah Agung sebagai benteng terakhirnya. Karena itu, perbaikan sektor penegak hukum di Indonesia saat ini merupakan hal yang tidak bisa ditawar-tawar, baik dalam arti perbaikan moral, kualitas dan kuantitas, profesionalisme, metode kerjanya, dan sebagainya. Di samping itu, tentu saja peradilan yang bersih, berwibawa, modern, cepat, murah dan *predictable*, merupakan dambaan dari masyarakat Indonesia yang memang juga diinginkan oleh cita hukum

⁸⁷ *Ibid*, Roscoe Pound, h. 60

bangsa ini, karena bangsa Indonesia tentu menghendaki agar hukumnya siap bersaing dan siap bersanding dengan hukum-hukum dari negara lain dalam masa globalisasi dan transformasi ini.

3. Teori Perlindungan Hukum Sebagai *Application Theory*.

Subyek hukum selaku pemikul hak-hak dan kewajiban-kewajiban (*de drager van de rechten en plichten*), baik itu manusia (*natuurlijke persoon*), badan hukum (*rechtspersoon*), maupun jabatan (*ambt*), dapat melakukan tindakan-tindakan hukum berdasarkan kemampuan (*bekwaam*) atau kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimilikinya. Dalam pergaulan di tengah masyarakat, banyak terjadi hubungan hukum yang muncul sebagai akibat adanya tindakan-tindakan hukum dari subyek hukum itu. Tindakan hukum ini merupakan awal lahirnya hubungan hukum (*rechtsbetrekking*), yakni interaksi antar subyek hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat-akibat hukum. Agar hubungan hukum antar subyek hukum itu berjalan secara harmonis, seimbang dan adil, dalam arti setiap subyek hukum mendapatkan apa yang menjadi haknya dan menjalankan kewajiban yang dibebankan kepadanya, maka hukum tampil sebagai aturan main dalam mengatur hubungan hukum tersebut. Hukum diciptakan sebagai suatu sarana atau instrumen untuk mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban subyek hukum.⁸⁸

Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan bagi subyek hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo, hukum

⁸⁸ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: UII Press, 2002, h. 210

berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum.⁸⁹ Pelanggaran hukum terjadi ketika subyek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak-hak subyek hukum lain. Subyek hukum yang dilanggar hak-haknya harus mendapatkan perlindungan hukum.

Fungsi hukum sebagai instrumen pengatur dan instrumen perlindungan ini, di samping fungsi lainnya sebagaimana disebutkan di bawah, diarahkan pada suatu tujuan yaitu untuk menciptakan suasana hubungan hukum antar subyek hukum secara harmonis, seimbang, damai, dan adil. Ada pula yang mengatakan bahwa:

“Doel van het rechts is een vreedzame ordering van samenleving. Het recht wil de vrede...den vrede onder de mensen bewaart het recht door bepalde menselijke belangen (materiele zowel als ideele), eer, vrijheid, leven, vermogen enz. Tegen benaling te beschermen”

Artinya: (tujuan hukum adalah mengatur masyarakat secara damai. Hukum menghendaki perdamaian...Perdamaian diantara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia tertentu (baik materiil maupun ideil), kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda dan sebagainya terhadap yang merugikannya). Tujuan-

⁸⁹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1996, h. 140

tujuan hukum itu akan tercapai jika masing-masing subyek hukum mendapatkan hak-haknya secara wajar dan menjalankan kewajiban-kewajibannya sesuai dengan aturan hukum yang berlaku.

Perlindungan hukum bagi rakyat merupakan konsep universal, dalam arti dianut dan diterapkan oleh setiap negara yang mengedepankan diri sebagai negara hukum, namun seperti disebutkan Paulus E. Lotulung, masing-masing negara mempunyai cara dan mekanismenya sendiri tentang bagaimana mewujudkan perlindungan hukum tersebut, dan juga sampai seberapa jauh perlindungan hukum itu diberikan.⁹⁰

Tindakan hukum pemerintah merupakan tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya menimbulkan akibat hukum. Karakteristik paling penting dari tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah adalah keputusan-keputusan dan ketetapan-ketetapan pemerintah yang bersifat sepihak. Dikatakan bersifat sepihak karena dilakukan tidaknya suatu tindakan hukum pemerintahan itu tergantung pada kehendak sepihak dari pemerintah, tidak tergantung pada kehendak pihak lain dan tidak diharuskan ada persesuaian kehendak (*wilsovereenstemming*) dengan pihak lain.⁹¹

Keputusan dan ketetapan sebagai instrumen hukum pemerintah dalam melakukan tindakan hukum sepihak dapat menjadi penyebab terjadinya pelanggaran hukum terhadap warga negara, apalagi dalam negara hukum modern yang memberikan kewenangan yang luas kepada

⁹⁰ Paulus E. Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993, h. 123

⁹¹ Ridwan HR, *Op. Cit*, h. 289

pemerintah untuk mencampuri kehidupan warga negara. Oleh karena itu, diperlukan perlindungan hukum bagi warga negara terhadap tindakan hukum pemerintah.

Menurut Sjachran Basah, perlindungan terhadap warga negara diberikan bila sikap tindak administrasi negara itu menimbulkan kerugian terhadapnya, sedangkan perlindungan terhadap administrasi negara itu sendiri dilakukan terhadap sikap tindaknya dengan baik dan benar menurut hukum baik tertulis maupun tidak tertulis.⁹² Hukum administrasi tidak tertulis atau asas umum pemerintahan yang layak, seperti disebutkan pada bab sebelumnya, memang dimaksudkan sebagai *verhoogde rechtsbescherming* atau peningkatan perlindungan hukum bagi rakyat dari tindakan administrasi negara yang menyimpang.

Dalam rangka perlindungan hukum, keberadaan asas-asas umum pemerintahan yang layak ini memiliki peranan penting sehubungan dengan adanya *terugfred van de wetgever* atau langkah mundur pembuat Undang-Undang, yang memberikan kewenangan kepada administrasi negara untuk membuat peraturan perundang-undangan, dan adanya pemberian *freies ermessen* pada pemerintah. Di satu sisi, pemberian kewenangan legislasi kepada pemerintah untuk kepentingan administrasi ini cukup bermanfaat terutama untuk relaksasi dari kekakuan dan fridigitas Undang-Undang, namun di sisi lain pemberian kewenangan ini dapat menjadi peluang terjadinya pelanggaran kehidupan masyarakat oleh pemerintah, dengan

⁹² Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1992, h. 7-8

bertopang pada peraturan perUndang-Undangan. A.A.H. Struycken menyesalkan adanya *terugfred* ini (*betreuren deze terugfred*) dan menganggap tidak ada gunanya pengawasan hakim yang hanya diberi kewenangan untuk menguji aspek hukumnya saja (*rechtmatigheid*), sementara aspek kebijaksanaan yang mengiringi peraturan perUndang-Undangan lepas dari perhatian hakim.⁹³

Ada dua macam perlindungan hukum bagi rakyat, yaitu perlindungan hukum preventif dan represif. Pada perlindungan hukum preventif, rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Artinya perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sedangkan sebaliknya perlindungan yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Perlindungan hukum yang preventif sangat besar artinya bagi tindakan pemerintahan yang didasarkan kepada kebebasan bertindak, karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi.

Warga negara harus mendapat perlindungan hukum dari tindakan pemerintah terjadi karena terdapat beberapa alasan, yaitu *Pertama*, karena dalam berbagai hal warga negara dan badan hukum perdata tergantung pada keputusan-keputusan dan ketetapan-ketetapan pemerintah, seperti

⁹³ Ridwan HR, *Op. Cit.*, h. 291

kebutuhan terhadap izin yang diperlukan untuk usaha perdagangan, perusahaan atau pertambangan. Oleh karena itu, warga negara dan badan hukum perdata perlu mendapat perlindungan hukum, terutama untuk memperoleh kepastian hukum dan jaminan keamanan, yang merupakan faktor penentu bagi kehidupan dunia usaha. *Kedua*, hubungan antara pemerintah dengan warga negara tidak berjalan dalam posisi sejajar. Warga negara merupakan pihak yang lebih lemah dibandingkan dengan pemerintah. *Ketiga*, berbagai perselisihan warga negara dengan pemerintah itu berkenaan dengan keputusan dan ketetapan, sebagai instrumen pemerintah yang bersifat sepihak dalam melakukan intervensi terhadap kehidupan warga negara. Pembuatan keputusan dan ketetapan yang didasarkan pada kewenangan bebas (*vrijebevoegdheid*) akan membuka peluang terjadinya pelanggaran hak-hak warga negara. Meskipun demikian, bukan berarti kepada pemerintah tidak diberikan perlindungan hukum.

Disebutkan Sjachran Basah, perlindungan hukum terhadap administrasi negara itu sendiri dilakukan terhadap sikap tindaknya dengan baik dan benar menurut hukum.⁹⁴

Teori perlindungan hukum senada dengan teori kemaslahatan, sebagaimana menurut pendapat para ahli teori kemaslahatan, diantaranya imam syatibi, imam gozali dan lain sebagainya;

⁹⁴ *Ibid*, h. 293

Muhammad Mustafa Syalabi menjelaskan, bahwa *al-maslahah* adalah sesuatu yang bentuknya yang sempurna, ditinjau dari segi peruntukan sesuatu tersebut. Misalnya, keadaan *maslahah* pada pena adalah untuk menulis. Di samping itu, akibat dari suatu perbuatan yang melahirkan *maslahah* juga disebut dengan *maslahah*. Dalam hal ini, pemakaian kata *al-maslahah* dalam perbuatan tersebut bersifat *majaz*.⁹⁵

Secara terminologi, para ulama mendefinisikan *al-maslahah* sebagai berikut, bahwa: Menurut Imam Al-Ghazali,⁹⁶ bahwa pada dasarnya *al-maslahah* adalah suatu gambaran mendapatkan manfaat atau menghindari kemadharatan. Akan tetapi, bukan itu yang dimaksudkan beliau, sebab mendapatkan manfaat dan menghindari kemadharatan adalah tujuan dari kemaslahatan manusia dalam mencapai maksudnya. Yang dimaksudkan oleh beliau, bahwa *al-maslahah* adalah melindungi tujuan-tujuan syara'.

Pendapat Imam Al-Ghazali tersebut terdapat pemahaman, bahwa *al-maslahah* dalam pengertian *syar'i* ialah mendapatkan manfaat dan menolak kemadharatan dalam rangka melindungi tujuan *syara'*, yaitu melindungi agama, melindungi jiwa, melindungi akal, melindungi keturunan, dan melindungi harta. Menggunakan perkataan lain, bahwa upaya mendapatkan manfaat atau menolak kemadharatan yang semata-mata demi kepentingan duniawi tanpa mempertimbangkan tujuan *syara'*. Apabila bertentangan dengannya, maka tidak dapat disebut dengan *al-maslahah*, tetapi merupakan *mafsadah*. Imam Al-Ghazali berkata, bahwa “semua yang mengandung

⁹⁵ Muhammad Mustafa Syalabi, 1981, *Ta'li' al-Ahkam*, Dar Al-Nahdah Al-Arabiyah, Beirut, h. 278.

⁹⁶ Imam Al-Ghazali, *op.cit.*, Juz I, h. 286.

pemeliharaan tujuan *syara'* yang lima ini merupakan *al-maslahah* dan semua yang mengabaikan tujuan ini merupakan *mafsadah*". Adapun menolak yang mengabaikannya itu justru merupakan *al-maslahah*.⁹⁷ Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *maqasidut tasyri'* atau *maqasidusy syariah* yang menegaskan, bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan melindungi maslahat umat manusia.

Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, yaitu "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah."⁹⁸ Teori maslahah di sini menurut Masdar F. Mas'udi sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat hukum.⁹⁹ Seorang pemikir Islam yang bernama Imam Asy-Syatiby banyak menjelaskan tentang teori *al-mashlahah* (kemaslahatan) dalam karyanya *Al-muwafaqat* melalui konsep *maqasyidusy syari'ah* (tujuan hukum syara'). Syari'at Islam bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan umum (*mashlahah al-'ammah*) dengan cara menjadikan aturan hukum syari'ah yang paling utama dan sekaligus menjadi *shalihah li kulli zaman wa makan* (kompatibel dengan kebutuhan ruang dan waktunya) untuk sebuah kehidupan manusia yang adil, bermartabat dan bermaslahat.

⁹⁷ Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan ke I, Pustaka Setia, Bandung, h. 155.

⁹⁸ Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, 1977, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, Mu'assasah ar-Risalah, Beirut, h.12.

⁹⁹ Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah" *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an* No.3, Vol. VI Th. 1995. h. 97.

Berdasarkan teori tersebut, pelaksanaan hukum pembagian harta bersama akibat perceraian di Indonesia hendaknya diaplikasikan sesuai dengan prinsip-prinsip, asas-asas, dan tujuan hukum syara'.

Asy-Syatiby telah memberikan rambu-rambu untuk mencapai tujuan-tujuan syari'at yang bersifat *dharuriyyah*, *hajiyyah* dan *tahsiniyyah* dan berisikan lima asas hukum syara', yaitu :

- (a) Melindungi agama (*hifzhud din*)
- (b) Melindungi jiwa (*hifzhun nafsi*);
- (c) Melindungi keturunan (*hifzhun nasli*);
- (d) Melindungi akal (*hifzhul 'aqli*);
- (e) Melindungi harta (*hifzhul mal*).¹⁰⁰

Eksistensi peradilan agama apabila mampu menjamin untuk tercapainya tujuan hukum syara', maka kemaslahatan menjadi tujuan akhir. Teori *al-maslahah* yang diperkenalkan oleh Asy-yatiby dalam konsep *maqasyidusy syari'ah* ini adalah masih relevan untuk menjawab segala persoalan hukum di masa depan, termasuk pula masalah hukum pembagian harta bersama akibat perceraian.

Mashlahah (kemaslahatan) adalah tujuan dari aturan-aturan Islam. Imam Al-Ghazali menyebutnya dengan istilah *maqashidusy syari'ah*.¹⁰¹ Imam Al-Ghazali telah membagi *mashlahah* (kemaslahatan) menjadi lima prinsip dasar (*al-kulliyatul khamsi*), yaitu :

¹⁰⁰ Asy-Syatiby, Tanpa tahun, *Al-Muwafaqat, fi Ushulisy Syari'ah*, Juz II, Darul Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, h. 7.

¹⁰¹ Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Musstafamin 'Ilmil Ushul*, vol 1, Dar Ihyail Turats Al-Arabi, Beirut, h. 281.

- (a) Melindungi keyakinan/ agama (*hifzhud din*)
- (b) Melindungi jiwa (*hifzhun nafsi*);
- (c) Melindungi akal/ pikiran (*hifzhul ‘aqli*);
- (d) Melindungi kehormatan/ keturunan atau alat-alat reproduksi (*hifzhul ‘irddh*);
- (e) Melindungi harta kekayaan atau properti (*hifzhul mal*).

Imam Al-Ghazali menjelaskan, bahwa makna *mashlahah* adalah menarik manfaat atau menolak madharat. Dalam hukum Islam, bahwa yang dimaksud dengan *mashlahah* (kemaslahatan) adalah setiap hal yang bertujuan untuk melindungi agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Jadi hukum yang mengandung tujuan melindungi lima hal tersebut disebut *mashlahah* (kemaslahatan).

Afif mengungkapkan bahwa *mashlahah* atau kemaslahatan merupakan inti dalam menetapkan hukum Islam dan membimbing masyarakat Islam agar tetap menampilkan wajah Islam sebagai *rahmatan lil ‘alamin* (rahmat bagi semesta alam) dan menampilkan masyarakat yang memiliki citra moderasi dan penuh toleransi (*ummatan wasathan*).¹⁰² Dan *maqasidusy syari'ah* ini pertama kali dikenalkan oleh Imam Al-Haramain Al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, Al-Gazali. Ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *maqasidusy syari'ah* adalah Izzuddin ibn Abdus Salam dari kalangan Syafi'iyah. Dan pembahasan secara sistematis dan

¹⁰² A. Wahab Afif, *Mashlahat Al-Ummah : Suatu Pendekatan Menuju Masyarakat Muslim Moderat*, Orasi Penganugerahan Gelar Doktor Honoris Causa Ilmu Perbandingan Mazhab & Bimbingan Masyarakat Islam, 7 Agustus 2010, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunung Djati Bandung, Bandung, h. 14.

jelas dilakukan oleh Al-Syatibi dari kalangan Malikiyah dalam kitabnya *Al-Muwafaqat*. Di samping itu, At-Tufi juga ikut memberikan pandangan yang radikal dan liberal tentang *masalahah* (kemaslahatan).

Di Indonesia perlindungan hukum bagi rakyat akibat tindakan hukum pemerintah ada beberapa kemungkinan, tergantung dari instrumen hukum yang digunakan pemerintah ketika melakukan tindakan hukum. Telah disebutkan bahwa instrumen hukum yang lazim digunakan adalah keputusan dan ketetapan. Tindakan hukum pemerintah yang berupa mengeluarkan keputusan merupakan tindakan pemerintah yang termasuk dalam kategori *regeling* atau perbuatan pemerintah dalam bidang legislasi. Hal ini dikarenakan, sebagaimana yang telah disebutkan di depan, bahwa keputusan yang dikeluarkan oleh pemerintah itu merupakan peraturan perUndang-Undangan.

4. Teori Konseptual Disertasi

1. Tujuan Perkawinan

Tujuan perkawinan dalam Islam adalah untuk memenuhi tuntutan hajat dalam rangka mewujudkan suatu keluarga yang bahagia dengan dasar cinta dan kasih sayang, untuk memperoleh keturunan yang sah dalam masyarakat dengan mengikuti ketentuan-ketentuan yang telah diatur oleh Syari'ah.

Rumusan tujuan perkawinan di atas dapat diperinci sebagai berikut: 1. Menghalalkan hubungan kelamin untuk memenuhi tuntutan

hajat tabiat kemanusiaan; 2. Mewujudkan suatu keluarga dengan dasar cinta kasih; 3. Memperoleh keturunan yang sah.¹⁰³

Dari rumusan di atas, Filosof Islam Imam Ghazali membagi tujuan dan faedah perkawinan kepada empat hal, seperti berikut: 1. Memperoleh keturunan yang sah yang akan melangsungkan keturunan serta memperkembangkan suku-suku bangsa manusia; 2. Memenuhi tuntutan naluriah hidup kemanusiaan; 3. Melindungi dan mengatur rumah tangga yang menjadi basis pertama dari masyarakat yang besar di atas dasar kecintaan dan kasih sayang; 4. Menumbuhkan kesungguhan berusaha mencari rezeki penghidupan yang halal, dan memperbesar rasa tanggung jawab.¹⁰⁴

Perkawinan bertujuan membentuk keluarga meliputi rasa kasih sayang, antar anggota keluarga, keterangan tujuan tersebut terdapat pada Kompilasi Hukum Islam Pasal 3 diterangkan bahwa: “Perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang *sakinah*, *mawaddah* dan *rahmah*”¹⁰⁵.

Pasal tersebut didasarkan firman Allah surat ar-rum ayat 21:

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً
وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

Artinya:

Dan di antara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah Dia menciptakan

¹⁰³ *Ibid*, Nadimah Tanjung, h. 29

¹⁰⁴ *Ibid* Nadimah Tanjung, h. 29

¹⁰⁵ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Academia Pressindo, 1992, h. 114.

untukmu isteri-isteri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan dijadikan-Nya di antara kamu rasa kasih dan sayang. Sesungguhnya pada demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda bagi kaum yang berfikir.

Berdasarkan ayat tersebut manusia tercipta berpasangan, jelasnya laki-laki dan perempuan yang saling mencintai dan mengikat dengan pernikahan, maka antara manusia dipastikan akan mencintai antara laki-laki dan wanita, namun perkembangan zaman, banyak manusia demi keegoisannya menindas dan melupakan bahwa manusia harus kerjasama berbagi suka dan duka dengan sesama, bahkan dengan pasangannya sendiri, seperti halnya kejadian tentang pernikahan, dilihat pada zaman jahiliah sampai sekarang, mayoritas pihak lemah dan pihak penerus yang dirugikan bagi orang egois, maka perlu ada penyempurnaan aturan dengan dibentuknya undang-undang berlanjutnya kedamaian dan keadilan.

Demi mewujudkan keadilan tersebut maka peraturan-demi peraturan dimulai dari turunnya al-quran, hadist nabi dan di zaman modern ini disepakitnya undang-undang termasuk Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan yang menjurus pada wajibnya pencatatan perkawinan.

Muchtar, mengatakan bahwa prinsip-prinsip perkawinan ialah sebagai berikut: a. Kerelaan, persetujuan, dan pilihan, b. Kedudukan suami istri. c. Untuk selama-lamanya. d. Poligami dan monogami.¹⁰⁶ Adapun

¹⁰⁶Kamal Muchtar, *op.cit.*, h. 25-31.

prinsip-prinsip perkawinan tercantum pada penjelasan umum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan sebagai berikut :¹⁰⁷

- a. Tujuan perkawinan, membentuk keluarga bahagia dan kekal.
- b. Suatu perkawinan disebut sah bilamana dilakukan menurut hukum agamanya dan kepercayaannya masing-masing; dan di samping itu, tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perUndang-Undangan yang berlaku.
- c. Undang-Undang ini menganut asas monogami.

Jika dikehendaki yang bersangkutan, sebab hukum dan agama dari yang bersangkutan mengizinkannya, maka seorang suami dapat beristri lebih dari seorang. Namun perkawinan seorang suami dengan lebih dari seorang istri, hanya dapat dilakukan jika dipenuhi berbagai persyaratan tertentu dan diputuskan oleh Pengadilan.

- d. Undang-Undang ini menganut prinsip *mitsaqon golidhon*

Undang-Undang ini menganut bahwa: calon suami-istri itu harus telah masuk jiwa raganya untuk dapat melangsungkan perkawinan, agar dapat diwujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir pada perceraian dan mendapat keturunan yang baik dan sehat. Untuk itu harus dicegah adanya perkawinan antara calon suami/istri yang masih di bawah umur. Disamping itu, perkawinan mempunyai hubungan dengan masalah kependudukan. Ternyata, batas umur yang lebih rendah bagi seorang wanita untuk kawin,

¹⁰⁷Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

mengakibatkan laju kelahiran yang lebih tinggi jika dibandingkan dengan batas umur yang lebih tinggi. Berhubung dengan hal itu, maka Undang-Undang ini menentukan batas umur untuk kawin baik bagi pria maupun bagi wanita, ialah 19 (sembilan belas) tahun bagi pria dan 16 (enam belas) tahun bagi wanita.

- e. Tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga yang bahagia, kekal, dan sejashtera, maka Undang-Undang ini menganut prinsip untuk mempersukar terjadinya perceraian.
- f. Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami, baik dalam kehidupan rumah tangga maupun dalam pergaulan masyarakat, sehingga dengan demikian segala sesuatu dalam keluarga dapat dirundingkan dan diputuskan bersama oleh suami- istri¹⁰⁸.

Memahami apa yang termuat dalam penjelasan umum tersebut dapat dikatakan bahwa pencatatan perkawinan bertujuan untuk menjadikan peristiwa perkawinan itu menjadi jelas baik bagi yang bersangkutan maupun bagi pihak lain, karena dapat dibaca dalam suatu surat yang bersifat resmi dan termuat pula dalam suatu daftar yang khusus disediakan untuk itu. Sehingga sewaktu-waktu dapat dipergunakan bilamana perlu dan dapat dipakai sebagai alat bukti yang otentik, dan dengan surat bukti itu dapatlah dibenarkan atau dicegah suatu perbuatan yang lain.

¹⁰⁸Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

Pencatatan perkawinan tidak menentukan sah tidaknya suatu perkawinan, tetapi hanya menyatakan bahwa: peristiwa perkawinan benar-benar terjadi, jadi semata-mata bersifat administratif. Mengenai pelaksanaan pencatatan perkawinan ini diatur lebih lanjut dalam Bab II P. P. No. 9/ 1975 yaitu dalam Pasal 2 sampai dengan Pasal 9. menurut Pasal 2 P. P. Nomor 9/ 1975 beserta penjelasannya diperoleh ketentuan berikut:¹⁰⁹

- a. Instansi pelaksana pencatatan perkawinan adalah: 1) Bagi mereka yang beragama Islam pencatatannya dilakukan oleh pegawai Pencatat Nikah Talak dan Rujuk. 2) Bagi mereka yang tidak beragama Islam, pencatatannya dilakukan oleh pegawai Pencatat Perkawinan pada Kantor Catatan Sipil atau Instansi/ pejabat yang membantunya.
- b. Tata tertib pencatatan perkawinan harus dilakukan berdasarkan:
 - 1) Ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Pasal 3 sampai dengan Pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1979. 2) Ketentuan-ketentuan khusus yang diatur dalam berbagai peraturan, yang merupakan pelengkap bagi peraturan pemerintah ini, yaitu:
 - 1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954, tentang pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk (LN 1954 Nomor 98) dan beberapa

¹⁰⁹ Penjelasan Pasal 2 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Peraturan Menteri Agama yang berhubungan dengan hal tersebut.

- 2) Reglement Catatan Sipil bagi orang Indonesia yang beragama Kristen di Jawa, Madura dan Minahasa dan sebagainya (Stb. 1971 Nomor 75 juncto Stb. 1936 No. 607 dengan segala perubahannya).
- 3) Reglement Catatan Sipil untuk Golongan Cina (Stb. 1971 No. 130 juncto Stb. 1919 Nomor 81 dengan segala perubahannya) jo. Reglement Catatan Sipil bagi golongan Eropa yang disamakan (Stb. 1849 Nomor 25).
- 4) Daftar Catatan Sipil untuk Perkawinan Campuran (Stb. 1904 Nomor 279).

Undang-undang perkawinan ada kaitan erat dengan Masalah mursalah, adapun masalah mursalah ialah menetapkan ketentuan-ketentuan hukum yang tidak disebutkan sama sekali di dalam al-Qur'an atau Sunnah Rasul atas pertimbangan menarik kebaikan dan menolak kerusakan dalam hidup bermasyarakat.¹¹⁰

Oleh karena dalam kenyataannya pencatatan perkawinan lebih banyak mendatangkan kebaikan daripada kerusakan dalam hidup bermasyarakat, maka melaksanakan pencatatan perkawinan adalah merupakan suatu keharusan bagi mereka yang beragama Islam.

¹¹⁰ Nadimah Tanjung, *Op. Cit*, h. 31

Sehubungan dengan itu maka keharusan mencatat perkawinan menurut peraturan perUndang-Undangan yang berlaku seperti yang dirumuskan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan ini adalah sejalan dan tidak bertentangan dengan ketentuan dalam Hukum Islam.

2. Syarat Pengajuan Pembatalan Perkawinan

Syarat dan alasan pembatalan perkawinan dapat di tinjau pada Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Pasal 22 bahwa perkawinan dapat dibatalkan, apabila para pihak tidak memenuhi syarat untuk melangsungkan perkawinan, yaitu jika syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tidak terpenuhi. Batalnya perkawinan dimulai setelah keputusan Pengadilan mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan berlaku sejak saat berlangsungnya perkawinan. Hal tersebut sebagaimana dijelaskan pada Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974.

Pembatalan perkawinan berdasarkan pada Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 dimuat dalam Pasal 26 dan 27 ¹¹¹: 1) Perkawinan dilangsungkan di hadapan pegawai pencatat perkawinan yang tidak berwenang. 2) Wali nikah yang melakukan perkawinan itu tidak sah, 3) Perkawinan dilangsungkan tanpa dihadiri oleh 2 (dua) orang saksi, 4)

¹¹¹ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, pasal 26. Keterangan juga dapat di baca pada Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2003, h. 81

Perkawinan dilangsungkan di bawah ancaman yang melanggar hukum, 5) Ketika perkawinan berlangsung terjadi salah sangka mengenai diri suami atau istri.

Adapun menurut Pasal 71 Kompilasi Hukum Islam, perkawinan dapat dibatalkan apabila: *pertama* Seorang suami melakukan poligami tanpa izin Pengadilan Agama, *ke-dua* Perempuan yang dikawini ternyata kemudian diketahui masih menjadi isteri pria lain yang mafqud (hilang), *ke-tiga* Perempuan yang dikawini ternyata masih dalam masa iddah dari suami lain, *ke-empat* Perkawinan yang melanggar batas umur perkawinan, sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974, *ke-lima* Perkawinan dilangsungkan tanpa wali atau dilaksanakan oleh wali yang tidak berhak, *ke-enam* Perkawinan yang dilaksanakan dengan paksaan.

3. Pembatalan Pernikahan Menurut Fiqh

Rahman dan Sukardja mendefinisikan pembatalan perkawinan ialah suatu perkawinan yang sudah terjadi dapat dibatalkan, apabila pihak tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan, dan pembatalan suatu perkawinan tersebut hanya dapat diputuskan oleh pengadilan¹¹².

Maksud dari pembatalan perkawinan menurut Mangkupranoto ialah tindakan putusan pengadilan yang menyatakan bahwa perkawinan itu tidak sah, akibatnya ialah bahwa perkawinan itu dianggap tidak pernah

¹¹² Bakri A. Rahman dan Ahmad Sukardja, *Hukum menurut Islam, UUP dan Hukum Perdata/BW*, PT. Hidakarya Agung, Jakarta, 1981, h. 36.

ada. Hal senada diungkapkan Riduan Syahrani bahwa pembatalan perkawinan ialah bahwa suatu perkawinan dapat dibatalkan apabila perkawinan itu dilangsungkan oleh para pihak (suami istri) atau salah satu pihak, karena terbukti tidak memenuhi syarat ketika prosesi perkawinan¹¹³.

Kamus hukum terdapat pengertian pembatalan perkawinan berasal dari dua kata, yaitu: "batal" dan "kawin", "batal" artinya tidak berlaku, tidak sah, tidak mempunyai akibat hukum yang dikehendaki karena tidak memenuhi syarat ketentuan hukum positif¹¹⁴.

Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tidak ada pasal tentang peraturan pengertian pembatalan perkawinan, kemudian PP Nomor 9 tahun 1975 juga tidak ditemukan hal tersebut padahal PP tersebut merupakan pelaksana dari Undang-undang tersebut, sehingga tidak ada satupun pasal yang mengatur mengenai pengertian pembatalan perkawinan.

Hukum Islam disebut *fasakh* artinya merusakkan atau membatalkan. Jadi *fasakh* sebagai salah satu sebab putusnya perkawinan dengan kata lain, merusakkan atau membatalkan hubungan perkawinan yang telah berlangsung¹¹⁵.

Pembatalan perkawinan dipengaruhi oleh dua sebab 32: 1) Disebabkan oleh perkawinan yang tidak memenuhi rukun dan syarat atau terdapat adanya halangan perkawinan, 2) Disebabkan terjadinya sesuatu

¹¹³ Riduan Syahrani, Abdurrahman, *Masalah-masalah hukum perkawinan di Indonesia*, PT. Media Sarana Press, Jakarta, 1986, h. 36.

¹¹⁴ Andi Hamzah, *Kamus Hukum*, h. 68

¹¹⁵ Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, UII Press, Yogyakarta, 2000, h. 85

dalam kehidupan rumah tangga yang tidak memungkinkan rumah tangga itu dilanjutkan¹¹⁶.

Adapun faktor penyebab terjadinya pembatalan perkawinan atau fasakh tersebut, ialah¹¹⁷:

1. *Syiqaq*

Adanya pertengkaran antara suami isteri yang terus menerus.

Ketentuan tentang *syiqaq* ini terdapat dalam QS: an-Nisa ayat 35.

2. Adanya cacat

Yaitu cacat yang terdapat pada diri suami atau istri, baik cacat jasmani atau cacat rohani atau jiwa. Cacat tersebut mungkin terjadi sebelum perkawinan, namun tidak diketahui oleh pihak lain atau cacat yang berlaku setelah terjadi akad perkawinan, baik ketahuan atau terjadinya itu setelah suami isteri bergaul atau belum.

3. Ketidakmampuan suami memberi nafkah

Pengertian nafkah disini berupa nafkah lahir atau nafkah batin, karena keduanya menyebabkan penderitaan dipihak isteri.

4. Suami gaib (al-mafqud)

Maksud gaib disini adalah suami meninggalkan tempat tetapnya dan tidak diketahui kemana perginya dan dimana keberadaannya dalam waktu yang lama.

5. Dilanggarnya perjanjian dalam perkawinan

¹¹⁶ Amir Syarifuddin, *Hukum perkawinan Islam di Indonesia, Antara Fiqh Munakahat dan Undang-undang Perkawinan*, Kencana, Jakarta, 2006, h. 253

¹¹⁷ *Ibid*, Amir Syarifuddin, h. 245-252

Sebelum akad nikah suami dan isteri dapat membuat perjanjian perkawinan. Pelanggaran terhadap perjanjian perkawinan tersebut dapat menyebabkan terjadinya pembatalan perkawinan.

Pembatalan perkawinan diberikan secara rinci oleh para ulama dari keempat mazhab seperti tersebut dibawah ini¹¹⁸: Pertama Menurut Mazhab Hanafi, beberapa kasus menjadikan fasakhnya pernikahan adalah: 1. Pisah karena suami isteri murtad, 2. Perceraian karena perkawinan itu fasad (rusak), 3. Perpisahan karena tidak seimbangny status (kufu) atau suami tidak dapat dipertemukan. Sedangkan Fasakh menurut Mazhab Syafi'i dan Hanbali: 1. Pisah karena cacat salah seorang suami isteri, 2. Perceraian karena berbagai kesulitan (I'sar) suami, 3. Pisah karena li'an, 4. Salah seorang suami isteri itu murtad, 5. Perkawinan itu rusak (fasad), 6. Tidak ada kesamaam status (kufu). Adapun perkawinan itu menjadi fasakh berdasarkan Mazhab Maliki dalam status di bawah ini: 1. Terjadinya li'an, 2. Fasadnya perkawinan, 3. Salah seorang pasangan itu murtad.

Jika terjadi pembatalan perkawinan, baik bentuk pelanggaran terhadap hukum perkawinan, atau terdapatnya halangan yang tidak memungkinkan dilanjutkannya perkawinan, maka terjadilah akibat hukum berupa tidak diperbolehkannya suami rujuk kepada mantan isterinya selama isteri itu menjalani masa *iddah*, tetapi jika keduanya berkeinginan untuk melanjutkan perkawinannya, mereka harus

¹¹⁸ A. Rahman I Doi, *Syariah I Karakteristik Hukum Islam dan Perkawinan*, Grafindo Persada, Jakarta, 1996, h. 309-310.

melakukan akad nikah baru. Maka akibat lainnya ialah pembatalan perkawinan tersebut tidak mengurangi bilangan *thalak*¹¹⁹.

4. Pembatalan Perkawinan Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI).

KHI terdapat prosedur pematalan perkawinan pada Pasal 70 - Pasal 76, Pasal 70 menegaskan bahwa perkawinan batal jika:

- 1) Suami melakukan perkawinan, sedang ia tidak berhak melakukan akad nikah karena mempunyai empat orang istri, sekalipun dari keempatnya itu dalam iddah talak *Raj'i*.
- 2) Seseorang menikahi bekas isterinya yang di Li'annya.
- 3) Seseorang menikahi bekas isterinya yang telah dijatuhi tiga kali talak, olehnya, kecuali bekas isterinya tersebut pernah menikah dengan pria lain yang kemudian bercerai lagi ba'da dukhul dari pria tersebut dan telah habis masa iddahnya.
- 4) Perkawinan dilakukan antara dua orang yang mempunyai hubungan darah, semenda dan sesusuan sampai derajat tertentu yang menghalangi perkawinan menurut Pasal 8 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yaitu:
 - a) Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus kebawah ataupun keatas.
 - b) Berhubungan darah dalam garis keturunan menyamping yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orang tua dan antara seorang dengan saudara neneknya

¹¹⁹ Amir Syarifuddin, Op.Cit. h. 253

- c) Berhubungan semenda, yaitu mertua, anak tiri menantu dan bapak/ibu tiri.
- d) Berhubungan susuan, yaitu orang tua susuan, anak susuan, saudara susuan dan bibi/paman susuan.
- e) Isteri adalah saudara kandung atau sebagai bibi atau kemenakan dari isteri atau isteri-isterinya.

Pasal 71 Kompilasi Hukum Islam mempertegas bahwa suatu perkawinan dapat dibatalkan jika¹²⁰:

- a) Seorang suami melakukan poligami tanpa izin Pengadilan Agama.
- b) Perempuan yang dikawini ternyata kemudian diketahui masih menjadi isteri pria lain yang mafqud (hilang tidak diketahui beritanya)
- c) Perempuan yang dikawini ternyata masih dalam iddah dari suami lain
- d) Perkawinan yang melanggar batas umur perkawinan sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974¹²¹
- e) perkawinan dilangsungkan tanpa wali atau dilaksanakan oleh wali yang tidak berhak
- f) Perkawinan yang dilaksanakan dengan paksaan.

Adapun alasan yang dapat dipergunakan untuk mengajukan pembatalan perkawinan menurut Pasal 72 Kompilasi Hukum Islam adalah¹²²:

¹²⁰ Kompilasi Hukum Islam Pasal 71

¹²¹ Lihat Pasal 7 UU No 1 Tahun 1974

- a. Seorang suami atau isteri dapat mengajukan permohonan pembatalan perkawinan jika perkawinan dilangsungkan dibawah ancaman yang melanggar hukum.
- b. Seorang suami atau isteri dapat mengajukan permohonan pembatalan perkawinan jika pada waktu berlangsungnya perkawinan terjadi penipuan atau salah sangka mengenai diri suami atau istri.
- c. Jika ancaman telah berhenti, atau yang bersalah sangka itu menyadari keadaannya, dan dalam jangka waktu 6 (enam) bulan setelah itu masih tetap hidup sebagai suami-isteri, dan tidak menggunakan haknya untuk mengajukan permohonan pembatalan, maka haknya gugur.

Permohonan pembatalan perkawinan menurut Pasal 74 Kompilasi Hukum Islam, dapat diajukan kepada Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggal suami atau isteri atau tempat perceraian dilangsungkan. Disebutkan juga pada Pasal ini, batalnya suatu perkawinan, dimulai setelah putusan Pengadilan Agama mempunyai kedudukan hukum tetap dan berlaku sejak saat berlangsungnya perkawinan. Dengan kata lain mengucapkan talak belum bisa diakui oleh Negara bahwa sudah terjadi perceraian, karena

¹²² Lihat Kompilasi Hukum Islam Pasal 72

menurut undang habisnya perkara setelah diputuskan oleh pengadilan¹²³.

Namun dilema pada pemahaman fiqh, dikarenakan fiqh ketentuan pasti dengan hitungan, namun ketika menunggu siding, belum pasti resmi perceraian, karena banyak faktor diantaranya persidangan, serta menunggu antrian persidangan.

5. Akibat Terjadinya Pembatalan Perkawinan

Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 pada Pasal 28 ditentukan bahwa batalnya perkawinan dihitung sejak saat berlangsungnya perkawinan. Jika perkawinan tersebut dilangsungkan menurut agama Islam, maka batalnya perkawinan dihitung sejak ijab qobul, dan tidak pernah terjadi atau perkawinan tersebut tidak sah¹²⁴.

Walaupun perkawinan tersebut dianggap tidak pernah ada, namun menghilangkan akibat hukum dalam perkawinan yang pernah dilaksanakan. Menurut Pasal 28 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974, maka putusan tentang pembatalan perkawinan yang dijatuhkan oleh hakim tidak berlaku surut terhadap:

Pertama anak yang terlahir dari perkawinan tersebut, anak yang dilahirkan setelah pembatalan perkawinan, dengan arti anak tersebut dianggap sebagai anak sah yang mempunyai hubungan perdata dengan kedua orang tuanya (ayah dan ibu), meskipun pernikahan kedua orang tuanya batal.

¹²³ Kompilasi Hukum Islam Pasal 74

¹²⁴ Gatot Supramono, *Segi-segi Hukum Hubungan Luar Nikah*, h. 37-38.

Ke-dua Suami atau istri yang bertindak dengan i'tikad baik, kecuali terhadap harta bersama, bila pembatalan perkawinan didasarkan atas adanya perkawinan lain, apabila diajukannya gugatan pembatalan perkawinan dikarenakan oleh salah satu pihak melakukan perkawinan dengan orang lain lebih dulu, maka dalam hal ini apabila terjadi putusan pembatalan perkawinan tidak dikenal adanya harta bersama.

Ke-tiga Pihak ketiga, Pihak ketiga yang dimaksud disini adalah orang-orang yang tidak termasuk dalam (1) dan (2) di atas sepanjang mereka memperoleh hak-hak dengan i'tikad baik sebelum putusan tentang pembatalan perkawinan mempunyai kekuatan hukum tetap. Pihak ketiga tersebut tetap dapat berhubungan dengan suami istri yang perkawinannya dibatalkan, misalnya: menagih hutang atau menerima penyerahan suatu barang dimana hak itu diperoleh dalam transaksi yang dibuat sebelum pengadilan menjatuhkan putusan pembatalan perkawinan. Orang-orang seperti mereka dilindungi oleh Undang-undang dalam hal terjadinya pembatalan perkawinan, dan karena putusan pengadilan tidak berlaku surut, maka pembatalan perkawinan dianggap berlaku setelah urusannya selesai¹²⁵.

5. Kerangka Pemikiran Disertasi

Kerangka pemikiran disertasi ini adalah melihat dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan syarat rukun pernikahan menurut fiqh, kemudian dapat teridentifikasi bahwa pernikahan perlunya ada persetujuan antara kedua belah pihak, izin orang tua dan batasan umur perkawinan.

¹²⁵ *Ibid.* Supramono, h. 37-38

Kemudian jika perkawinan hanya menuruti syarat syah dalam fiqh, tidak akan diakui oleh Negara, jika terdapat permasalahan keluarga pihak anak tidak dapat mendapatkan harta ayahnya, kemudian perkawinan tidak kuat, dan kapan saja dapat dikhianati bahkan ditinggalkan, tanpa adanya kemampuan yuridis untuk menuntut.

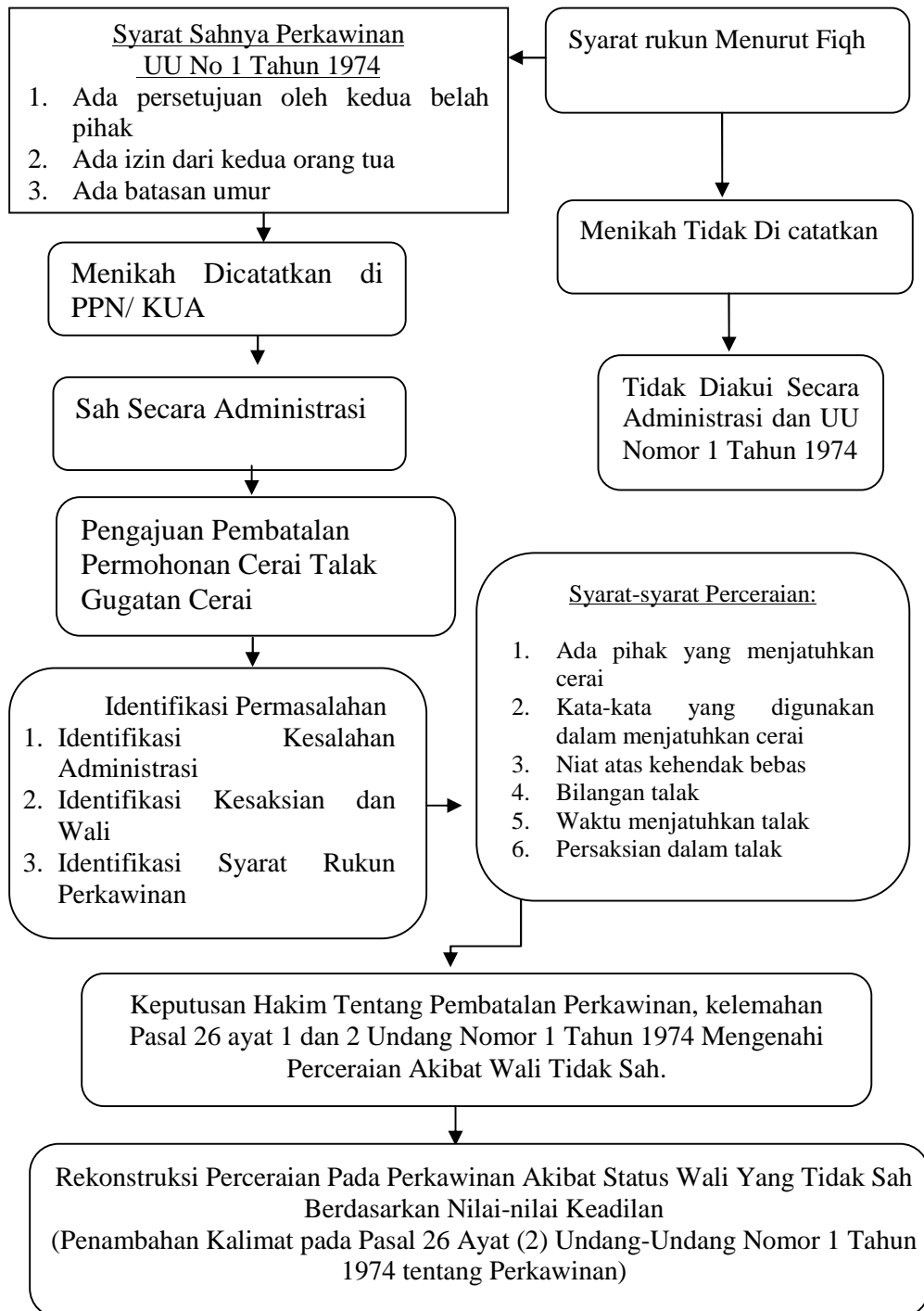
Jika pernikahan sudah dicatatkan Kantor Urusan Agama/ yang pejabat yang berwenang, namun terjadi cacat hukum administrasi, atau karena wali yang tidak sah, maka pernikahan tersebut sebenarnya batal atau fasah, namun pengajuan pembatalan karena wali nikah yang tidak sah, tetap diputuskan oleh pengadilan sebagai putusan jatuh talak cerai. Hal ini yang menjadikan ketidakpuasan para pemohon gugatan, atau tidak adanya keadilan. Dengan demikian penulis bertujuan mengangkat judul ini agar penegakkan keadilan tetap berjalan sebagaimana perjalanan hukum yang berlaku.

Selanjutnya penulis akan mengkonsep pemikiran nantinya akan menjadi bahan disertasi “Rekontruksi Perceraian Pada Perkawinan Akibat Status Wali Yang Tidak Sah Berdasarkan Nilai-Nilai Keadilan)”, sebagaimana bagan atau skema di bawah ini:

SKEMA

“Rekontruksi Perceraian Pada Perkawinan Akibat Status Wali Yang Tidak Sah Berdasarkan Nilai-Nilai Keadilan)”

Gambar I



G. Metode Penelitian Disertasi

Metode adalah proses, prinsip, dan tata cara memecahkan suatu masalah, sedangkan penelitian merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten.¹²⁶

Penelitian sesungguhnya sebagian kecil yang terdiri atas teknik dan sebagian besar merupakan penalaran. Melalui penelitian semakin jernih jalan pemecahan yang dapat ditempuh. Penelitian merupakan kegiatan ilmiah yang berupaya untuk memperoleh pemecahan suatu masalah. Oleh karena itu, penelitian sebagai sarana dalam pengembangan ilmu pengetahuan adalah bertujuan untuk mengungkapkan kebenaran secara sistematis, analisis, dan konstruktif terhadap data yang telah dikumpulkan dan diolah.¹²⁷

Metode penelitian dapat diartikan sebagai suatu sarana yang penting guna menemukan, mengembangkan serta menguji kebenaran suatu pengetahuan. Oleh karena itu sebelum melakukan penelitian, penulis terlebih dahulu menentukan metode yang akan penulis pergunakan. Metode atau metodologi merupakan unsur yang mutlak harus ada di dalam penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan.¹²⁸

¹²⁶ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 1986, h. 42

¹²⁷ Ronny Hannitjo Soemitro, 1998, *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Cet. 1, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 44.

¹²⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI- Press, Jakarta, h.7.

Penelitian hukum adalah suatu pro untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.¹²⁹

Pendekatan *yuridis normatif/doctrinal* berusaha untuk menemukan apakah hukumnya yang sesuai untuk diterapkan guna menyelesaikan masalah tertentu.¹³⁰

1. Paradigma Penelitian Konstruktivisme

Paradigma *konstrutifisme* ini menekankan pada pengetahuan yang didapat dari pengalaman atau penelitian yang kemudian dikonstruksikan sejauh pengalaman atau penelitian yang dimilikinya. Proses konstruksi ini akan berjalan terus menerus karena ditemukannya suatu paham yang baru, yang kemudian dapat dijadikan landasan untuk merumuskan suatu sistem atau regulasi berupa peraturan perUndang-Undangan yang dapat diterapkan dalam kehidupan sehari-hari.¹³¹

George Kelly menyatakan bahwa: orang memahami pengalamannya dengan cara mengelompokkan berbagai peristiwa menurut kesamaannya dan membedakan berbagai hal melalui perbedaannya¹³².

¹²⁹ Peter Mahmud Marzuki, 2006, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-2, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, h. 35.

¹³⁰ Soemitro, Ronny Hanitijo. 1994. *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, (Jakarta : Ghalia Indonesia), h. 22.

¹³¹ Jawade Hafizh, 2014, *Reformasi Kebijakan hukum Birokrasi Pengadaan Barang Dan Jasa Pemerintah Dalam Mencegah Terjadinya Tindak Pidana Korupsi di Indonesia*, Disertasi, Semarang, h. 17

¹³² [http:// repository. usu. ac. id/ bitstream/ 123456789/ 38405/ 3/ Chapter% 20II. pdf](http://repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/38405/3/Chapter%20II.pdf). 15 September 2014.

Konstruktifisme diamati oleh seseorang tidak dapat digeneralisasikan pada semua orang, seperti yang dilakukan oleh kaum positivis. Konsep mengenai konstruksionis diperkenalkan oleh *sosiolog interpretative*, Peter L. Berger bersama Thomas Luckman. Dalam konsep kajian komunikasi, teori konstruksi sosial bisa disebut berada diantara teori fakta sosial dan defenisi sosial ¹³³.

Adapun pokok teori konstruksi diantaranya adalah *Pertama*, hukum itu berlaku universal dan abadi sebagaimana dipelopori oleh Plato, Aristoteles, Thomas Aquinas dan lain-lain, *Kedua*, aliran hukum positif (*Positivisme* hukum) yang berarti hukum sebagai perintah penguasa seperti pemikiran John Austin atau oleh kehendak negara seperti yang dikatakan oleh Hans Kelsen. *Ketiga*, hukum itu tidak dibuat melainkan tumbuh dan berkembang bersama masyarakat (*living law*) dimana pemikiran ini dipelopori oleh Carl Von Savigny. *Keempat*, aliran *Sociological jurisprudence* yang dipelopori oleh Eugen Ehrlich di Jerman dan dikembangkan di Amerika Serikat oleh Roscoe Pound. *Kelima*, aliran *Pragmatig legal realism* yang merupakan pengembangan pemikiran Roscoe Pound di mana hukum dilihat sebagai alat pembaharuan masyarakat. *Keenam*, aliran *Marxis Jurisprudence* dipelopori oleh Karl Marx dengan gagasan hukum harus memberikan perlindungan bagi masyarakat golongan rendah. *Ketujuh*, aliran *Antropological Jurisprudence* dipelopori oleh Northop dan Mac Dougall di mana aliran ini

¹³³ *Ibid.*,

hukum harus dapat mencerminkan nilai sosial budaya masyarakat dan mengandung sistem nilai¹³⁴.

Hambatan teori hukum pembangunan adalah sebagai berikut¹³⁵:

pertama Sukarnya menentukan tujuan dari pembangunan hukum (pembaruan); *kedua* Sedikitnya data empiris yang dapat digunakan untuk mengadakan suatu analisis deskriptif dan prediktif; *ketiga* Sukarnya mengadakan ukuran yang obyektif untuk mengukur berhasil/tidaknya usaha pembaharuan hukum.

Teori Pembangunan hukum Mochtar Kusumaatmadja kemudian direvisi oleh Romli Atmasasmita dengan melakukan pendekatan BSE (Bureucratic and Social Engineering) yang kemudian disebut dengan nama teori hukum pembangunan generasi II (1980). Konsep pendekatan BSE (Bureucratic and Social Engineering) dalam pembangunan nasional hanya dapat dilaksanakan secara efektif jika baik aparat penyelenggara negara dan warga negara telah memahami fungsi dan peranan hukum sebagai berikut¹³⁶:

Pertama Hukum tidak dipandang sebagai seperangkat norma yang harus di patuhi oleh masyarakat melainkan juga harus dipandang sebagai sarana hukum berguna membatasi wewenang dan perilaku aparat hukum dan pejabat publik; *Kedua* Hukum bukan hanya diakui sebagai sarana

¹³⁴ Otje Salman, *Ikhtisar Filsafat Hukum*, Bandung : Amrico, 1987, hlm 12-17.

¹³⁵ Otje Salman, *Konsep Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Bandung: Alumni, 2002,

¹³⁶ Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif*, Yogyakarta : Genta Publising, 2012, h.83

pembaharuan masyarakat semata-mata, akan tetapi juga sebagai sarana pembaharuan birokrasi. *ke-tiga* Kegunaan dan kemanfaatan hukum tidak hanya dilihat dari kacamata kepentingan pemegang kekuasaan (negara) melainkan juga harus dilihat dari kacamata kepentingan-kepentingan pemangku kepentingan (stakeholder), dan kepentingan korban-korban (victims);

ke-empat Fungsi hukum dalam kondisi masyarakat yang rentan (vulnerable) dan dalam masa peralihan (transisional), baik dalam bidang sosial, ekonomi dan politik, tidak dapat dilaksanakan secara optimal hanya dengan menggunakan pendekatan preventif dan represif semata, melainkan juga diperlukan pendekatan restoratif dan rehabilitatif; *ke-lima* Agar fungsi dan peranan hukum dapat dilaksanakan secara optimal dalam pembangunan nasional, maka hukum tidak semata-mata dipandang sebagai wujud dari komitmen politik melainkan harus dipandang sebagai sarana untuk mengubah sikap dan cara berpikir (mindset) dan perilaku (behavior) aparatur birokrasi dan masyarakat bersama-sama.

Rekonstruksi adalah penyusunan kembali ataupun usaha untuk memeriksa kembali kejadian yang sebenarnya terhadap suatu delik yang dilakukan dengan mengulangi kembali peragaannya sebagaimana kejadian yang sebenarnya. Hal ini dilakukan baik oleh penyidik ataupun oleh hakim untuk memperoleh keyakinan.¹³⁷

¹³⁷ Andi Hamzah, *Kamus Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1989, h. 88

Bahasa Belanda menyebutkan rekonstruksi adalah “*reconstructive*” berarti pembinaan/pembangunan baru; pengulangan suatu kejadian. Misalnya polisi mengadakan rekonstruksi dari suatu kejahatan yang telah terjadi untuk mendapatkan gambaran jelas mengenai jalannya kejahatan tersebut.¹³⁸ Sedangkan bahasa Inggris rekonstruksi disebut sebagai “*reconstruction*” artinya “*the act of reconstructing; something reconstructed, as a model or a reenactment of past even*”.¹³⁹

Jadi yang dimaksud dengan rekonstruksi hukum adalah penyusunan kembali ataupun usaha untuk memeriksa kembali hukum atau peraturan perUndang-Undangan yang telah ada agar menjadi lebih baik lagi.

Arif mengatakan bahwa, rekontruksi hukum pada hakekatnya adalah suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio politik, sosio filosofi dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum pidana,¹⁴⁰ sehingga dengan demikian, tidak menutup kemungkinan timbulnya hukum yang dinamis atau hukum tersebut akan bersifat statis.

Hukum bersifat dinapmis maupun hukum bersifat statis, keduanya harus dihindari, seperti pada saat orde baru, dimana hukum menjadi kaku,

¹³⁸ J.C.T Simorangkir, *Kamus Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2007, h. 144

¹³⁹ Macquarie Library, *The Macquarie Dictionary*, Australia, 1985, h. 1420

¹⁴⁰ Sri Endah Wahyuningsih, Mata Kuliah Penunjuang Disertasi, *Perbandingan Hukum Pidana dari Perspektif Religious Law System*, UNISSULA Press, 2012, h. 47

karena hukum menjadi alat kekuasaan bagi penguasa, sedangkan pada pasca reformasi, hukum lebih menjadi dinamis sehingga banyak terjadi pelanggaran hukum di masyarakat, bahkan tingkat kriminalitas semakin meningkat pada setiap tahunnya.¹⁴¹

Berdasarkan teori konstruksi tersebut, maka penulis akan merekonstruksi konsep perceraian husus pada pembatalan perkawinan dengan wali yang tidak sah. Pengembangannya dipadukan dengan teori fiqh perkawinan tentang wali dan syarat wali. Setelah mendalami fiqh perkawinan, maka akan nampak bahwa wali yang tidak sah itu tandanya perkawinan tidak sah.

2. Pendekatan *Socio Legal Research*

Penelitian ini termasuk dalam kategori penelitian sosiolegal (*socio legal research*), yaitu, yaitu suatu pendekatan alternatif yang menguji studi doktrinal terhadap hukum. Kata '*socio*' dalam *sociolegal* merepresentasi keterkaitan antar konteks di mana hukum berada (*an interface with a context within which law exists*).¹⁴²

Pengertian lain dari yuridis sosiologis menurut pendapat H. Zainuddin Ali sebagai berikut: "yuridis empiris atau yang biasa disebut sosiologi hukum merupakan suatu ilmu yang muncul dari perkembangan ilmu pengetahuan hukum dan dapat diketahui dengan

¹⁴¹ Mu'in Abdul Kadir, *Rekonstruksi Hukum*, dalam www.fatkhulmuin1983's.weblog.com

¹⁴² Sulistyowati Irianto dan Shidarta (ed), *Metode Penelitian Hukum, Konstelasi dan Refleksi*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2009, h. 175

mempelajari fenomena sosial dalam masyarakat yang tampak aspek hukumnya”.¹⁴³

Hal di atas senada dengan pendapat Abdulkadir Muhammad, bahwa sosiologis atau hukum empiris sebagai berikut: ”Pengertian hukum empiris (*empirical law research*) adalah penelitian hukum positif tidak tertulis mengenai perilaku (*behavior*), anggota masyarakat dalam hubungan hidup bermasyarakat. Perilaku itu meliputi perbuatan yang seharusnya dipatuhi, baik bersifat perintah atau larangan. Perbuatan tersebut merupakan perwujudan atau pernyataan hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat bersangkutan. Dengan kata lain penelitian hukum empiris mengungkapkan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat melalui perbuatan yang dilakukan oleh masyarakat. Perbuatan ini berfungsi ganda, yaitu sebagai pola terapan dan sekaligus menjadi bentuk normatif hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat”¹⁴⁴

Soerjono Soekanto, mengatakan bahwa penelitian hukum sosiologis atau empiris adalah efektivitas hukum. Efektivitas hukum dalam tindakan atau realita hukum dapat diketahui, jika seseorang menyatakan bahwa berhasil atau gagal mencapai tujuannya kaidah hukum, maka hal itu biasanya diketahui pengaruh tentang kesuksesan mengatur sikap tindak atau perilaku tertentu sesuai dengan tujuannya.¹⁴⁵

¹⁴³ H. Zainuddin Ali, *Sosiologi Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2008, h. 13

¹⁴⁴ Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004, h. 155

¹⁴⁵ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1998, hal, 51

Penelitian hukum disebut dengan *Legal Research: seeking to find those authorities in the primary sources of the law that are applicable to a particular legal situation*. Mencari sumber hukum tepat, dan dapat diterapkan pada situasi hukum¹⁴⁶. Sumber hukum dapat diterapkan sesuai dengan situasi hukum yang berlaku.

3. Pendekatan Hermeneutik

a. Pengertian Hermeneutik

Kata hermeneutika berasal dari Yunani “hermeneuine” dan “hermeniayang” berarti “menafsirkan” dan “penafsiran”. Kemudian bahasa Inggrisnya “hermeneutics”. Istilah tersebut dapat ditelusuri dari literatur peninggalan Yunani Kuno, Aristoteles juga menggunakan istilah tersebut pada sebuah risalah berjudul *Peri Hermeneias* maksudnya “Tentang Penafsiran”. Terminology hermeneutika juga bermuatan pandangan hidup¹⁴⁷.

Kata hermeneutic ini berkaitan dengan cara menafsirkan, tidak secara kharfiah, namun menafsirkan dibalik yang terlihat, dengan cara mencari kronologi dan memaknai kronologi terjadinya sebuah permasalahan.

Tekstualitas menjadi arena beroperasinya kerja hermeneutika telah diperluas maknanya, terutama oleh Schleiermacher. Metode ini

¹⁴⁶ J. Myron Jacobstein and Roy M. Mesky, *Fundamentals of Legal Research*, (New York: The Foundation Press, 1973), ed.IV, h.8.

¹⁴⁷ Mudjia Rahardjo, *Dasar-Dasar Hermeneutika: Antara Intensionalisme & Gadamerian* (Jogjakarta: Ar-Ruzz Media, 2008), h. 27.

tidak hanya mempelajari pengertian teks ajaran agama/ kitab suci, melainkan mempelajari teks lainnya¹⁴⁸. Maka dengan rekasi lain bahwa, teks dalam pengertian hermeneutika mengutamakan teks yang berupa perjanjian, Undang-Undang, maupun kitab suci sebagaimana asalnya, bukan lagi hanya teks tertulis, tetapi juga lisan dan isyarat bahasa tubuh, bahkan bisa disebut dengan ayat kauniyyah/ kejadian alam¹⁴⁹. Misal kondisi diamnya seseorang, bisa dianggap sebagai teks, karena mengundang banyak interpretasi dan makna dibalik kondisi diam¹⁵⁰.

Pengertian lain menyatakan, bahwa hermeneutik yaitu studi pemahaman, lebih-lebih pada pemahaman teks. Kajian hermeneutik berkembang sebagai upaya mendeskripsikan pemahaman teks, khususnya pada: pemahaman historis dan humanistik. Adapun item hermeneutik terdiri dua hal berbeda serta keduanya saling berinteraksi yaitu: a) Kejadian pemahaman teks b) Problem tentang hal pemahaman interpretasi¹⁵¹.

Pengertian di atas dapat dipahami penulis yaitu: memaknai secara mendalam, berusaha tidak terkontaminasi dengan teks atau

¹⁴⁸ Teks lain bisa berupa Undang-undang, Putusan Hakim, Akta perjanjian dan lain sebagainya.

¹⁴⁹ T. Eagleton, *Literary Theory: An Introduction* (London: Basil, 1983), h. 66

¹⁵⁰ Roy J. Howard, *Hermeneutika: Pengantar Teori-Teori Pemahaman Kontemporer: Wacana Analitis, Psikososial, & Ontologis*. (terj. ed), (Bandung: Penerbit Nuansa, 2000), h. 23.

¹⁵¹ Hery, Musnur et al, Richard E. Palmer., *Interpretation Theory in Scheimacher, Dilthey, Heidger dan Gadamer*, terj. *Hermeneutika teori baru mengenai interpretasi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005, h.8

kejadian yang terdeteksi panca indera, hal ini berkaitan dengan teks (kitab suci agama, teks akad, putusan hakim, Undang-Undang dan teks-teks lainnya), perilaku alam dan manusia (diam, bicara dan bahasa tubuh/ isarat).

b. Perkembangan Teori Hermeneutik

Perkembangan istilah hermeneutika, Richard E. Palmer menyatakan terdapat enam proses perkembangan, yaitu¹⁵²:

- 1) Hermeneutika sebagai teori penafsiran kitab suci.
- 2) Hermeneutika sebagai metode filologi secara umum.
- 3) Hermeneutika sebagai ilmu memahami bahasa (linguistics).
- 4) Hermeneutika sebagai sistem interpretasi, baik *recollective* maupun *iconoclastic* yang digunakan manusia untuk meraih makna dibalik mitos dan symbol.
- 5) Hermeneutika sebagai fenomenologi eksistensi dan pemahaman eksistensial.
- 6) Hermeneutika sebagai pondasi metodologis *geisteswissenschaften* (ilmu kemanusiaan, *humaniora* atau non-eksakta).

c. Langkah-langkah Hermeneutik

Fungsi hermeneutik adalah sebagai teori untuk memahami
“theory of the operations of understanding in their relation to the

¹⁵² Richard E. Palmer, *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*, (Evanston: Northwestern University Press, 1969), h. 33-45

interpretation of text”¹⁵³. Maksudnya adalah: teori untuk mengoperasionalkan pemahaman hubungannya dengan interpretasi terhadap teks, dan dikembangkan bukan hanya sekedar teks, namun perilaku walaupun dalam kondisi diam terpaku¹⁵⁴.

Langkah penelitian dalam pendekatan hermeneutik, tentunya sesuai dengan kondisi yang diteliti, sebagaimana catatan Friedrich Ast (1778-1841) dikemukakan bahwa, hermeneutika bertugas mengklarifikasi karya, mengembangkan penafsiran secara internal dan hubungan bagian dalam dengan hal lainnya serta menggunakan spirit masa yang lebih luas. Friedrich Ast membagi tiga bentuk pemahaman¹⁵⁵:

- 1) Historis, yaitu pemahaman berkaitan isi sebuah karya, pemahaman tersebut berupa karya artistik, saintis, atau karya umum. Maksud pemahaman historis, adalah memahami sejarah atau kronologi sebelum terjadinya kasus, atau teks (akta, akad, Undang-Undang dan lain sebagainya).
- 2) Gramatis, adalah pemahaman berhubungan dengan bahasa. Maksud dari pemahaman Gramatis adalah pemahaman yang

¹⁵³ Paul Ricoeur, *Hermeneutics and the Human Sciences*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), h. 43.

¹⁵⁴ E. Sumaryono, *Hermeneutika Sebagai Metode Filsafat*, (Yogyakarta: Kanisius, 1993), h. 100.

¹⁵⁵ Richard E. Palmer, *Hermeneutics: Interpretation Theory*, h. 33-45

mempelajari bahasa terkait pada teks, namun tidak secara kaku apa yang tersurat melainkan yang tersirat.

- 3) Geistige, yaitu pemahaman karya terkait dengan pandangan utuh sang pengarang dan pandangan utuh (geist) masa saat karya dikarang.

Semua langkah di atas dapat dilakukan semua agar mendapat hasil yang obyektif. Karena dalam hermeneutic juga ada beberapa aliran diantaranya adalah aliran subyektif, objektif sebagai berikut:

- 1) Aliran Subyektif

Aliran ini memahami bahwa makna teks bukan dari ide dari pengarang, melainkan makna yang terkandung dari teks tersebut, karena aliran ini menganggap teks jika sudah terlepas, maka teks tersebut adalah berdiri sendiri dan tidak terpengaruh kondisi pengarang¹⁵⁶.

- 2) Aliran Objektif

Aliran ini berpemahaman bahwa memahami teks, harus sesuai dengan pemahaman pengarangnya, karena pengarang merupakan pemili ide utama dalam menuangkan tulisannya¹⁵⁷.

- 3) Aliran Quasi Objektif

Aliran ini mempunyai pemahaman bahwa: bahwa menggunakan keduanya, yaitu pertama menggunakan pemaknaan bahwa penulis

¹⁵⁶ Bertens, *Filsafat Barat Abad XX*, I, (Yogyakarta, Kanisius, 1981), h. 231

¹⁵⁷ Nashr Hâmid Abû Zayd, *Isykâliyât al-Ta`wîl wa Aliyât al-Qirâ'ah*, (al-Qâhirah: al-Markaz al-Tsaqafi, t.t.), h. 11.

merupakan pecetus ide yang harus diikuti, kemudian dibalik tulisan tersebut juga dapat dipahami bahwa teks tersebut juga bisa berdiri sendiri, karena kadang pengarang bisa berubah ide setelah teks jadi¹⁵⁸.

4. Spesifikasi Penelitian Hukum

Penelitian ini merupakan penelitian hukum yang berlandaskan “paradigmatik hermeneutik” yang dilandasi oleh pemahaman “filsafat dan paradigma hermeneutik”¹⁵⁹ sebagaimana yang diuraikan oleh Bernard Arief Sidharta, sebagai berikut:

“...ilmu hukum adalah ilmu normatif yang termasuk ke dalam kelompok ilmu-ilmu praktikal yang ke dalam pengembangannya berkonvergensi semua produk-produk ilmu lain (khususnya filsafat hukum, sosiologi hukum, sejarah hukum) yang relevan untuk (secara hermeneutis) menetapkan proposisi hukum yang akan ditawarkan untuk dijadikan isi putusan hukum sebagai penyelesaian masalah hukum konkret yang dihadapi. Penetapan proposisi hukum tersebut dilakukan berdasarkan aturan hukum positif yang dipahami (diinterpretasi) dalam konteks keseluruhan kaidah-kaidah hukum yang tertata dalam suatu sistem (sistematikal) dan latar belakang sejarah (historikal) dalam kaitan dengan tujuan pembentukannya dan tujuan hukum pada umumnya (ideologikal) yang menentukan hal aturan hukum positif tersebut dan secara kontekstual merujuk pada

¹⁵⁸ Gadamer, *Philosophical Hermeneutics*, Pen. & Ed. David E. Linge, (California: University of California Press, 1976), h. xivxv

¹⁵⁹ Soetandyo Wignyosoebroto dalam Otje Salman dan Athon F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, Bandung: Refika Aditama, 2010, h. 79-81.

faktor-faktor sosiologikal dengan mengacu nilai-nilai kultural dan kemanusiaan yang fundamental dalam proyeksi ke masa depan”.¹⁶⁰

Penelitian atau riset bermakna pencarian, yaitu pencarian jawaban mengenai suatu masalah.¹⁶¹ Penelitian hukum dilakukan untuk mencari pemecahan atau isu hukum yang timbul. Oleh karena itulah, penelitian hukum merupakan suatu penelitian di dalam kerangka *know how* di dalam hukum.¹⁶²

Sebagai kegiatan ilmiah, berusaha menjelaskan norma hukum dan fakta atau kenyataan kemasyarakatan, penelitian ini memiliki spesifikasi penelitian deskriptif analisis, tetapi didasarkan kepada perspektif dari beberapa disiplin yang relevan (interdisipliner), seperti ilmu ekonomi, maupun bidang ilmu non hukum lainnya. Namun demikian, penelitian ini tetap merupakan penelitian hukum, karena perspektif disiplin lain hanya sekedar ilmu bantu (*hulpwetenschap*). Dengan kata lain, hasil akhir dari penelitian ini adalah tetap pada simultan yang bersifat normatif.

5. Jenis dan Sumber Data Hukum

Sumber data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

¹⁶⁰ Bernard Arief Sidharta, “Disiplin Hukum tentang Hubungan antara Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum”, *Makalah*, disajikan dalam Rapat Tahunan Komisi Disiplin Ilmu Hukum, Jakarta, 11-13 Februari 2001, h. 9.

¹⁶¹ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 2002, h. 123.

¹⁶² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2009, h. 41.

- 1) Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat yang terdiri dari:
 - a) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945
 - b) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
 - c) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak
 - d) Kompilasi Hukum Islam.
 - e) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
 - f) Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 1048/ Pdt.G/ 2004/ PA.Kdl
 - g) Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 0078/ Pdt.G/ 2008/ PA.Kdl
 - h) Putusan Pengadilan Agama Medan Nomor 0160/ Pdt.G/ 2002/ PA.Mdn
 - i) Putusan Pengadilan Tinggi Agama Medan Nomor 69/ Pdt.G/ 2002/ PTA.Mdn
 - j) Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 150 K/ AG/ 2003
 - k) Peraturan Perundang-undangan lainnya yang berhubungan dengan penelitian ini

- 2) Bahan Hukum Sekunder,

Data sekunder merupakan data yang secara tidak langsung yang memberikan bahan kajian penelitian dan bahan hukum yang

berupa dokumen, arsip, peraturan perUndang-Undangan dan berbagai literatur lainnya¹⁶³. Data sekunder ini diperoleh dari:

- a) Berbagai literatur/buku-buku yang berhubungan dengan materi penelitian
- b) Berbagai hasil seminar, lokakarya, simposium, dan penelitian karya ilmiah dan artikel lain yang berkaitan dengan materi penelitian
- 3) Bahan Hukum Tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang terdiri dari: Kamus Hukum, Kamus Inggris-Indonesia, Kamus Umum Bahasa Indonesia, dan Ensiklopedia.

6. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini, di antaranya penelitian lapangan atau wawancara dan studi kepustakaan.

a. Wawancara

Penelitian lapangan merupakan penelitian yang dilakukan secara langsung kepada obyek yang diteliti sehingga memperoleh data primer diperoleh melalui penelitian dengan melakukan wawancara kepada narasumber penelitian.

1) Lokasi Penelitian

¹⁶³ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Pengantar Singkat*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2003, h. 13

Penelitian dilakukan dengan mengambil lokasi penelitian di Kota Kendal Provinsi Jawa Tengah, Kota Wates Kulon Progo Yogyakarta.

2) Narasumber

Dalam hal ini narasumber diperoleh dari hasil wawancara terhadap pejabat terkait yaitu: Ketua Pengadilan Agama Klas I A Kendal, Ketua Pengadilan Agama Klas II Wates, Hakim Pengadilan Agama Klas I A Kendal, Hakim Pengadilan Agama Klas II Wates, Hakim Yang Menyidangkan dan Ketua Majelis Ulama Indonesia Kabupaten Batang.

b. Studi Kepustakaan

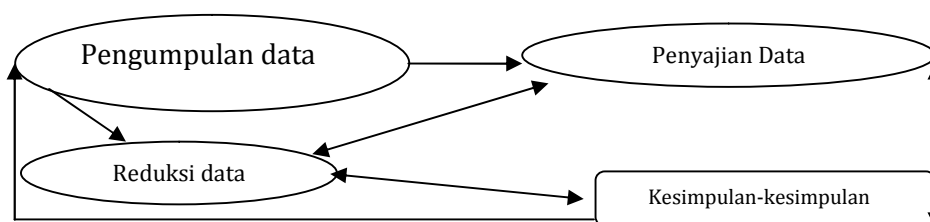
Studi kepustakaan yaitu cara untuk memperoleh data dengan mempelajari data dan menganalisa atas keseluruhan isi pustaka dengan mengkaitkan pada permasalahan yang ada. Adapun pustaka yang menjadi acuan adalah buku-buku, literatur, surat kabar, catatan atau tabel, kamus, peraturan perundangan, maupun dokumen-dokumen yang berhubungan dengan permasalahan dalam penulisan hukum ini.

7. Teknik Analisis Data

Data yang diperoleh dari kegiatan penelitian selanjutnya dianalisis secara tepat untuk memecahkan suatu masalah hukum yang telah diteliti. Analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisis data deskriptif kualitatif, yaitu data yang diperoleh kemudian disusun secara

sistematis yang kemudian dianalisis secara kualitatif untuk mencapai kejelasan masalah yang dibahas.

Peneliti menggunakan teori Miles dan Huberman, Urutan komponen tersebut, dapat di gambarkan sebagaimana ilustrasi sebagai berikut¹⁶⁴:



Gambar 02. Bagan Analisis Data.

Data dalam penelitian ini dianalisis dengan menggunakan metode kualitatif empirik, dimana analisis sudah dilakukan bersama dengan proses pengumpulan data, selanjutnya terus sampai dengan waktu penulisan laporan dengan menjabarkan data-data yang diperoleh berdasarkan norma hukum atau kaidah hukum serta fakta hukum yang akan dikaitkan dengan permasalahan ini. Hal ini jika dirasakan kesimpulan kurang maka perlu ada verifikasi kembali untuk mengumpulkan data dari lapangan dengan tiga komponen yang aktivitasnya berbentuk interaksi baik antar komponen maupun dengan proses pengumpulan data. Dalam bentuk ini, peneliti tetap bergerak di antara ketiga komponen analisis dengan proses pengumpulan data selama kegiatan-kegiatan pengumpulan data berlangsung.

¹⁶⁴ Miles, Matthew B dan Huberman. *Analisis Data Kualitatif*. Jakarta: UI Press 1992, h.20.

H. Orisinalitas Disertasi

Penelitian terdahulu telah di tulis dengan bentuk bagan sebagaimana terangkum pada tabel berikut:

Gambar: 03. Tabel: 2.

Orisinal Disertasi Dibuktikan Penelitian Terdahulu.

No	Penyusun	Judul	Hasil Penelitian
1.	Alfian Hadi Putra, B4B 007 011, S2 Magister Knotariatan Universitas Diponegoro Tahun 2009	“Akibat Hukum Pembatalan Perkawinan Karena Status Wali Nikah Yang Tidak Sah Menurut Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan Di Pengadilan Agama Sleman (Studi Kasus Perkara Nomor: 23/Pdt.G/2005/PA.Smn).	Penelitian ini menghasilkan a) Dasar pertimbangan hakim Majelis Hakim pada Putusan Pengadilan Agama Sleman Nomor: 23/Pdt.G/2005/PA.Smn tersebut, tidak bertentangan dengan peraturan perundangundangan yang berlaku khususnya mengenai perkawinan. Akan tetapi, dasar pertimbangan Majelis Hakim tersebut kurang tepat karena tidak menggunakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan untuk menunjuk pada Pasal 71 huruf (e) Kompilasi Hukum Islam. b) Akibat hukum dari pembatalan perkawinan berdasarkan Putusan Pengadilan Agama Sleman adalah berdasar pada Pasal 28 ayat (2) yaitu ; keputusan tidak berlaku surut terhadap anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan, suami atau istri yang tidak bertindak dengan i'tikad baik kecuali terhadap harta bersama bila pembatalan perkawinan didasarkan atas adanya

			<p>perkawinan lain yang lebih dahulu, orang-orang ketiga selain yang telah tersebut sepanjang mereka memperoleh hak-hak dengan <i>i'tikad</i> baik sebelum keputusan mempunyai kekuatan hukum yang tetap.</p>
2.	<p>Yusnidar Rachman, B4B 004 200, Magister Knotariatan Universitas Diponegoro, Tahun 2006</p>	<p>“Pembatalan Perkawinan Serta Akibat Hukumnya Di Pengadilan Agama Slawi”</p>	<p>Penelitian ini dihasilkan kesimpulan bahwa:</p> <ol style="list-style-type: none"> Pada proses pelaksanaan perkawinan yang dimohonkan pembatalan di Pengadilan Agama Slawi Nomor. 59/Pdt.G/2005/PA.Slw. telah terjadi hal yang dapat dijadikan alasan untuk dilakukannya pembatalan perkawinan, karena telah terjadi penipuan yang dilakukan oleh Tergugat kepada Penggugat mengenai status dirinya yang bertentangan dengan syarat-syarat perkawinan, yaitu adanya kesepakatan dan tidak adanya paksaan. Adanya pembatalan perkawinan tersebut memberikan akibat hukum bagi harta suami istri, Secara prinsip, harta bersama yang diperoleh selama perkawinan (harta gono-gini) menjadi hak bersama, akibat putusan pembatalan perkawinan tidak boleh merugikan pihak yang beritikad baik yang dalam karya tulis ini adalah Penggugat, bahkan bagi pihak yang beritikad buruk harus menanggung segala kerugian-kerugian termasuk bunga. Sedangkan bagi Pihak Ketiga yang beritikad baik pembatalan perkawinan

			tidak mempunyai akibat hukum yang berlaku surut, jadi segala perbuatan perdata atau perikatan yang diperbuat suami istri sebelum pembatalan perkawinan tetap berlaku, dan ini harus dilaksanakan oleh suami istri tersebut.
3.	Budi Cahyono, B4B.005.094 .Magister Kenotariatan UNDIP Semarang 2007	“Pelaksanaan pembatalan perkawinan bagi orang yang beragama islam (studi kasus perkara no. 1042 / pdt. G / 2004 / pa kdl)”	Penelitian ini menghasilkan : Faktor-faktor yang menyimpang sehingga terjadinya pembatalan perkawinan di Pengadilan Agama Kendal dan akibat hukum yang ditimbulkan dengan adanya Pembatalan Perkawinan di Pengadilan Agama Kendal yang mana Pengadilan Agama Kendal telah mengeluarkan putusannya dengan Nomor 1042/Pdt. G/2004/ PA. Kdl yang isinya adalah Pembatalan Perkawinan karena salah satu unsur Rukun Nikah tidak terpenuhi dan adanya manipulasi identitas.
4.	Abdul Kholiq PDIH 03.11.13.004 3 UNISSULA Semarang	Rekontruksi Hukum Perceraian pada Perkawinan Akibat Status Wali Yang Tidak Sah Berdasarkan Nilai-nilai Keadilan	Disertasi ini menjawab Permasalahan tentang: 1. Bagaimanakah pelaksanaan perceraian melalui gugatan cerai dan permohonan cerai talak pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah dalam perspektif fiqh serta Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 berdasarkan nilai-nilai keadilan? 2. Bagaimanakah dampak perceraian pada perakawinan akibat status wali yang tidak sah, berdasarkan nilai-nilai keadilan? 3. Bagaimanakah rekontruksi hukum perceraian pada perkawinan akibat status

			wali yang tidak sah berdasarkan nilai-nilai keadilan?
--	--	--	---

I. Sistematika Penulisan Disertasi

Disertasi ini mempunyai sistematika penulisan yang sudah terancang sebagaimana berikut:

Bab I berisi tentang: Latar Belakang Masalah, Fokus Masalah, Manfaat Penelitian, dan Tujuan Peneliti. Kemudian terdapat juga Grand Teori, Midle Teori, dan Aplicatioan Teori, Metode Penelitian, yang membahas tentang paradigm penelitian, metode pengumpulan data, sumber hukum, reduksi data, dan analisis data, serta originalitas penelitian. serta kajian pustaka, dan kerangka berfikir.

Bab II berisi tentang Tinjauan pustaka, Konsep dan Filosofi perwalian perspektif fiqh, yang membahas tentang Konsep perwalian perspektif fiqh dan filosofi perwalian perspektif fiqh dan hukum positif, serta membahas tentang perbedaan-perbedaannya.

Bab III berisi tentang Pembatalan perkawinan di Indonesia dan Problematika perwalian, yang membahas tentang Pengertian pembatalan perkawinan, dan problematikan perwalian. Perkawinan di Negara-negara Muslim, serta membahas tentang pembatalan perkawinan di Negara-negara Muslim

Bab IV berisi tentang Perceraian akibat wali yang tidak sah saat ini, yang berisi tentang Terputusnya hubungan suami istri akibat pembatalan perkawinan, Pembagian harta bersama pasca batalnya perkawinan, Dampak

pembatalan perkawinan, dan Dampak putusan pembatalan perkawinan akibat status wali yang tidak sah.

Bab V berisi tentang Rekonstruksi pembatalan perkawinan akibat wali yang tidak sah, membahas tentang: Perkawinan akibat status wali yang tidak sah menurut sila ke-5 Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pembatalan perkawinan akibat wali yang tidak sah di berbagai Negara Muslim Asia Tenggara, dan Rekonstruksi hukum perceraian pada perkawinan akibat status wali yang tidak sah berdasarkan nilai-nilai keafilan.

Bab VI berisi tentang Penutup, yang berisi, Simpulan, Implikasi, Teoritis dan Praktis, serta Saran.