

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar belakang Masalah.

Membaca tujuan pembangunan hukum nasional bagi masyarakat Indonesia adalah adanya tujuan *sosial defence* (perlindungan sosial) dan adanya tujuan *sosial welfare* (kesejahteraan sosial) sebagaimana yang terkandung dalam pembukaan Undang-undang dasar Negara Republik Indonesia 1945 alinea ke empat;... untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial...¹.

Menurut Undang-Undang Dasar Tahun 1945 pasal 1 ayat (3) yang menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum.² Dalam implementasinya dapat dilihat dari sisi sistem hukum yang berbeda mengingat setiap Negara di dunia ini karakteristik sistem hukumnya berbeda bergantung pada asal asul pembentukan Negaranya.

¹.Himpunan Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia menurut sitem engelbrecht,2006. PT Ichtiar Baru Van Hoeve.Jakarta.. h.15.

² . Ibid .

Imam Subchi, berpendapat Negara hukum Indonesia merupakan studi tentang konsepsi Negara hukum Indonesia yang membedakan dengan konsepsi Negara hukum lain. Meski mendapat pengaruh dari berbagai pemikiran, tetapi konsepsi Negara hukum Indonesia berbeda dengan konsepsi *rule of law* dan *rechtsstaat*. Hal tersebut dapat ditelusuri dari dasar falsafah, sifat kedaulatan, kekuasaan organ Negara, dan hak asasi manusia.³

Dalam penjabaran lain untuk memahami konsep-konsep tersebut tidak terlepas dengan pemahaman tentang Negara hukum, Tahir Azhari berpendapat istilah Negara hukum adalah suatu *genus begrip* yang terdiri atas lima konsep:

1. Konsep Negara hukum menurut Al-Qur'an dan sunah yang diistilahkan dengan nomokrasi Islam.
2. Konsep Negara hukum Eropa Kontinental yang disebut *rechtsaat*.
3. Konsep *rule of law*.
4. Konsep Sosialist legality.
5. Konsep Negara hukum Pancasila.⁴

Ada keterkaitan dengan pemahaman Jimly Assididqie terhadap prinsip Negara hukum, menurutnya dibagi menjadi 12 macam, antara lain:

- 1) Supremasi Hukum (*supremacy of law*);
- 2) Persamaan dalam hukum (*equality before the law*);
- 3) Azas Legalitas (*due process of law*);
- 4) Pembatasan Kekuasaan;
- 5) Organ-organ eksekutif independen;
- 6) Peradilan bebas dan tidak memihak;
- 7) Peradilan tata usaha Negara;
- 8) Peradilan tata Negara (*constitutional court*);
- 9) Perlindungan hak asasi manusia;
- 10) Bersifat demokratis (*demokratische rechtsstaat*);
- 11)

³ . *Jurnal Hukum dan Peradilan* volume 1 nomor 3 November 2012, Mahkamah Agung RI Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan. h. 339.

⁴ . Jazim Hamidi dkk, 2012, *Teori Hukum Tata Negara A Turning Point of The State*, Salemba Humanika, ,h. 145.

Berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan berNegara (*welfare rechtsstaat*) ; 12) Tranparansi dan Kontrol Sosial.⁵

Setelah Negara terbentuk sistem hukum yang diterapkan dalam rangka mengatur masyarakat juga tidak terlepas dari sejarah sebelumnya dari mana embrio Negara itu berasal. Sebenarnya sangat banyak sistem hukum yang berlaku di dunia, R.Abdoel Djamali ⁶ menjabarkan ada 5 sistem hukum, antara lain: 1. Sistem Hukum Eropa continental / civil law/ hukum romawi. 2. Sistem Hukum anglo sexon/ common law, 3. Sistem Hukum Adat. 4. Sistem Hukum Islam.

Sistem hukum Eropa Kontinental yang selama ini dianut dalam sistem hukum nasional Indonesia, telah menjadi pemahaman umum bahwa melalui azas konkordansi oleh penjajah Belanda. Penerapan hukum yang dibawa penjajah tersebut adalah hukum Romawi yang mengedepankan hukum positif sebagai sumber hukum resmi.⁷ Sebelum lahirnya positivisme telah berkembang suatu pemikiran dalam ilmu hukum yang dikenal sebagai ajaran legisme. Aliran *legisme* mengidentikkan hukum dengan undang-undang atau tidak ada hukum diluar undang-undang. Undang-undang merupakan satu-

⁵ . *Jurnal Hukum dan Peradilan* ,Op-Cit .h. 344.

⁶ . R.Abdoel Djamali, *Pengantar hukum Indonesia* edisi revisi. Raja Grafindo Persada.Jakarta.h. 68

⁷ . Hukum positif yang sering diistilahkan dengan *Ius constitutum* adalah: hukum yang berlaku saat ini untuk daerah tertentu, atau secara luas diartikan sebagai "kumpulan asas dan kaidah hukum tertulis dan tidak tertulis yang pada saat ini sedang berlaku dan mengikat secara umum atau khusus dan ditegakkan oleh atau melalui pemerintah atau pengadilan dalam Negara Indonesia. (vide : [Http://www.emakalah.com/2013/04/hukum-positif-indonesia.html#ixzz34Up94YCL](http://www.emakalah.com/2013/04/hukum-positif-indonesia.html#ixzz34Up94YCL) di akses tanggal 13 juni 2014 jam 13.20.

satunya sumber hukum⁸. Ciri sederhana dalam hukum positif itu adalah suatu aturan tertulis yang dibuat oleh lembaga resmi (DPR bersama Pemerintah bila itu berupa Undang-Undang). Lebih tegas ciri positifisme adalah hukum hanya lahir dari “sumber yang jelas dan pasti” yaitu kedaulatan.⁹

Lebih lanjut sebagai perluasan pemahaman atas telaah tentang *legisme* tidak ada salahnya jika penulis juga menyambung dengan pemahaman teori hukum murni agar sinkron dengan pemahaman *Legisme*, Hans Kelsen menjelaskan bahwa murninya teori ini dalam rangka menjelaskan hukum dan berupaya membersihkan obyek penjelasannya dari segala hal yang tidak bersangkutan paut dengan hukum.¹⁰ Kemudian muncul pemikiran bagaimana mempelajari ilmu hukum agar teori hukum murni dapat di capai dengan baik, Sudikno Mertokusumu memberikan gambaran bahwa mempelajari ilmu hukum adalah teorinya hukum positif atau teorinya praktik hukum. Pertanyaan-pertanyaan Ilmu Hukum hanya dapat dijawab oleh hukum positif. Karena obyeknya hukum positif adalah praktik hukum.¹¹

Sistem hukum adalah suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain yang merupakan satu kesatuan yang terorganisasi dan

⁸. Widodo Dwi Putro, *mengkritisi positivisme hukum* dalam buku metode penelitian hukum, editor Sulistyowati Irianto & Shidarta, yayasan Pustaka Obor Indonesia, h.9.

⁹. Ratno Lukito. 2008, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler Studi tentang konflik dan resolusi dalam sistem hukum Indonesia*, Jakarta, Pustaka Avabet. h.182.

¹⁰. Hans Kelsen, 2014, *Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, terjemahan Raisul Muttaqien, Nusamedia, Cetakan XVI, h.1

¹¹. Sudikno Mertokusumu, 2011, *Teori Hukum edisi Revisi*, Cahaya Atma Pustaka, h.3

kerja sama kearah tujuan kesatuan.¹² Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional. Kemudian masih dikenal sistem hukum perdata, sistem hukum pidana, sistem hukum administrasi¹³. Dalam uraian lain sistem hukum nasional adalah suatu keseluruhan dari unsur-unsur hukum nasional yang saling melekat dalam rangka mencapai suatu masyarakat yang berkeadilan.

Implementasi di ranah peradilan hakim masih banyak yang mencari posisi aman dengan selalu berlindung pada ketentuan hukum positif di banding dengan mencari solusi bijak yang memberi masalah kepada pencari keadilan, akhir dari penanganan kasus dapat ditebak yaitu pencari keadilan yang tidak sejalan dengan ketentuan hukum positif ditinggalkan sedangkan yang sesuai dengan ketentuan hukum positif selalu mendapatkan perlindungan dan dimenangkan. Seharusnya tahapan penggunaan dasar hukum oleh hakim adalah bersumber dari hukum positif, apa bila tidak diperoleh hakim wajib menafsirkan pasal-pasal yang ada dalam ketentuan hukum positif, apa bila tidak dimungkinkan hakim wajib menemukan hukum guna mengisi kekosongan hukum.

Menghayati semangat dari alinea ke empat pembukaan Undang-undang 1945 sebagai mana disebutkan di atas, Hakim sebagai pembuat hukum harus

¹². Sudikno Merto kusumo,2005, *Penemuan Hukum sebuah pengantar*, Jogjakarta, Liberty, cetakan kedua,h.18.

¹³. Sudikno Mertokusumo, 2005, *Mengenal hukum suatu pengantar*. Yogyakarta, Libetty.cetakan ke lima. h. 123.

memperhatikan kajian sosiologis yang didasarkan pada kebutuhan riil masyarakat dengan menggali filosofi dan ruh peraturan perundang-undangan itu sendiri agar keadilan masyarakat dapat dipenuhi. Hakim dalam menjalankan tugas tidak boleh melanggar pasal-pasal dalam undang-undang (hukum tertulis) melainkan hakim dalam menyelesaikan masalah hukum harus berangkat dari pasal undang-undang apabila tidak sesuai dengan tuntutan pencari keadilan hakim harus menafsirkan pasal undang-undang tersebut; perkembangan selanjutnya apabila tidak ditemukan pasal dalam undang-undang maka kewajiban hakim adalah menemukan hukum. Pola-pola tersebut yang lazim disebut progresif.¹⁴ Tugas hakim adalah tugas mulia karena memberikan solusi dan penyelesaian atas kemelut yang tidak dapat dipecahkan oleh masyarakat, tuntas tidaknya permasalahan hukum yang dihadapi masyarakat yang berujung keadilan, kemanfaatan dan kepastian menjadi tanggung jawab hakim.

Yang dituntut kepada pola pikir hakim adalah melakukan pembebasan terhadap pikiran-pikiran tradisional-konvensional, manakala itu menghambat arus pemikiran yang lebih benar. Konsep hukum progresif ada disini adalah sebagai suatu pemikiran hukum yang selalu berusaha untuk menjadi (lebih)

¹⁴ .Satjipto Raharjo (red) dalam menguraikan tentang hukum progresif adalah bertujuan untuk mewujudkan alternatif bagi pendekatan dominan dalam interpretasi hukum di Indonesia, yaitu pendekatan yang dianggap formalistis dan kurang memperhatikan substansi keadilan, masih menurut Satjipto Raharjo akar masalah dari situasi bersumber dari keadaan hukum tertulis sendiri, yang dengan gampang akan menghasilkan 'tragedi hukum'. Pendekatan hukum progresif dimaksudkan untuk mengatas;tragedi tersebut, dengan cara lebih memperhatikan isu-isu sosial dan keadilan. Uraian ini dapat dilihat dalam pendapat Adriaan Bedner di buku "*Seri tokoh hukum indonesia satjipto rahardjo dan hukum progresif urgensi dan kritik*" ,Epistima Institute, Jakarta, 2011, h. 139-140.

benar. Inilah **metoda hukum progresif yaitu membuat hukum selalu terbuka, dinamis dan mengalir**.¹⁵ Akan tetapi jangan sampai berlebihan sikap hakim untuk menciptakan nilai progresif, sehingga melanggar etika dan norma. Yang paling utama agar hakim tidak memutuskan penilaian yang menyimpang dari penilaian yang terdapat kesepakatan dalam masyarakat.¹⁶

Ada keharusan menciptakan keserasian dan keseimbangan dalam menerapkan hukum, Surjono Sukanto memberikan penjelasan secara tegas tentang secara konseptual inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantahkan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian, pergaulan hidup.¹⁷

John Austin berpandangan bahwa hukum itu dimaknakan semata-mata hanya sebagai perintah penguasa (*Austin's Broad approach to law was to regard it as the command of the sovereign*)¹⁸. Dalam pemaparan lain pendapat Austin tentang hukum dapat di tegaskan bahwa hukum itu sebagai perintah dari badan pemegang kedaulatan dalam sebuah masyarakat yang

¹⁵ .Mahfud MD,dkk, 2013,*Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, ,Semarang, Thafa Media,Cetakan pertama,Konsursium Hukum Progresif Universitas Diponegoro,h. ix.

¹⁶ . W.Van Gerven,1990,*Kebijaksanaan Hakim*, Terjemahan Hartini Tranggono, Jakarta ,Erlangga , h. 64.

¹⁷ . Soerjono Soekanto, 2012,*Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi penegakan Hukum*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, Cetakan ke -11 ,h.5

¹⁸ . George Whitecross Paton, *A Text Book Of jurisprudence*, Second Edition, Oxford At The Clarendon Press,h. 6.

bias berupa seseorang ,seperti raja atau ratu, atau sekelompok petugas terpilih seperti badan pembuat hukum.¹⁹ Pandangan tersebut di atas sejalan dengan pendapat Jerome Frank²⁰, hukum itu kumpulan aturan lengkap yang ada sejak zaman dahulu dan tidak dapat diubah kecuali terbatas bagi badan pembuat undang-undang yang telah mengubah undang-undang yang telah ditetapkan. Sehingga hakim hanya ”dewa hidup” hukum, mereka dapat dikatakan sebagai ”hukum yang berbicara”. Fungsi hakim semata-mata pasif tidak lain mereka mulut yang mengucapkan hukum.

Pendapat Jerome Frank tersebut lebih ekstrim menyatakan jika hakim berusaha menyusun hukum yang baru dia akan dipersalahkan karena merebut kekuasaan, karena hanya badan pembuat undang-undang saja yang memiliki kewenangan, pada hal peradaban terus berkembang dan undang-undang tidak pernah final . Menurut Sacıpto Raharjo, hukum tertulis tidak dapat menyelesaikan seluruh persoalan yang ada dalam masyarakat.²¹

Abdul Latif Guru besar Ilmu Hukum Universitas Muslim Indonesia (UMI) Makasar berpendapat;

Pembentukan hukum yang dinamis,baik dalam arti horizontal maupun vertical tidak mungkin tanpa konstansi dan dinamik relatif dari asas-asas hukum materiil. Adalah asasa-asas hukum materiil yang bersifat konstitutif dan regulative yang mendorong terus proses pembentukan

¹⁹ . Werner Menski,2012, *Perbandingan Hukum Dalam Konteks Global Sistem Eropa,Asia dan Afrika*, Terjemahan M.Khozim,Nusamedia,cetakan II ,h.208.

²⁰ . Jerome Frank,2014,*Hukum & Pemikiran Modern*,Terjemahan, Rahmani Astuti dari buku *Law and The Modern Mind*,cetakan II,2014,Nuansa Cendekia,Bandung,h.74-75.

²¹ .Mahfud MD dkk, *Op.Cit*,h,452.

hukum, sedangkan sebaliknya asas-asas ini akan mengembangkan arti yuridis dari padanya itu dalam pembentukan hukum yang dinamis. Selalulah didalam hal itu harus ada suatu harmonisasi antara konstansi relatif dan dinamik relatif dari pemebentukan-pembentukan hukum.²²

Itulah tugas utama Hakim dalam mewujudkan harmonisasi antara hukum positif sebagai *premis mayor* dan kasus yang dihadapi adalah *premis minor* jangan sampai hakim terpasung oleh kepastian yang hanya mengutamakan hukum secara teks tual dan mengabaikan hukum secara kontekstual demi keadilan. Pada hal kita yakin bahwa sebagus dan sedetail apapun undang-undang tersebut disusun dengan berbagai argumentasi, pembahasan, alasan dan melalui perdebatan panjang ,tidak akan mampu menampung semua masalah yang timbul di masyarakat. Hal itu dapat disadari karena tidak ada Undang-undang yang sempurna dan mampu berlaku konstan dalam waktu tertentu.²³

Ajaran positivisme yang mengedepankan hukum secara normatif, sebenarnya sering mendapat kritik antara lain menyebutkan bahwa hukum positif selalu berhadapan dengan kehidupan sosial yang selalu berkembang. Seharusnya hukum itu mampu mengikuti situasi dan kondisi yang dibutuhkan oleh masyarakat agar tercipta keadilan.

²² . *Jurnal Hukum dan Peradilan* volume 02 nomor 1 Maret 2013. Mahkamah Agung RI Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan.h. 20.

²³ . Yahya harapap, 2012,*Hukum Acara Perdata*, Jakarta ,Sinar Grafika , h. 825 telah menguraikan dan mensitir pendapat Richard A Wasserstrom,bahwa undang-undang sering kabur,mendua dan juga tidak mampu melihat kasus yang timbul dimasa datang (Statutes are aften vague and ambigious).

Aliran positivism ini dipelopori oleh : John Austin (1790 – 1861) dan

Hart.²⁴ Menurut ajaran positivisme ini secara garis besar dapat dipahami :

- Tidak ada hukum diluar aturan perundang-undangan.
- Yang berwenang mutlak menciptakan hukum hanya legislatif power.
- Hakim yang menduduki fungsi Peradilan hanya mengadili menurut kitab hukum perundang-undangan.
- Adil tidaknya putusan yang dijatuhkan berdasarkan ketentuan perundang-undangan bukan lagi menjadi tanggung jawab Hakim, tetapi merupakan tanggung jawab legislatif.

Konsep ajaran positivisme ini hanya mengutamakan undang-undang atau hukum tertulis saja yang tersusun dalam kitab undang-undang (kodifikasi) Sehingga dalam konsep ini tidak ada hukum di luar undang-undang (hukum tertulis) dikenal juga dengan sebutan “LEGISME”²⁵. Sampai sejauh ini masih banyak kita rasakan dalam taraf penerapan hukum secara riil ada pendapat yang sampai sekarang masih banyak dipegangi oleh praktisi hukum bahwa dalam ranah hukum perdata hakim dipersepsikan sebagai figur yang pasif, materi luasnya ruang lingkup perkara ditentukan sendiri oleh pihak penggugat

²⁴. Menurut faham ini positivisme sering juga disebut dengan **legitimesme**. dalam pandangan ajaran legitimesme /positivisme sangat **mengagungkan hukum tertulis**, sehingga norma hukum diluar itu dinilai bukan hukum. Arti **Positivisme kata Hart**: a. Hukum adalah perintah, b. Analisa terhadap konsep-konsep hukum berbeda dengan studi sosiologis, historis dan penilaian kritis, c. Keputusan dapat dideduksi secara logis dari peraturan yang sudah ada lebih dulu tanpa menunjuk kepada tujuan sosial, kebijakan dan moralitas, d. Penghukuman secara moral tidak dapat ditegakkan dan dipertahankan oleh penalaran rasional, pembuktian dan pengujian, e. Hukum sebagaimana diundangkan, ditetapkan positum harus senantiasa dipisahkan dari hukum yang seharusnya diciptakan. (dapat di baca secara detail dalam Rangkuman Intisari Ilmu hukum Ridwan syharani ,h: 40).

²⁵. Sebagai penjelas secara luas dapat dibaca Makalah Bagir Manan yang ada kaitannya dengan konsep kodifikasi, dikatakan Hakim adalah mulut undang-undang, Legisme, yang semua itu bertujuan untuk menciptakan kepastian aturan hukum yang diterapkan sebelum ada kodifikasi, uraian tersebut *di varia peradilan* nomer: 254 tahun XXII januari 2007, h.7

dan tergugat²⁶. Tulisan lain disebutkan paradigma positivisme hukum hakim tidak boleh berkreasi melampaui bunyi undang-undang²⁷.

Said Aqil Siradj²⁸ mengingatkan bahwa Tanggung Jawab Hakim Pengadilan dalam Mewujudkan Keadilan Ilahiyah bagi Masyarakat, haruslah memiliki karakter :*Al-kafaah wat taahhul* (proporsional) dan professional dalam bertindak.*Al-infisah was shaharah* (berfikir terbuka dan *open managemen*).*At- ta"awun alal birri wal ihsan* (bekerja sama dalam menegakkan kewajiban dan kemaslahatan) .*Al-mas'uliyah* (bertanggung jawab).

Inti penegakan hukum adalah penegakan keadilan, keadilan bukanlah sekedar gugusan fakta obyektif melainkan sangat ditentukan oleh rasa, yaitu rasa kebenaran dan rasa kemanusiaan. Menyangkut masalah rasa adalah urusan hati atau *qalbu* , sementara *qalbu* itu sering berbolak-balik ketika ada tarikan kepentingan.²⁹ Penelaahan lebih lanjut untuk mengantarkan pola pikir hakim menjadi progresif demi tercapainya keadilan substantive bagi pencari keadilan (*justiciable*), perlu diperhatikan sistem hukum yang berlaku; karena

²⁶ . Makalah Widodo Dwi Putro dengan judul *Senjakala Putusan Hakim* yang disampaikan dalam workshhop Pemanfaatan Putusan Hakim dalam Mendorong Kepastian, Kemanfaatan dan Keadilan, diselenggarakan Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan dan Magister Ilmu Hukum Unram, tanggal 10 November 2014, h.6.

²⁷ . Makalah, Ibid, h.7.

²⁸ . Disarikan dari Komisi Yudisial, 2013, *Proceeding Pelatihan Tematik Ekonomi Syariah bagi Pengadilan Agama*. Bandung 13-16 Februari 2013. h.72.

²⁹ . Komisi Yudisial, Ibid. h. 67.

sistem hukum memiliki fungsi untuk mendistribusikan menjaga alokasi nilai-nilai yang benar menurut masyarakat.³⁰

Komisi Yudisial telah membuat laporan penelitian atas potret profesional hakim, bahwa profesionalisme hakim dapat dilihat dari aspek-aspek antara lain, penguasaan atas ilmu hukum, kemampuan berfikir yuridis, kemahiran yuridis, kesadaran serta komitmen professional. Penguasaan atas ilmu hukum meliputi pengetahuan, penguasaan serta pengembangan sistematis, metodis dan rasional atas asas-asas, kaidah-kaidah, dan /atau aturan-aturan hukum, baik pada tingkat lokal, nasional, transnasional maupun internasional, serta pada tataran hukum dasar atau bidang-bidang hukum pada sektor-sektor kehidupan manusia.³¹

³⁰.Lawrence M.Friedman, 2011,*Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Terjemahan M.Khozim,NusaMedia,Cetakan IV,h.19.

³¹ . Komisi Yudisial, 2008, *Potret Profesionalisme Hakim Dalam Putusan*, laporan Penelitian Putusan Pengadilan Negeri,h.32-33.

Mengapa hakim diberikan wewenang sebagai judge made law³²?

Karena hakim adalah pejabat yang secara *ex officio* memiliki peran dan wewenang untuk merumuskan hukum dalam bahasa yang mudah, jelas, tegas dan bermanfaat dengan menunjukkan mana hukum dalam ranah *in the book* dan mana hukum dalam ranah *in action* atau *out of the book*.

Memperhatikan penjelasan pasal 1 UU. No. 4 tahun 2004 tentang kekuasaan Kehakiman;

“Kebebasan dalam melaksanakan wewenang yudisiil tidaklah mutlak sifatnya, karena tugas dari para hakim adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dengan jalan menafsirkan dan mencari dasar-dasar serta azas yang jadi landasannya, melalui perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya sehingga putusannya mencerminkan perasaan keadilan bangsa dan rakyat Indonesia”.

³². Dalam kaitannya judge made law, Bagir mananu menyatakan prinsip judge made law adalah dalam rangka upaya Hakim menciptakan pembaharuan hukum melalui putusannya. Konsep ini sejalan dengan pendapat rosecoe pound bahwa makna hukum adalah sebagai sarana pembaharu masyarakat / hukum sebagai “*as a tool of sosial engineering*”, ungkapan rosecoe pound ini di Indonesia di perkenalkan pertama kali oleh Muchtar kusumaatmaja (FH Unpad) dengan mentransformasi konsep pound itu kedalam salah satu dasar kebijakan pembaharuan dan pembangunan hukum nasional, yang waktu itu beliau juga sebagai Menteri kehakiman, konsep gagasan itu terus bergulir yang di dukung oleh Sunaryati Hartono (Unpad), Sapiro raharjo (Undip), Sutandyo (Unair), dan Purnadi purbacaraka serta Suryono sukanto (UI). Transformasi konsep rosecoe pound ternyata serupa tapi tak sama dengan konsep hukum sebagai sarana pembaharu masyarakat kita itu, karena konsep rosecoe pound sebagai pembaharu adalah Hakim dengan sumber utamanya kaidah hukum anglo sexon/common law sistem, sedangkan pembaharu masyarakat kita adalah pembaharuan sosial yang didasari pada peraturan perundang-undangan. Untuk mewujudkan itu semua perkataan hukum bukan semata-mata dalam arti kaidah melainkan pemberdayaan sistem hukum dari berbagai sub sistem hukum yang meliputi; Pendidikan hukum, profesi hukum, penegak hukum, proses hukum dan lain sebagainya. Pembahasan ini dapat di baca lengkap dalam Varia Peradilan no.254 tahun ke XXII januari 2007, h.5.

Logika di atas tidak berlebihan apa bila kita memahami bahwa yang diputuskan hakim berdampak langsung, karena ;

- Siapun tidak ada hak dan berkuasa untuk merubah putusan hakim.
- Yang dapat merubah putusan hakim hanya terbatas pemberian grasi oleh Presiden dalam perkara pidana, dan melalui Peninjauan kembali dalam perkara Perdata itupun melalui mekanisme yang sangat berat.
- Setiap putusan yang telah berkekuatan hukum tetap wajib dan mesti dilaksanakan baik secara suka rela atau dengan paksa apapun isi putusanya.³³

Apa yang hendak diwujudkan dalam menjalankan fungsi kebebasan kewenangan mengadili adalah keadilan bangsa dan rakyat Indonesia. Perlu di garis bawahi bahwa kebebasan menafsirkan untuk menciptakan rasa keadilan dimaksud hakim tidak boleh bebas tanpa batas dan tidak terkendali, tetapi hakim harus selalu dalam bingkai *rule of law*. Patokan untuk menafsirkan hukum adalah dalam pasal 6 UU. No. 4 tahun 2004 tentang kekuasaan Kehakiman ; yaitu dapat disimpulkan bahwa Pengadilan mengadili perkara menurut hukum, bukan menurut undang-undang.

Mengapa hakim diberikan hak untuk menafsirkan? Karena tidak ada UU yang mampu menjangkau semua permasalahan manusia sedangkan permasalahan yang di hadapi manusia selalu berkembang, secara panjang lebar Bagir Manan telah memberikan uraian alasan secara rasional dan yuridis, antara lain³⁴ :

³³ . M.Yahya harahap, *Loc-Cit*, h.871

³⁴ . *Varia peradilan majalah hukum* tahun XXIV no. 285 agustus 2009 h. 10.

1. Tidak pernah ada peristiwa hukum yang tepat dan serupa dengan lukisan undang-undang (peraturan perundang-undangan), sedangkan Hakim harus menemukan kesesuaian antara fakta dan hukum.
2. Suatu perbuatan tidak tercakup dalam kata atau kata-kata (ordinary word) yang disebut dalam undang-undang.
3. Tuntutan keadilan. Hakim bukan corong undang-undang, sebagai arbiter hakim wajib menyelesaikan suatu perkara dengan adil.
4. Keterbatasan makna bahasa dibandingkan dengan gejala atau peristiwa yang ada atau terjadi dalam masyarakat.
5. Bahasa dapat diartikan berbeda pada setiap lingkungan masyarakat.
6. Pengaruh perkembangan masyarakat.
7. Transformasi atau resepsi konsep hukum asing yang dipergunakan dalam praktik hukum (misal: bidang perjanjian, perbankan dll).
8. Pengaruh berbagai teori baru dibidang hukum (sociological jurisprudence, feminist legal theory dll).
9. Ketentuan atau bahasa atau kata atau kata-kata dalam undang-undang tidak jelas, bermakna ganda, tidak konsisten.

Setelah menguraikan panjang lebar bagaimana hukum itu dapat kita pahami sebagai norma/aturan/pedoman, termasuk hukum yang dibuat oleh Hakim. Kita akan lebih mudah memahami dengan apa itu hukum? karena Soeryono sukanto telah mengidentifikasi hukum itu sampai sepuluh makna³⁵;

1. Hukum adalah sebagai Ilmu pengetahuan, yakni pengetahuan yang tersusun secara sistematis atas dasar kekuatan pemikiran.
2. Hukum sebagai disiplin, yakni suatu sistem ajaran tentang kenyataan atas gejala-gejala yang dihadapi.
3. Hukum sebagai kaidah, yakni pedoman atau patokan perilaku yang pantas dan diharapkan.
4. Hukum sebagai tata hukum, yakni struktur dan proses perangkat kaidah-kaidah hukum yang berlaku pada suatu waktu dan tempat tertentu, serta berbentuk tertulis.
5. Hukum sebagai petugas, yakni pribadi-pribadi yang merupakan kalangan yang berhubungan erat dengan penegakan hukum (ditekankan dalam konteks *law enforcement officer*).
6. Hukum sebagai keputusan penguasa, yakni hasil proses diskresi.

³⁵. Wawan tunggul alam, 2004, *memahami profesi hukum*, milanea populer, cet. pertama, h.10-11.

7. Hukum sebagai proses pemerintah, yakni proses hubungan timbal balik antara unsur-unsur pokok dari sistem keNegaraan.
8. Hukum sebagai perilaku yang ajeg atau teratur.
9. Hukum sebagai jalinan nilai-nilai, yakni jalinan dari konsep-konsep abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.
10. Hukum adalah sebagai seni.

Sistem hukum yang diberlakukan di Indonesia sesuai dengan asasnya dimaksudkan agar semua warga Negara tanpa terkecuali harus taat pada UU agar tercipta ketertiban, tetapi masyarakat tidak semua dapat menjalankan asas tersebut. Tingkat pendidikan, pergaulan sosial budaya dan fanatisme yang berbeda-beda menjadikan perkembangan suatu peradaban termasuk sadar dan tertib hukum menjadi penentu maju atau tidaknya warga masyarakat itu sendiri.

Mengapa penulis tertarik meneliti perlindungan hukum terhadap istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok? Karena Fanatisme pada ajaran Islam di Lombok sangat kuat, banyak nikah tidak tercatat dan talak di luar sidang mereka meyakini yang penting hal itu sah menurut agama dan menjadi keyakinan mayoritas masyarakat Lombok, tetapi tidak disadari berdampak pada rendahnya perlindungan kepada istri dan anak hasil poligami sirri.

Tulisan ini bermaksud memberikan sumbang saran dan pemikiran bahwa merekapun juga manusia yang menjadi warga negara Indonesia yang harus memperoleh hak-hak hukum sama dengan warga lainnya, pemikiran itulah

yang perlu dicarikan solusi agar semua warga negara memperoleh perlindungan hukum yang sama.

Mantan Hakim Mahkamah Konstitusi (MK) HAS Natabaya mengatakan bahwa mahkota hakim itu adalah keputusannya,³⁶ hal itu sejalan dengan maksud pasal 5 Ayat (1) UU No.48 Tahun 2009 tentang kekuasaan Kehakiman dan penjelasannya; dinyatakan bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Hal inilah yang melatar belakangi penelitian penulis untuk dituangkan dalam judul disertasi “REKONSTRUKSI PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP ISTRI DAN ANAK HASIL POLIGAMI SIRRI DI LOMBOK YANG BERBASIS NILAI KEADILAN”

B. Rumusan Masalah.

1. Mengapa perlindungan hukum terhadap istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok belum efektif?
2. Bagaimana kelemahan perlindungan hukum terhadap istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok saat ini?

³⁶ . HAS.Natabaya, <http://indonesia-baru.liputan6.com/read/2093983/mantan-hakim-mk-mahkota-hakim-terletak-di-putusan>, di akses tanggal 18 September 2014 jam 13.00.

3. Bagaimana rekonstruksi perlindungan hukum terhadap istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok yang berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian.

Adapun tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah :

1. Untuk menganalisa mengapa istri dan anak hasil poligami secara sirri tidak memperoleh perlindungan yang efektif .
2. Untuk menganalisa kelemahan-kelemahan perlindungan hukum terhadap istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok saat ini .
3. Untuk menawarkan solusi baru (rekonstruksi) terhadap perlindungan hukum istri dan anak hasil poligami sirri .

D. Kegunaan Penelitian.

Adapun manfaat yang ingin didapatkan dari penelitian ini adalah :

1. Kegunaan teoritis.
 - a. Secara teoritis, dapat menemukan teori baru bidang hukum, khususnya dalam hal perlindungan terhadap istri dan anak hasil poligami sirri .
 - b. Secara teoritis, dapat memberikan sumbangan pemikiran dalam memberikan solusi perlindungan terhadap istri dan anak hasil poligami sirri.

2. Kegunaan praktis.

Secara praktis, dapat memberikan contoh konkrit dalam hal memperlakukan dan memberikan perlindungan hukum terhadap istri dan anak hasil poligami sirri, jangan sampai mereka menjadi korban yang tidak dapat diselamatkan hanya karena terhalang ketentuan normatif yang mematikan hak hukum mereka.

E. Orisinalitas Disertasi.

Dalam rangka menjaga orisinalitas tulisan, penulis menjamin bahwasanya tulisan ini tidak pernah di tulis atau dipublikasikan. Keyakinan penulis tersebut sangat beralasan mengingat selama pencarian penulis selama ini penulis hanya menemukan tulisan tentang :

No	Judul disertasi	Penyusun disertasi	Kesimpulan disertasi	Perbedaan dengan disertasi penulis
1	Rekonstruksi pertimbangan Hakim Peradilan Agama dalam Putusan Berbasis Keadilan Proporsional	Abd. Jamil dari Universitas Diponegoro Semarang	Dalam prakteknya masih banyak ditemukan putusan hakim peradilan agama yang belum mencerminkan rasa keadilan, banyaknya pertimbangan yang dibuat secara positivistik belum mempertimbangkan hukum diluar undang-undang.	Yang dianalisa disertasi Abd.Jamil adalah hakim masih banyak yang hanya mengutamakan ketentuan normatif belum banyak yang mempertimbangkan diluar hukum positif, sedangkan dalam disertasi penulis yang dianalisa adalah kewajiban hakim harus membuat hukum progresif , agar dapat

			Berdasarkan fakta tersebut diperlukan usaha untuk merekonstruksi pertimbangan hakim peradilan agama, khususnya dalam putusan pembagian harta bersama yang berbasis keadilan proporsional.	memberikan keadilan pada istri dan anak dari poligami sirri.
2	Rekontruksi Hukum Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian Berbasis Nilai Keadilan	Radi Yusuf Dari Universitas Islam Sultan Agung Semarang.	Beban perempuan sangat berat mereka tak hanya mengasuh anak, tetapi juga bekerja keras ketika suami lontang-lantung tanpa pekerjaan. Sehingga apabila terjadi perceraian bentuk pembagian yang berkeadilan harus diperhatikan. Misalnya, melalui perbandingan 1/3 untuk duda (mantan suami) dan 2/3 untuk janda (mantan istri). Atau juga bisa berupa perbandingan 1/4 untuk duda dan 3/4 untuk janda.	Yang dianalisa dalam disertasi Radi Yusuf adalah hanya sebatas rekonstruksi hukum, sedangkan dalam disertasi penulis yang dianalisa adalah kewajiban hakim harus membuat hukum progresif , yang mampu memberikan perlindungan pada istri dan anak dari poligami sirri.
3	Perlindungan Hukum	Dra. Hulailah	Perlindungan hukum terhadap	Sedang dalam disertasi penulis

	Terhadap Isteri atas Harta Bersama dalam perkara perceraian di pengadilan agama	Dari Universitas Jember.	istri atas harta bersama, kendala-kendala dalam proses pembagian harta bersama serta upaya-upaya hukum untuk memperoleh harta bersama dalam perkara perceraian di Pengadilan Agama.	mengupas perlindungan istri dan anak dari poligami sirri.
4	akibat hukum nikah siri terhadap kedudukan anak ditinjau dari undang-undang no 1 tahun 1974 dan perspektif hukum islam	Yuyanti Lalata dari Universitas Ihsan Gorontalo	Perkawinan yang tidak di catat di anggap tidak syah karena tidak memenuhi unsur pasal 2 ayat 2 UUNo.1 tahun 1974 tentang perkawinan	Merekonstruksi akibat poligami sirri agar istri dan anaknya memperoleh perlindungan hukum layaknya warga negara lainnya.
5	Perlindungan hukum untuk anak pascaperceraian.	Ufie Ahdie dari Universitas Brawijaya malang.	Perlunya perlindungan anak pasca perceraian khususnya menyangkut masalah nafkahnnya.	Perlindungan hukum kepada istri dan anak dari perkawinan poligami sirri.

F. Kerangka Konseptual .

Masalah perkawinan dan segala akibat hukumnya sebagaimana maksud pasal 49 UU No.7 tahun 1989 yang telah di ubah dengan UU No.3 tahun 2006 dan UU No. 50 tahun 2009 tentang Peradilan Agama adalah sudah sangat tegas menjadi wewenang absolut Peradilan Agama . Pengaturan utama tentang perkawinan telah diatur melalui UU No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan, PP No. 9 tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan UU Perkawinan, PP No. 10 tahun 1983 yang telah di ubah dengan PP No.45 tahun 1990 tentang ijin perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil, ternyata dalam praktik masih banyak masyarakat Lombok yang belum sesuai dengan ketentuan UU perkawinan tentang pencatatan perkawinan. Masalah hukum antara teori dengan praktik selalu berbenturan dengan kepentingan masyarakat yang selalu berbeda, untuk mendapatkan rekonstruksi perlu beberapa konsep teori yang harus di penuhi.

1. Konsep Rekonstruksi.

Rekonstruksi dapat di fahami sebagai upaya penyusunan kembali,³⁷ mengulas tentang hukum yang akan direkonstruksi kita harus membawa nuansa pemikiran pada penyusunan kembali dari keinginan mayoritas bangsa yang dapat ternaungi kepentingan

³⁷ . Tim Penyusun, 1995, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, h.829

hukumnya baik yang taat pada aturan hukum maupun yang tidak taat dalam konteks pemberian perlindungan kepada warga negara.

Indonesia adalah Negara hukum disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 . Hal ini membawa makna bahwa dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia menggambarkan adanya pengakuan jaminan akan hak-hak dasar warga Negara dengan mendasarkan pada aturan-aturan undang-undang (hukum). Oleh karena itu, salah satu konsekuensi sebagai Negara hukum maka kekuasaan kehakiman harus dilaksanakan secara independen .

Esensi utama dari Negara hukum ialah adanya kekuasaan kehakiman. UUD 1945 menetapkan adanya kekuasaan kehakiman (yudikatif) sebagai salah satu kekuasaan dalam Negara hukum di samping ada kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif yang saling mempunyai hubungan. Hubungan antara Negara hukum dan pembagian kekuasaan sangat erat, selain itu pembagian kekuasaan merupakan salah satu unsur penting Negara hukum juga pembagian kekuasaan dalam suatu Negara hukum yang harus diatur dengan tegas melalui aturan hukum terutama dalam ketentuan konstitusi untuk menjamin kepastian hukum.

Pasal 24 UUD 1945 sebagai konsekuensi dalam rangka memenuhi unsur-unsur Negara hukum dan atau konsep *rule of law*, di mana Indonesia sebagai Negara hukum maka dalam penyelenggaraan pemerintahan didasarkan atas sistem konstitusi yang untuk itu Kekuasaan kehakiman diwujudkan sebagai kekuasaan yang merdeka dalam arti bebas dari pengaruh kekuasaan pemerintah, sehingga setiap warga Negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahannya tanpa kecuali, untuk selanjutnya Hukum difungsikan untuk mengayomi warga Negara agar dapat menciptakan kehidupan yang demokratis; berkeadilan sosial dan berperikemanusiaan.

Pola-pola yang diterapkan Hakim untuk mewujudkan keadilan agar ketentuan hukum yang sudah menjadi acuan dasar dengan kebutuhan masyarakat hukum dapat terpenuhi, perlu sinergi pemikiran, peran dan keberanian Hakim untuk mewujudkannya, hal itu adalah merupakan konsep rekonstruksi hukum.

Bagir manan, menjelaskan bahwa ada konsep *functional independence* untuk membatasi kemerdekaan kekuasaan kehakiman yaitu terbatas pada mengadili (memeriksa dan memutus) perkara³⁸. Masih menurut Bagir Manan; proses memutus perkara juga didapati berbagai pembatasan, seperti:

³⁸. Bagir Manan (*Varia Peradilan Majalah Hukum* tahun xxx nomor 348 Nopember 2014),h.16

1. Hakim memutus menurut hukum, baik dalam makna hukum substantif (hukum materiil), maupun hukum procedural atau hukum secara (formal).
2. Hakim dilarang mengadili dua kali perkara yang sama (*nebis in idem*).
3. Hakim harus tunduk pada asas penyelenggaraan peradilan yang baik (*algemene beginselen van behoorlijk rechtspraak*).
4. Hakim harus memutus perkara dalam sidang yang terbuka untuk umum.
5. Hakim dilarang menolak mengadili dengan alasan kekosongan hukum atau hukum tidak jelas.

Ada dua aspek wewenang pokok mengadili dari kekuasaan kehakiman, yaitu: 1) Aspek institusional berupa jenis-jenis kelembagaan peradilan yang disertai kekuasaan kehakiman, dan 2) Aspek fungsional berupa ragam fungsi yang diserahkan oleh undang-undang kepada badan-badan kekuasaan kehakiman.

Peradilan dalam menjalankan kekuasaan kehakiman berorientasi pada perumusan dan penetapan nilai-nilai keadilan masyarakat sebagai norma-norma hukum positif yang dapat diperlakukan sebagai norma-norma hukum sejati yang akan berlangsung secara dinamis guna mengatur hubungan-hubungan hukum yang terjadi. Penerapan muatan norma-norma hukum akan mempermudah upaya dalam mewujudkan keadilan, termasuk nilai-nilai rasa keadilan yang berkembang pada masyarakat yang demokratis, di mana nilai-nilai tersebut akan selalu berpeluang untuk dibahas secara bebas dan terbuka di kalangan akademis maupun dalam kalangan praktis.

Sebagai sebuah badan pelaksana dari peradilan, pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan.

2. Konsep Perlindungan Hukum.

Perlindungan adalah sebagai daya upaya yang dilakukan secara sadar oleh setiap orang maupun lembaga pemerintah, swasta yang bertujuan mengusahakan pengamanan, penguasaan dan pemenuhan kesejahteraan hidup sesuai dengan hak-hak asasi yang ada.³⁹ Sinergi antara semua subyek hukum di suatu tempat mengharuskan terus terjalin agar seimbang, dengan demikian hukum memberikan perlindungan kepada manusia dalam memenuhi berbagai macam kepentingan, dengan syarat manusia juga harus melindungi kepentingan orang lain.

mengulas tentang perlindungan adalah berbicara tentang soal memberi rasa aman, bebas dari bahaya, bebas dari gangguan, tentram, tidak merasa takut atau khawatir terhadap sesuatu hal.⁴⁰ Menurut

³⁹ . <http://dapsik.blogspot.com/p/ppkn-a.html>. diakses 9 Agustus 2016.

⁴⁰ . H.Salim HS, Erlies Septiana Nurbani, 2013, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan kedua. h.260.

Sacipto Raharjo bahwa bentuk perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.⁴¹

Bernard Arief Sidharta mengingatkan bahwa:⁴² tujuan hukum berdasarkan cita hukum Pancasila adalah memberikan pengayoman kepada manusia, yaitu melindungi manusia secara pasif (negatif) dengan mencegah tindakan sewenang-wenang, dan secara aktif (positif) dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan yang manusiawi yang memungkinkan proses kemasyarakatan berlangsung secara wajar sehingga secara adil tiap manusia memperoleh potensi kemanusiannya secara utuh.

Adapun bentuk perlindungan hukum dapat berupa perlindungan yang bersifat preventif dan perlindungan represif.⁴³ Makna dari keduanya adalah pencegahan dan penyelesaian. Penegakan hak-hak asasi manusia terhadap perempuan masih belum maksimal bahkan memberikan stigma terhadap seksualitas perempuan tampaknya masih kuat berakar dalam budaya masyarakat. Pandangan yang dikotomis

⁴¹ . *Ibid*, h.262.

⁴² . Bernard Arief Sidharta, 2009, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, cetakan ketiga, h.190.

⁴³ . H.Salim HS, Erlies Septiana Nurbani 2013. *Op-Cit*, h. 264.

tersebut pada akhirnya membuat perempuan tidak mudah mengakses hak-haknya.⁴⁴

Mengapa istri dalam perkawinan perlu perlindungan? karena istri juga warga negara yang secara konstitusional dijamin hak-hak hukumnya. Istri dalam rumah tangga memiliki hak yang sama dalam hukum keluarga, apabila perkawinannya tidak tercatat ,atau dijadikan poligami sirri, keadaan istri tersebut akan lebih buruk perlindungan hukumnya karena tidak memiliki legalitas yang dapat dipertanggung jawabkan.

Bagaimana konsep perlindungan terhadap anak ?

Anak merupakan harapan bangsa, setiap komponen bangsa baik pemerintah maupun non pemerintah memiliki kewajiban untuk secara serius memberikan perhatian terhadap pertumbuhan dan perkembangan anak.⁴⁵ Pasal 1 angka 2 UU No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak ; menguraikankan bahwa lingkup perlindungan kepada anak adalah berupa : “ segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat

⁴⁴.Maidin Gultom,2014,*Perlindungan Hukum Terhadap Anak dan Perempuan*,Refika Aditama,cetakan ke tiga,Bandung ,h.67.

⁴⁵ . *Ibid*,h.69.

dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”

3. Konsep Poligami Sirri.

Apabeda poligami sirri dengan poligami yang tidak sirri ? kata poligami sirri di tulisan ini adalah terbatas pada peristiwa hukum perkawinan kedua ketiga atau ke empat yang tidak melalui prosedur resmi yang sudah di gariskan dalam pasal 4 UU No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan atau pasal 56 KHI dan bagi PNS yang poligami tidak memenuhi pasal 4 PP No 10 tahun 1983 jo PP No. 45 tahun 1990 tentang ijin perkawinan dan perceraian bagi PNS . Sedangkan poligami yang tidak sirri adalah poligami yang dilakukan secara prosedur resmi sebagaimana yang telah di atur dalam pasal-pasal ketentuan di atas .

Dalam ajaran Islam pernikahan tidak boleh dilakukan secara diam-diam, (apalagi tanpa saksi-saksi dan ada wali) perkawinan dalam Islam menganjurkan agar dilakukan pesta , walau sederhana agar diketahui masyarakat bahwa pasangan tersebut telah terikat perkawinan yang sah,sehingga tidak timbul fitnah. Perkawinan di Indonesia sudah diatur melalui UU No.1 tahun 1974 tentang perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dalam UU

Perkawinan tersebut tidak dikenal istilah perkawinan sirri dan Poligami sirri, pemahaman dimaksud adalah pemahanan awam (sebutan pernikahan yang tidak tercatat) . Pemahaman pernikahan sirri berlaku untuk pernikahan monogami maupun untuk poligami.

Perkawinan yang diumumkan tidak akan hilang hak-hak masing-masing, baik perceraian mati maupun perceraian hidup. Hak anak yang dilahirkan pun akan menjadi jelas siapa orang tuanya. Dalam kompilasi Hukum Islam yang berlaku di Indonesia, diharuskan adanya pencatatan pernikahan demi terjaminnya ketertiban dan menghalangi terjadinya persengketaan tanpa penyelesaian.

Definisi Pernikahan sirri adalah sebuah pernikahan yang suaminya berpesan kepada para saksi agar menyembunyikan pernikahannya tersebut dari istrinya atau khalayak umum sekalipun itu keluarga sendiri.⁴⁶ Bentuk pernikahan semacam ini harus dihindari agar wanita dan anak-anak keturunannya mendapatkan perlindungan hukum negara, alasan tidak terlindungi karena pernikahan tidak tercatat dalam ketentuan Negara, Negara akan kesulitan mewujudkan kemaslahatan apabila data pernikahan tidak melekat padanya. Meskipun menurut Bahruddin Muhammad,⁴⁷ bahwa pernikahan sirri

⁴⁶ . Wahbah az-Zuhaili, *fiqih Islam wa adillatuhu,terjemahan Abdul Hayyie al-Kattani dkk, Jilid 9*,Gema Insani Jakarta,cetakan ke sepuluh, h.74.

⁴⁷ . Bahruddin Muhammad,2014, *Hak Waris Anak di Luar Perkawinan Studi Hasil Putusan MK No.46/PUU-VIII/2010*, Fatawa Publishing,Semarang,Cetakan pertama,h.227.

adalah perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat tetapi belum / tidak dicatatkan di KUA Kecamatan bagi orang yang beragama Islam.

Perkawinan sirri atau perkawinan di bawah tangan, menurut hukum Islam sah sepanjang telah terpenuhi syarat rukun perkawinan, akan tetapi tidak memiliki kepastian hukum dan sulit dibuktikan, karena aspek peraturan perkawinan yang menjadi dasar utama diakuinya sebuah lembaga perkawinan tidak terpenuhi yaitu dicatatkan. Pencatatan merupakan perbuatan administratif yang tidak berpengaruh pada sah tidaknya perkawinan⁴⁸, akan tetapi banyak problem yang di hadapi pihak-pihak dalam perkawinan sirri (tidak tercatat), karena tidak memperoleh perlindungan hukum. Nikah siri atau perkawinan yang tidak dicatatkan dalam administrasi Negara mengakibatkan perempuan tidak memiliki kekuatan hukum dalam hak status pengasuhan anak, hak waris, dan hak-hak lainnya sebagai istri, akhirnya sangat merugikan pihak perempuan.

Apabila tetap dipaksakan cara poligami sirri justru akan menghilangkan kesejajaran yang diajarkan oleh al-qur'an (surat an-Nisaa' ayat 19 yang mengajarkan tentang kewajiban hubungan suami istri yang saling bergaul dengan baik) , dalam surat ar-Ruum ayat 21 pula di tegaskan tentang fungsi keluarga adalah membangun keluarga

⁴⁸ . Abd.Shomad, 2010,*Hukum Islam Penormaan Prinsip Syariah Dalam Hukum Indonesia*,Edisi Revisi,Kencana,Cetakan ke-1,Jakarta,h.295.

sakinah. Dengan tidak mendapatkan perlindungan hukum yang layak kepada istri poligami sama artinya dengan membedakan gender, menurut *Women's studies Encyclodia* yang dikutip Ahmad Zaenal Fanani⁴⁹ gender adalah suatu konsep kultural yang berupaya membuat pembedaan (*distinction*) dalam hal peran, perilaku, mentalitas dan karakteristik emosional antara laki-laki dengan perempuan yang berkembang dalam masyarakat.

Banyak pemahaman konsep gender dalam hukum perkawinan yang di fahami kebanyakan masyarakat adalah karena sebagian besar isi (*content*) hukum, maupun penjelasannya diwarnai oleh pemikiran keagamaan yang bersumber dari literatur klasik (kitab kuning) yang ditulis pada masa kehidupan Imam Madzhab khususnya Syafi'iyah yang hidup pada abad kedua Hijriah (sekitar abad ke -7- 8).⁵⁰

4. Konsep Istri dan Anak Hasil Poligami Sirri.

Anggota dalam keluarga yang difahami secara umum adalah suami, istri dan anak, dari ketiga komponen tersebut akibat akat nikah harus langsung memiliki kekuatan keterkaitan hubungan hukum. Indonesia dengan mengharuskan pencatatan nikah sebagaimana diatur

⁴⁹ . Ahmad Zaenal Fanani (Red) *Varia Peradilan Majalah Hukum* tahun XXXI No. 366 Mei 2016,h.68.

⁵⁰ . *Ibid*,h.75.

dalam UU perkawinan maupun KHI adalah sebagai bentuk kepedulian negara untuk menjamin kepastian status perkawinan seseorang. Begitu sebaliknya terhadap perkawinan yang tidak tercatat, istri tidak memiliki payung hukum yang kuat dan tidak memiliki kekuatan hukum dalam kepemilikan harta bersama baik yang bergerak maupun tidak bergerak, hak warisan serta tidak dapat mengakses pelayanan publik yang disediakan oleh negara.

Pemahaman tentang Istri hasil poligami sirri adalah istri yang dinikahi poligami tanpa prosedur sebagaimana yang diatur dalam pasal 4 UU No 1 tahun 1974 tentang perkawinan dan pasal 56 KHI, akibatnya perkawinan tidak tercatat di Pejabat yang berwenang untuk itu.

Adapun anak hasil poligami sirri adalah anak yang dilahirkan akibat perkawinan poligami secara sirri (tidak tercatat di Pejabat yang berwenang untuk itu) tersebut. Padahal Anak adalah sebagai amanah Allah, orang tuanya harus bertanggung jawab untuk mengasuh, mendidik dan memenuhi keperluan sampai dewasa. Bagaimana orang tua akan mampu memberikan tanggung jawab maksimal apa bila data identitas hukum saja sejak lahir sudah bermasalah sejalan dengan perkawinan poligami yang dilakukan secara diam-diam (sirri).

5. Konsep Nilai Keadilan.

Pemahaman tentang nilai keadilan adalah berbicara tentang rasa. Keadilan adalah kebijakan tertinggi dan selalu ada dalam segala manifestasinya yang beraneka ragam. Keadilan juga merupakan salah satu tujuan setiap agama yang ada di dunia ini ,termasuk agama Islam yang menempatkan keadilan di tempat yang sangat penting dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.⁵¹ Filosof Ulpinus menyatakan bahwa keadilan itu adalah kehendak yang ajeg dan tetap untuk memberikan kepada masing-masing bagianya (*Iustitia est contans et perpetua ius suum euique tribuendi*).⁵² Banyak ahli yang menguraikan tentang pengertian dan aspek-aspek keadilan, baik dari jenisnya maupun dari sisi peruntukannya.

Kalangan para ahli banyak memberikan makna tentang keadilan, dari banyaknya makna tersebut penulis menyimpulkan adanya kesamaan tujuan yaitu sama-sama menciptakan kepuasan. Menurut Hans Kelsen, menyatakan bahwa keadilan itu adalah kebahagiaan sosial.⁵³ Untuk menjamin hal itu apabila memenuhi keadilan legalitas, yaitu keadilan berdasarkan hukum positif karena hukum positif

⁵¹ . H. Abdul Manan,2007,*Reformasi Hukum Islam Di Indonesia ATinjauan dari Aspek Legalisasi dan Yurisprudensi*,PT.Raja Grafindo Persada,Jakarta,h.111.

⁵² . *Ibid*, h. 112-113.

⁵³ . Khudzaifah Dimiyati .dkk, 2008,*Potret Profesionalisme Hakim Dalam Putusan*,Laporan Penelitian Putusan Pengadilan Negeri, h. 26.

merupakan representasi kedaulatan rakyat yang mempunyai legitimasi sebagai hukum pengikat.⁵⁴

Menurut Jeremy Bentham; tidak membedakan antara upaya mengejar kebahagiaan individu dengan upaya mengejar kebahagiaan umum. Asal saja sebagian besar masyarakat secara perseorangan merasa bahagia, maka sudah tercapailah tujuan hukum diciptakan.⁵⁵ Apakah sudah benar dan sudah sesuai perkembangan peradaban dan dinamika masyarakat terhadap pendapat tersebut? Pernyataan ini pula yang menjadi pembahasan lebih lanjut dalam tulisan ini.

Putusan Pengadilan untuk sampai pada tujuan asasinya secara esensial harus dapat memenuhi elemen-elemen dasarnya, yaitu :

1. *Finality*, yaitu sebagai suatu putusan yang mengikat terhadap suatu sengketa, putusan Pengadilan harus jelas, dan dapat dimengerti oleh masyarakat umum (*the authoritative resolution of the dispute should be clear and intelligible*) ;
2. *Efficiency*, yaitu sebagai produk dari suatu sistem peradilan, putusan pengadilan harus dapat melaksanakan tugas sesuai dengan tujuannya (*the sistem should operate to accomplish its goal*) ;
3. Sosial goal , yaitu sebagai lembaga Negara pengadilan melalui putusannya harus memutuskan sesuatu sesuai dengan tujuan masyarakat (*the Court should decide which of society's goals*) ;
4. *Stability*, yaitu putusan pengadilan harus menghilangkan ketidakpastian problem hukum dalam satu kasus. Putusan pengadilan harus dapat menjadi pedoman bagi para pihak yang terlibat dan masyarakat yang berkepentingan;

⁵⁴ . *Ibid*,h. 26.

⁵⁵ . *Ibid*,h .27.

5. *Fairness* , yaitu dengan prinsip fairness tercakup dua sasaran yaitu keadilan diantara pihak yang berperkara dan putusan tersebut tidak bertentangan dengan nilai-nilai moral.⁵⁶

Dengan mengacu pada tujuan putusan pengadilan tersebut, para Hakim dituntut untuk mengupayakan daya kreatifnya secara maksimal, sehingga hasil olah pikir dan dzikir (kepekaan batin dan kepekaan nurani) memiliki nilai dan manfaat bagi kemanusiaan. **Untuk itu para Hakim dituntut selalu melakukan kreatifitas hukum dan mengasah kepekaan rokhaniah, karena hasil putusannya baik secara individual atau Majelis akan menjadi citra dan kualitas profesional sebagai penegak keadilan hukum.**

Dari implementasinya ada dua macam keadilan menurut Aristo Teles⁵⁷; yaitu *Justice distributive (distributive justice)* dan *Justice commonitativa (remedial justice)*. *Justice distributive* adalah: menuntut bahwa setiap orang mendapatkan apa yang menjadi hak atau jatahnya : *suum cuique tribuere (to each his own)*. Jatah ini tidak sama untuk setiap orangnya tergantung pada kekayaan ,kelahiran,kemampuan dan sebagainya, sifatnya adalah **proporsional** tergantung pendidikan, kedudukan,kemampuan dan lain sebagainya. Sedangkan *Justice commonitativa* adalah memberikan kepada setiap orang sama banyaknya, disini yang dituntut adalah kesamaan.

⁵⁶ . Artidjo Alkostar (red) , *Varia peradilan* no. 268 Maret 2008) , h. 25

⁵⁷ . Sudikno Merto Kusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Loc-Cit, h. 78.

Menurut Gustav Radbruch sebagaimana yang dikutip oleh Bambang Sutiyoso, menyebutkan ;

“ dalam tataran ideal (*idea des recht*) putusan hakim yang mencerminkan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat harus memuat beberapa unsur. Unsur-unsur tersebut antara lain keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*Rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) . ketiga unsur tersebut semestinya oleh Hakim harus dipertimbangkan dan diakomodir secara proporsional, sehingga pada gilirannya dapat dihasilkan putusan yang berkualitas dan memenuhi harapan para pencari keadilan”.⁵⁸

Dalam fenomena di masyarakat, masih banyak terdengar suara-suara sumbang yang menilai dan mengkaji putusan pengadilan (Hakim) dirasa tidak memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, hakim hanya sebagai corong undang-undang, Hakim tidak mau menggali, mengikuti , dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat tetapi hanya merujuk pada aturan formal saja yaitu peraturan tertulis sehingga di simpulkan dengan kalimat singkat yaitu “putusan Hakim tidak adil”.

Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum terapan , diharapkan menjadi dasar hukum awal untuk melindungi kepentingan individu yang bersumber dari berbagai doktrin fikih Islam, meskipun di sadari belum dijamin isi Kompilasi Hukum Islam itu mampu menjawab permasalahan masyarakat dalam memenuhi nilai keadilan, namun begitu

⁵⁸. Bambang Sutiyoso, 2010, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, UII press, cetakan pertama ,h. 9.

setidaknya ada pijakan awal bagi hakim untuk mengadakan kontemplasi dan penalaran atas masalah yang dihadapi. Memang masih ada tokoh yang meragukan kehadiran Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum terapan di Pengadilan.⁵⁹

G. Teori –teori ;

1. Grand Theory.

Theori Keadilan.

Keadilan itu tidak ada bentuknya sebab keadilan tidak dapat di kodifikasikan sebagai sistem peraturan⁶⁰. Penulis mengambil pendapat Hans Kelsen keadilan itu suatu cita-cita yang irrasional. Keadilan ini bukan sasaran pengetahuan, meskipun mungkin sangat diperlukan bagi kemauan dan tindakan manusia.⁶¹

Menurut **Philippe Nonet** dan **Philip Selznick** membagi keadilan itu ada dua yaitu : **keadilan procedural** dan **keadilan substantif**.⁶² Dua kondisi tersebut merupakan sarana untuk membentuk hukum itu menjadi responsif yang menjadi bagian dari

⁵⁹. Pendapat Hakim Agung Abdurrahman dalam Majalah Suara Uldilag volume 1 nomer 3 tahun 2003, h. 74.

⁶⁰. Roberto M.Unger, 2012,*Teori Hukum Kritis Posisi Hukum Dalam Masyarakat Modern*,Nusa Media, Cetakan IV,h.270.

⁶¹. Hans Kelsen, 2014,*Teori Umum Tentang Hukum dan Negara*,Terjemahan Raisul Muttaqien Nusa Media,Cetakan IX, h.16.

⁶². Philippe Nonet dan Philip Selznick, 2015,*Hukum Responsif,terjemahan dari buku Law and Society in Transition* oleh Raisul Muttaqien,Nusa Media, cetakan IX ,h,84.

teori hukum modern, di prakarsai oleh Jerome Frank, tujuan utama kaum realism hukum adalah untuk membuat hukum menjadi responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial.⁶³

Lebih jauh di kembangkan bahwa hukum *responsif* (upaya menanggapi/tergugah hatinya tanpa masa bodoh) sebagai bentuk bangkitnya nurani dengan wujud tergugahnya hati dalam menghadapi keadaan hukum yang *represif* (mengekang), sebagai tanda-tanda dari keadaan hukum yang *represif* adalah adaptasi pasif dan oportunistik dari institusi-institusi hukum terhadap lingkungan sosial dan politik.⁶⁴

Langkah yang dijadikan spirit untuk mewujudkan hukum responsif adalah dengan menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk melakukan koreksi diri.⁶⁵ Dengan maksud koreksi diri tersebut hukum responsif beranggapan bahwa tujuan hukum dapat dibuat cukup obyektif dan otoritatif untuk mengontrol pembuatan peraturan yang adaptif.⁶⁶

Keadilan itu berhubungan dengan hati nurani. Bukan soal definisi dan juga bukan soal formal-formalan, ia sangat berhubungan erat dengan praksis kehidupan sehari-hari dari

⁶³ . *Ibid*, h. 83.

⁶⁴ . *Ibid*, h. 86-87.

⁶⁵ . *Ibid*, h.87.

⁶⁶ . *Ibid*, h.88.

manusia. Bukan soal teori-teori ilmu hukum⁶⁷. Hati nurani memiliki posisi yang sangat tinggi, sehubungan nurani berhubungan dengan rasa dan batin yang paling dalam, sehingga benar sekali kalau Radbruch mengatakan; *Summum ius summa inuria* keadilan tertinggi itu adalah hati nurani. Orang yang terlalu mematuhi hukum sering kali merugikan keadilan⁶⁸. Secara umum pemenuhan keadilan yang paling besar adalah pemenuhan keinginan sebanyak-banyaknya orang, meskipun tuntutan itu hanya ditentukan oleh faktor emosional dan tunduk pada karakter subyektif sehingga bersifat relatif (demikian pendapat Hans Kelsen).⁶⁹

Keadilan menurut Lawrence M. Friedman adalah hasil dari fungsi sistem hukum yang memiliki fungsi mendistribusikan dan menjaga alokasi nilai-nilai yang benar menurut masyarakat. Alokasi ini yang tertanam dengan pemahaman akan kebenaran, yang umumnya disebut sebagai keadilan.⁷⁰

Masih menurut Lawrence M. Friedman, menyatakan bahwa apa yang adil dan tidak adil, sangat tergantung pada konsep nilai

⁶⁷ . Jeremias Lemek, *Mencari Keadilan pandangan kritis terhadap penegakan hukum di Indonesia*, Galang Press Yogyakarta, h. 25.

⁶⁸ . *Ibid.*, h. 25.

⁶⁹ . Jimly Asshiddiqie dan M Ali Safa'at, 2012, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Konstitusi Press, Jakarta, Cetakan Ketiga, h. 17.

⁷⁰ Lawrence M. Friedman, *Loc-Cit.*, h. 19.

tertentu atau standar tertentu yang sifatnya subyektif, baik subyektif perorangan maupun subyektif kelompok, suku, ummat atau bangsa.⁷¹ Dalam penjelasannya Lawrence M. Friedman juga membagi keadilan itu menjadi dua yaitu **keadilan prosedural** dan **keadilan substantif**, tetapi dalam penekanan substantif lebih diutamakan sebagaimana pendapatnya sebagai berikut :
*“Procedure, then, is only a means to an end; the end is whatever collective problem society means to attack. Procedure follows substance; substance tells us which areas of procedure will become important...”*⁷²

Hakekat keadilan adalah penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan dengan mengkajinya dengan suatu norma yang menurut pandangan subyektif (subyektif untuk kepentingan kelompok, golongan dan sebagainya) melebihi norma-norma lain.⁷³ Berbeda dengan pendapat John Rawls yang menyatakan bahwa subyek utama keadilan adalah struktur dasar masyarakat, atau lebih tepatnya cara lembaga-lembaga sosial utama mendistribusikan keuntungan dari kerja sama sosial.⁷⁴

⁷¹ . Ahmad Ali, *Loc-Cit*, h.233.

⁷² . *Ibid*, h.235.

⁷³ . Sudikno Merto kusumo .*Mengenal hukum suatu pengantar*. Op-Cit, h.77

⁷⁴ . John Rawls , 2011, *A Theory of Justice*, diterjemah oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo (Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik untuk mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara, Terjemahan Uzair Fauzan & Heru Prasetyo, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, h. 7).

Putusan pengadilan (hakim) harus mengacu pada tujuan hukum, yang menurut pandangan **Gustav Radbruch**, seorang filosof hukum Jerman yang mengajarkan ada tiga ide dasar hukum, yang oleh sebagian besar pakar teori hukum dan filsafat hukum, juga diindentikkan sebagai tiga tujuan hukum, yaitu **keadilan**, **kemanfaatan** dan **kepastian hukum**⁷⁵, lebih lanjut Radbruch mengajarkan bahwa kita harus menggunakan asas prioritas, dimana prioritas pertama adalah keadilan, kedua adalah kemanfaatan dan terakhir barulah kepastian hukum⁷⁶. Kemanfaatan dan kepastian hukum tidak boleh bertentangan dengan keadilan, demikian juga kepastian hukum tidak boleh bertentangan dengan kemanfaatan.

Prinsip umum yang tersembunyi dalam berbagai penerapan konsep keadilan adalah para individu dihadapkan yang lainnya berhak atas kedudukan relatif berupa kesetaraan dan ketidaksetaraan tertentu. Ini merupakan sesuatu yang harus dipertimbangkan dalam ketidakpastian kehidupan sosial ketika beban atau manfaat hendak didistribusikan, ini juga merupakan sesuatu yang harus dipulihkan ketika terganggu. Dari situlah menurut tradisi keadilan dipandang sebagai pemeliharaan atau pemulihan keseimbangan (*balance*) atau jatah bagian (*proportion*), dan kaidah pokoknya seringkali dirumuskan sebagai **'perlakuan**

⁷⁵.Achmad Ali, 2013, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (judicialprudence)*, volume 1, Kencana, cetakan ke-5, h. 288.

⁷⁶. *Ibid*, h. 288.

hal-hal yang serupa dengan cara yang serupa’, kendatipun kita perlu menambahkan kepadanya **‘dan perlakukan hal-hal yang berbeda dengan cara yang berbeda’**⁷⁷.

Terciptanya nilai keadilan tidak terlepas dari peran hakim dalam menuangkan ide kreatif melalui pemahaman, penalaran maupun penggunaan hak istimewanya berupa *beleid* atau **diskresi hukum**. Menurut Bagir Manan, *beleid* atau **diskresi dimaknakan sebagai pembenaran suatu perbuatan (tindakan) hukum (*rechshandeling*) yang dapat dilihat dari dua segi ,yaitu: pembenaran karena sesuai dengan aturan hukum (*rechmatigheid*), atau pembenaran karena memberi manfaat (*doelmatigheid*).**⁷⁸

Putusan Hakim yang dihasilkan melalui proses pengadilan sehingga dicapai suatu kebenaran tentang perkara tersebut setelah mempertimbangkan fakta-fakta yang relevan secara yuridis yang muncul secara sah dipersidangan. Alat-alat bukti yang ada dapat terlihat saling berhubungan atau ada koherensi. Dapat juga putusan Hakim didasarkan dari adanya persesuaian antara norma dengan fakta-fakta persidangan. Pada akhirnya putusan Pengadilan itu akan memiliki kekuatan mengikat, kekuatan bukti dan kekuatan eksekutorial.

⁷⁷. HLA Hart, 2013, *Konsep Hukum*, Terjemahan M. Khozim, Bandung : Nusa Media, h. 246.

⁷⁸. Bagir Manan (Red) *Varia Peradilan* Majalah Hukum tahun XXX nomor 349 Desember 2014 , h.10

Munculnya teori keadilan akan terbentuk dan dapat dicermati dari berbagai segi yaitu dari segi cara pembentukannya dan cara penerapannya. Dari kedua cara tersebut memiliki karakter dan sifat sendiri-sendiri tergantung pada syarat yang menyertainya.

Dilihat dari prosedurnya akan lahir keadilan prosedural dan substantial, ditinjau dari segi penerapannya ada distributive (*distributive justice*) dan *justice communitativa*, sebagaimana diuraikan dalam sub bab konsep keadilan di atas.

Kata keadilan (*justice*) terdapat banyak pemahaman atau makna yang bersumber dari berbagai literature, yang lazim diungkapkan bahwa keadilan adalah menempatkan sesuatu pada tempatnya (*proporsional*); **keadilan adalah keseimbangan antara hak dan kewajiban dan lain sebagainya.**⁷⁹ Definisi tersebut ditinjau dari makna, berbeda lagi pada saat keadilan tersebut wujudkan dalam bentuk penggunaan dan penerapan yang biasa dalam pemahaman umum keadilan itu biasa diformulasikan dalam bentuk putusan pengadilan; mengingat yang namanya putusan memerlukan proses dan prosedur untuk sampai pada nilai keadilan itu dapat dirasakan oleh yang memerlukan.

Dari gambaran di atas dapat di ringkas bahwa untuk pemenuhan nilai keadilan tersebut caranya dapat di bagi menjadi

⁷⁹. Bambang Sutiyoso, *Loc-Cit*, h.8.

dua bagian yaitu keadilan prosedural (*procedural justice*) dan keadilan substantif (*substantive justice*).

Untuk memberikan gambaran apa yang dimaksud dari dua prosedural tersebut perlu diuraikan secara terpisah sebagai berikut:

Keadilan prosedural adalah keadilan yang didasarkan pada ketentuan-ketentuan yang dirumuskan dari peraturan hukum formal, seperti mengenai tenggat waktu maupun syarat-syarat beracara di pengadilan lainnya. Sedangkan keadilan substantif adalah keadilan yang didasarkan pada nilai yang lahir dari sumber-sumber hukum yang responsif sesuai hati nurani.⁸⁰

Sedangkan dalam proses pembentukannya keadilan ada dua bentuk pula, menurut Yusril Ihza Mahendra menjabarkan secara detail tentang keadilan adalah melalui dua pembentukan keadilan⁸¹; Dalam teori ilmu hukum keadilan ada dua kategori, keadilan substantive dan keadilan prosedural. Apa yang adil dalam norma belum tentu adil dalam pelaksanaannya. Masih menurut Yusril Ihza Mahendra keadilan substantive dan keadilan prosedural harus berjalan paralel, apalagi jika dikaitkan dengan Negara yang mempunyai otoritas untuk menegakkan hukum materiil, yang pelaksanaannya dilakukan menurut hukum prosedural tertentu.

⁸⁰. *Ibid*, h.9

⁸¹. Yusril Ihza Mahendra, https://www.google.co.id/search?q=keadilan+substansial+dan+keadilan+prosedural&ie=utf-8&oe=utf-8&rIs=org.mozilla:en-US:official&client=firefox-a&channel=np&source=hp&gws_rd=cr&ei=PbGeU_K6FsG9uATJ-ILADA. Diakses tanggal 16 Juni 2014 jam 16.

Ada pendapat lain tentang keadilan prosedural⁸², *procedural justice* (keadilan prosedural) merujuk pada gagasan tentang keadilan dalam proses-proses penyelesaian sengketa dan pengalokasian sumber daya. Salah satu aspek dari keadilan prosedural ini berkaitan dengan pembahasan tentang bagaimana memberikan keadilan dalam proses hukum. Melihat pada definisi di atas, keadilan prosedural terkait erat dengan kepatutan dan transparansi dari proses-proses pembuatan keputusan, dan konsep keadilan prosedural ini dapat dibedakan dengan konsep keadilan *distributif* (keadilan dalam distribusi hak-hak) dan keadilan *retributif* (keadilan dalam membenahi kesalahan-kesalahan). Beberapa teori tentang keadilan prosedural berpendirian bahwa prosedur yang adil akan membawa hasil yang adil pula, sekalipun syarat-syarat keadilan distributive atau keadilan korektif tidak terpenuhi.

Banyak teori yang selaras dengan suatu keadaan dalam negara dapat dijalankan tidak terlepas dengan teori legitimasi dan validitas hukum, dalam teori validitas atau legitimasi (*legal validity*) mengajarkan bagaimana dan apa syarat-syarat agar kaidah hukum menjadi *legitimate* dan sah (*valid*) berlakunya di kalangan masyarakat. Munir Fuadi menguraikan syarat-syarat tersebut:

⁸².Zain Almuhtar. <http://sergie-zainovsky.blogspot.com/2012/10/antara-keadilan-substantif-dan-keadilan.html>, diakses tanggal 17 Juni 2014 jam 9.45.

1. Kaidah hukum tersebut haruslah di rumuskan ke dalam berbagai bentuk aturan formal, seperti dalam bentuk pasal-pasal dari Undang-Undang Dasar, undang-undang dan berbagai bentuk peraturan lainnya, aturan internasional seperti dalam bentuk traktat, konvensi, atau setidaknya dalam bentuk adat kebiasaan.
2. Aturan formal tersebut harus dibuat secara sah, misalnya jika dalam bentuk undang-undang harus dibuat oleh parlemen (bersama pemerintah).
3. Secara hukum, aturan tersebut tidak mungkin dibatalkan.
4. Terhadap aturan formal tersebut tidak ada cacat-catat yuridis lainnya, misalnya tidak bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.
5. Kaidah hukum tersebut dapat diterapkan oleh badan-badan penerap hukum, seperti pengadilan, kepolisian, kejaksaan.
6. Kaidah hukum tersebut harus dapat diterima dan dipatuhi oleh masyarakat.
7. Kaidah hukum tersebut haruslah sesuai dengan jiwa bangsa yang bersangkutan.⁸³

Aristoteles, mengusulkan komunitas dapat menciptakan etika-etika politis sebagai yang bertentangan dengan etika-etika universal atau natural. Konsep esensial di dalam politik komunitarian yang terbaru adalah **keadilan**, karena dengan keadilanlah penopang gagasan keluhuran. Dengan menjadi luhur berarti adil dalam segala hal yang berkaitan dengan warga negara.

Prinsip atau daya hidup pemerintahan demokrasi menurut Montesquieu adalah **kebaikan**⁸⁴, yang dimaksud adalah kebaikan politik, cinta tanah air, cinta akan kesetaraan ,

⁸³.Munir Fuadi, 2014, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, Jakarta, Kencana Prenamedia Group, cetakan ke-3, h.109-110.

⁸⁴.Montesquieu, 2014, *The Spirit OF Law Dasar-Dasaer Ilmu Hukum dan Politik*, terjemah M.Khoril Anam, Nusa Media ,Bandung, cetakan ke 7, h.48.

patriotism yang penuh pengorbanan diri, ringkasnya suatu kebaktian sepenuh hati untuk kesejahteraan bersama, yang menyiratkan perpaduan antara kepentingan pribadi dan umum yang hampir mirip dengan apa yang digambarkan oleh Rousseau dalam *The Sosial contact*-nya.

Civil society adalah modal dasar pengembangan demokrasi di suatu wilayah atau secara lebih besar dalam lingkup Negara, menurut Muhammad AS Hikam; *civil society* secara institusional bisa di artikan sebagai pengelompokan dari anggota-anggota masyarakat sebagai warga Negara mandiri yang dapat dengan bebas dan egaliter bertindak aktif dalam wacana dan praksis mengenai segala hal yang berkaitan dengan masalah kemasyarakatan pada umumnya.⁸⁵

Muhammad AS Hikam menjelaskan, ruang yang di butuhkan oleh *civil society* adalah wacana publik dan ruang publik yang bebas.⁸⁶ Adanya kendala-kendala mengapa perlunya ada pengutan *civil society*, yaitu karena masih kuatnya elemen-elemen yang secara potensial menghambatnya, seperti etnis, agama, ras dan sebagainya.⁸⁷

⁸⁵ . Muhammad AS Hikam, 1999, *Demokrasi dan Civil Society*, LP3ES, cetakan kedua, h.85.

⁸⁶ . *Ibid*, h. 86.

⁸⁷ . *Ibid*, h. 93.

Menguraikan tentang persamaan derajat dalam ranah demokrasi, Bahruddin Muhammad menjabarkan bahwa asas persamaan derajat di depan hukum menjelaskan bahwa warga negara memiliki kedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan. Menurut asas ini negara wajib melindungi setiap warga negara dari segala bentuk diskriminasi.⁸⁸

Berangkat dari uraian di atas mengapa dalam uraian ini perlu pembahasan tentang penguatan *civil society*, karena pembentukan suatu masyarakat yang demokratis partisipatoris dan reflektif. Dimulai dengan pengupayaan secara sungguh-sungguh ruang publik yang terbuka yang bisa dipakai untuk sekaligus melakukan kritik secara terus menerus terhadap ketimpangan –ketimpangan yang terjadi.⁸⁹

Dari uraian panjang beberapa pandangan dan pemikiran di atas penulis mencoba menghubungkan pendapat David Held, di mana David Held menggabungkan pemahaman pandangan liberal dan tradisi Marxis untuk sampai pada arti demokrasi yang mendukung suatu prinsip dasar otonomi. Menurutnya:

Orang seharusnya bebas dan setara dalam menemukan kondisi kehidupannya; yaitu, mereka harus memperoleh hak yang sama (dan, karena itu, kewajiban yang sama) dalam suatu kerangka berpikir yang menghasilkan dan membatasi

⁸⁸ . Bahruddin Muhammad, 2014, *Hak Waris Anak di Luar Perkawinan Studi Hasil Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010*, Fatawa Publishing, Semarang, h. 46.

⁸⁹ . Muhammad AS Hikam, *Op-Cit*, h. 94.

peluang yang tersedia untuk mereka, asalkan menyebarkan kerangka pikir ini untuk meniadakan hak-hak orang lain. Pembuatan prinsip tersebut oleh Held di sebut sebagai **otonomi demokrasi**.⁹⁰

Bagaimana dengan sistem ketatanegaraan dan pemberlakuan sistem hukum di Indonesia ?

Indonesia adalah Negara yang menjadikan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum untuk yang berlaku di Indonesia. Dari lima sila yang terwujud dalam Pancasila adalah manifestasi dari kehidupan bangsa Indonesia yang dijabarkan dengan beberapa butir sebagai penjabarannya.

Pancasila sebagai filsafat negara materinya sudah ada sejak bangsa Indonesia ada, hanya rumusnya saja yang baru sekitar proklamasi kemerdekaan Indonesia, sehingga dapat dinyatakan Pancasila lahir sejak adanya bangsa Indonesia.⁹¹

Negara Pancasila bentuk perlindungannya adalah pemberian kesejahteraan, kepastian hukum dan pemerataan keadilan. Noor Ms Bakry menguraikan tentang pembukaan UUD 1945 yang mengandung pokok-pokok pikiran yang dijemakan kedalam batang tubuh, setidaknya ada empat pokok pikiran :⁹² pertama : *Negara melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dengan berdasar atas persatuan*

⁹⁰. *Ibid*, h.14-15.

⁹¹. Noor Ms Bakry, *Op-Cit*, h. 26-27.

⁹². Disarikan dari Noor Ms Bakry, *Ibid*, h.30-31.

dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia; kedua: Negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia; ketiga: Negara yang berkedaulatan rakyat, berdasar atas kerakyatan dan permusyawaratan, perwakilan; ke empat : Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.

Membaca pokok pikiran tersebut di atas seharusnya Negara tidak ada pilihan kecuali melaksanakan semua amanat UU tersebut, hanya saja sinergi antara warga negaranya sendiri adalah syarat utama agar amanat tersebut dapat dilaksanakan. Bagaimana warga negaranya yang diurus justru tidak peduli dengan hak-hak hukumnya dan tidak melaksanakan ketentuan negara yang digariskan? jadi Negara tidak dapat disalahkan sepenuhnya apabila bentuk perlindungan sebagaimana yang diamanatkan UU tersebut belum berjalan secara maksimal.

2. **Middle Theory.**

a. **Teori Bekerjanya Hukum.**

Hukum bekerja dalam rangka menciptakan keadilan secara yuridis dan sosial, dua sisi ini memerlukan penanganan dan pemikiran yang berbeda; keadilan yuridis harus tunduk pada

ketentuan normatif sedangkan keadilan sosial harus tunduk pada kepentingan sosial, pada hal hakekat dua keadilan tersebut berbeda. Keadilan secara yuridis bermuara dari ketentuan normatif sedangkan keadilan sosial adalah memang tuntutan atas kebahagiaan yang bermuara dari kepentingan sosial. Demikian pendapat Hans Kelsen.⁹³

Apa bila hukum terhambat dalam sistem bekerjanya maka yang harus di evaluasi dan di nilai adalah pembuat hukumnya (legislatif) atau Pelaksananya (pemerintah) atau dapat pula penegak hukumnya (Yudikatif). Ketiga unsur ini harus berjalan seiring saling melengkapi agar masyarakat benar-benar memperoleh hak hukumnya karena sistem hukumnya dapat berjalan sesuai jalur yang seharusnya (*on the track*).

Roberto M.Unger menjelaskan, bahwa sistem hukum (*Legal system*) merupakan konsep hukum yang lebih sempit, atau dapat pula disebut sebagai tatanan hukum. Hukum sebagai tatanan hukum diyakini bersifat general dan otonom, sekaligus publik dan positif.⁹⁴ Masih menurut Roberto M.Unger; otonomi memiliki aspek substantif, institusional, metodologis dan okupasional (berhubungan dengan tugas hakim dalam ranah hukum praktis).

⁹³ .Jimly Asshiddiqie & M.Ali Safa'at,2012, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta,Konstitusi press, Cetakan Ketiga,h.7

⁹⁴ . Roberto M.Unger, *Loc-Cit*, h. 67.

Sudikno Merto Kusumo menjelaskan sistem hukum merupakan bagian dari ajaran pokok hukum, menurutnya ajaran pokok hukum adalah unsur hakiki mana yang terdapat dan merupakan bagian dari sistem hukum yang ada⁹⁵. Artinya sistem hukum merupakan bagian dari mempelajari ontologi hukum. Laurence M.Friedmann menegaskan bahwa sistem dapat bersifat mekanis,organis atau sosial.⁹⁶ Apa bila berbicara masalah sistem adalah mekanisme atau organis atau sosial menjadikan bahasan terlalu luas, padahal sistem itu sendiri adalah terdiri berbagai unsur, lalu bagaimana cara membatasi sistem hukum itu sendiri agar ,mudah di pahami?

Sistem hukum nasional terdiri dari tiga bagian, yaitu **struktur kelembagaan hukum, materi hukum, dan budaya hukum.**⁹⁷ Sedangkan sistem itu sendiri menurut Sudikno Mertokusumo yang mengambil pendapatnya Algra/ Janssen adalah rekayasa pembagian yang diadakan dalam hukum merupakan alat bantu yang tidak boleh menjadi nilai yang absolute atau merupakan aksioma.⁹⁸

Untuk memahami satu persatu sistem perlu penjabaran yang luas,seperti apa itu hukum? Padahal pemahaman hukum dari sisi

⁹⁵ . Sudikno Merto Kusumo,*Teori Hukum, Loc-Cit*,h.80.

⁹⁶ . Lawrence M.Friedmann,*loc-Cit*, h.6.

⁹⁷ . [http://temukanpengertian.blogspot.com/2013/09/pengertian-sistem hukum-nasional](http://temukanpengertian.blogspot.com/2013/09/pengertian-sistem-hukum-nasional). diakses tanggal 2-6-2014 jam 11.50 WIB.

⁹⁸ . Sudikno Merto kusumo.*Penemuan Hukum sebuah pengantar*. Op-cit. h. 21.

peraturan berbeda dengan sisi ketertiban, dari sisi pengayoman / perlindungan berbeda dari sisi kepastian dan lain sebagainya. Sehingga dari penegasan tersebut Lawrence M.Fredmann menggaris bawahi bahwa sistem hukum adalah kumpulan dari semua subsistem.⁹⁹

Secara detail di jabarkan oleh Sabian Utsman; bahwa pemahaman sistem hukum adalah suatu proses hukum dalam batas-batas kaidah-kaidah tertentu, lokal-lokal tertentu dan ketentuan- ketentuan aturan tertentu pula. Lawrence M. Friedman menyatakan : ... sebuah sistem adalah sebuah unit yang beroperasi dengan batas-batas tertentu. Sistem bisa bersifat mekanisme, organis, atau sosial. Tubuh manusia, sebuah mesin pinball, dan gereja Katholik Roma semuanya adalah sistem...¹⁰⁰

Lawrence M.Friedman mengingatkan bahwasanya sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks di mana **struktur**, **substansi** dan **kultur** berinteraksi.¹⁰¹ Tiga organisme tersebut yang selanjutnya dalam pemahaman lebih konkrit dapat di nilai dari uraian secara panjang lebarnya yang dapat di simpulkan secara singkat bahwa **struktur** adalah sebagai tubuh institusional yang terdiri dari antara lain hakim-

⁹⁹ . *Ibid* , h. 11.

¹⁰⁰ .Sabian Utsman, 2013,*Restorative Justice Hukum Masyarakat Nelayan Saka dalam Sistem Hukum Nasional*, Yogyakarta ,Pustaka Pelajar, cetakan I , h.253.

¹⁰¹ . Lawrence M.Friedman,*Op-Cit*,h.17.

hakim dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan, **subtansi** adalah tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi itu harus berperilaku, sedangkan **kultur** adalah elemen sikap dan nilai sosial.¹⁰² Tiga warna elemen di atas dalam implementasi memerlukan kecerdasan dan kepekaan khusus bagi hakim dalam menyusun agar nilai hukum yang asalnya abstrak menjadi dapat dirasakan, inilah sebenarnya sasaran hukum yang seharusnya.

Cirri-ciri sistem hukum akan sama dengan sistem atau proses, pertama : ada *input* yaitu bahan-bahan mentah yang masuk pada satu sisi sistem tersebut. Sebuah Pengadilan, misalnya tidak akan mulai bekerja tanpa ada sesuatu orang yang berusaha mengajukan gugatan.¹⁰³ Yang kedua atau berikutnya adalah *output* yaitu merupakan hasil atau produk yang dihasilkan, apa bila di pengadilan outputnya adalah penetapan atau putusan. Jadi inti sistem adalah **caranya mengubah input menjadi output.**¹⁰⁴

Dalam Aliran yuridis dogmatik-normatif-legalistik-positivistis, bersumber dari pemikiran kaum *legal positivism* di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum hanya dalam wujudnya sebagai “kepastian Undang-undang”, memandang

¹⁰² . *Ibid*,h. 16-17.

¹⁰³ . *Ibit*,h, 12.

¹⁰⁴ . *Ibid*,h. 14.

hukum sebagai sesuatu yang otonom, karena hukum tak lain adalah kumpulan-kumpulan aturan-aturan hukum (*legal rules*), norma-norma hukum (*legal norms*) dan asas-asas hukum (*legal principles*). Bagi penganut aliran ini, **tujuan hukum hanya semata-mata untuk mewujudkan “legal certainty” (kepastian hukum)**, yang dipersepsikan hanya sekedar “kepastian Undang-undang”. Jadi hukum dibonsai hanya sekedar perundang-undangan, padahal dalam realitasnya, diluar perundang-undangan masih ada ‘hukum’ lain, seperti hukum kebiasaan (*customary law*)¹⁰⁵.

Menurut penganut legalistik ini, meskipun peraturan hukum atau penerapan hukum terasa tidak adil, dan tidak memberikan manfaat yang besar bagi mayoritas warga masyarakat, hal itu tidak menjadi soal, asalkan kepastian hukum (*legal certainty*) dapat terwujud. Hukum identik dengan kepastian¹⁰⁶.

Dalam perjalanan hukum lebih lanjut di Negara-Negara berfariatif, di Indonesia ada istilah melaksanakan hukum demi kepastian hukum yang di dasarkan pada hukum positif yang pada akhirnya terkenal dengan pengembangan positivism. Friedmann merangkum ada lima elemen dasar positivisme ;

¹⁰⁵. Achmad Ali, *Loc-Cit*, h. 284-285.

¹⁰⁶. *Ibid.* H. 286.

(1) asumsi bahwa hukum adalah perintah manusia alih-alih para dewa atau Tuhan. (2) Pendirian bahwa tidak ada hubungan perlu antara hukum dan moralitas, dan dengan begituantara hukum sebagaimana adanya dan sebagaimana seharusnya. (3) keyakinan bahwa analisis makna konsep-konsep hukum adalah layak diusahakan dan berbeda dari penelitian historis dan sosiologis. (4) asumsi bahwa sistem-sistem hukum merupakan sistem logika tertutup yang dianalisis secara obyektif. Dan (5) pandangan bahwa penilaian moral tidak bisa diterapkan melalui argument rasional.¹⁰⁷

Di Indonesia yang sistim hukumnya digolongkan kedalam *civil law sistem*, dikatakan menganut *Civil law sistem*, karena yang menjadi sumber utamanya adalah : Undang-undang, faham dimaksud adalah diakuinya hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam bentuk undang-undang, yang disusun secara sistematis dan lengkap dalam bentuk kodifikasi atau kompilasi. Hal ini didasarkan pada tujuan hukum yang lebih menekankan “kepastian hukum”¹⁰⁸, pendapat tersebut tidak berlebihan karena *civil law* (hukum Sipil berdasarkan kode sipil yang terkodifikasi). Sistem ini berakar dari hukum Romawi (*Romawi law*) yang dipraktikkan di Negara-Negara Eropa continental termasuk jajahanya.¹⁰⁹

¹⁰⁷ . Werner Menski, *Loc-Cit*, h.203.

¹⁰⁸ . Ridwan Syahrani, 1991, *Rangkuman Intisari Ilmu hukum* ,Pustaka Kartini, cetakan Pertama , h. 144.

¹⁰⁹ . Sabian Utsman, *Loc-Cit*, h.255.

Sedangkan pada penganut *Common law sistem*, dalam aliran “*sociological Jurisprudence*”, bahwa Hakim memainkan peranan penting dalam proses terwujudnya keputusan Hakim, karena hakim menggunakan prinsip “**membuat hukum sendiri**”. Sistem hukum ini mengutamakan kebiasaan dan hukum adat dari masyarakat, sedangkan undang-undang hanya mengatur pokok-pokoknya saja dari kehidupan masyarakat¹¹⁰. Para Hakim, dalam menafsirkan suatu aturan hukum untuk diterapkan dalam suatu kondisi nyata, ia senantiasa memperhatikan kebijakannya dan putusannya sendiri dan tidak sekedar menyatakan aturan hukum tertentu, melainkan Hakim sendiri yang membuat hukum, disinilah peran hakim untuk melahirkan putusannya yang progresif atau tidak. Maka putusan Hakim itu sendiri adalah hukum, atau “*Judge made law*”.

b. Teori Perlindungan Hukum.

Manusia sebagai makhluk Tuhan memiliki hak-hak dasar yang mutlak harus dilindungi yaitu hak-hak asasi manusia (HAM). Mengenai hak-hak tersebut telah di tegaskan dalam pasal 28 UUD Republik Indonesia 1945¹¹¹. Ada banyak hak yang harus di miliki manusia hidup di suatu negara, di antaranya; setiap warga berhak hidup

¹¹⁰ . Ridwan Syahrani, Op-Cit, h. 146.

¹¹¹ . lihat pasal 28 A,B,C danD UUD RI 1945.

mempertahankan hidup dan kehidupan, berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah, setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, setiap orang berhak atas pengakuan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil di hadapan hukum, termasuk setiap orang berhak atas status kewarganegaraannya .

Peran negara dalam hal prefentif adalah dengan banyak memberikan pencerahan kepada masyarakat , hati-hati dalam mengambil kebijakan dan keputusan agar masyarakat tidak mengalami kerugian, sedangkan peran negara dalam represif adalah dapat dengan memberikan penyelesaian secara adil yang proporsional.

Sudikno Mertokusumo berpendapat, tidak hanya tentang tujuan hukum saja yang penting tetapi juga penting tentang fungsi hukum dan perlindungan hukum, dengan pendapatnya bahawa dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi.¹¹²

¹¹² . H.Salim Hs & Erlies Septiana Nurbani, 2013, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jakarta, RajaGrafindo Persada, Cetakan ke-2.h. 269.

Perkawinan dalam Islam sangat ketat (*rigit*) persyaratan dan rukunya dan tidak ada nilai tawar apa bila unsur dari syarat rukun itu tidak terpenuhi maka perkawinan tersebut batal dan dapat dibatalkan, ketatnya peristiwa perkawinan termasuk poligami sirri harus di uji syarat rukunya melanggar syar'i atau tidak sebagai dasar awal untuk menuju pada penetapan perlindungan hukum kepada istri dan anak-anak yang lahir dari poligami sirri.

Pasal 163 HIR atau pasal 283 R.Bg dan 1865 BW terdapat kaidah hukum *aqtori incumbit probtio* yaitu barang siapa yang beranggapan memiliki hak harus membuktikan adanya hak atau peristiwa itu.¹¹³ Pengembangan lebih lanjut dapat di pahami bahwa dampak perkara yang diputus dengan dikabulkan atau ditolak adalah berdasarkan alat bukti. Lebih tegas Sudikno Mertokusumo memberikan penjabaran bahwa yang harus dibuktikan adalah peristiwanya, bukan hukumnya.¹¹⁴ Pada umumnya pembuktian yang dilakukan dalam bidang perdata adalah kebenaran formil berbeda dengan bidang pidana. Di ranah inilah sering hakim terjebak dengan kebenaran formil dan sering lupa akan adanya makna materiil yang sangat didambakan pencari keadilan melalui proses persidangan.

Hal inilah yang menjadi bidang penelitian setelah menelaah beberapa pendapat para ahli sebagaimana diuraikan di atas, bahwasanya

¹¹³ . Sudikno Mertokusumo, 1996, *hukum acara perdata*, Liberty, Yogyakarta, h . 139.

¹¹⁴ . *Ibid*, h , 137.

proses peradilan yang memberikan rasa keadilan disamping kepastian terdapat beberapa proses yang saling berbeda dinilai dari sisi apa keadilan itu akan diposisikan.

c. Teori Kewenangan Hakim menciptakan hukum.

Hakim adalah personifikasi atas hukum harus menjamin rasa keadilan bagi setiap orang yang mencari keadilan melalui proses hukum legal, dan untuk menjamin rasa keadilan itu maka seorang hakim dibatasi oleh rambu-rambu, seperti akuntabilitas, integritas, moral dan etika, transparansi dan pengawasan.¹¹⁵ Dalam praktiknya masih menurut H. Ahmad Kamil¹¹⁶ sehubungan dengan tugasnya hakim harus bersikap imparialitas dan profesionalisme dalam bidang hukum. Harus bebas dari pengaruh luar diantaranya pengaruh eksternal dari pengadilan, pengaruh internal, pihak bereracara, teman atau opini publik dan pengaruh-pengaruh yang bersifat "*trial by the press*".

Hakim atau peradilan harus mandiri dan tidak tergantung oleh siapapun, karena hakim adalah tempat orang mencari keadilan, tindakan yang diambil hakim merupakan cerminan nilai-nilai kebebasan yang

¹¹⁵. H. Ahmad Kamil, 2012, *Filsafat Kebebasan Hakim*, Kencana Media Group, Jakarta, Cetakan pertama, h. 167.

¹¹⁶. *Ibid.*

harus mempertimbangkan pemenuhan kebebasan eksistensial tetapi juga pada batasan kebebasan sosial.

Tugas hakim adalah mewujudkan keadilan bukan saja memenuhi kepastian secara normatif akan tetapi sebenarnya yang menjadi esensi hukum bagi pencariannya adalah kebenaran materil atau yang biasa disebut keadilan substansial/ substantive. Masih banyak kita jumpai hakim dalam memerankan dirinya untuk mewujudkan keadilan masih terjebak dengan tuntutan formil yaitu hanya selalu mengutamakan hukum positif formil (baca: undang-undang dan peraturan tertulis lainnya).

Dari pengamatan selama ini pertimbangan-pertimbangan hukum yang mendasari putusan sering hanya berfokus masalah ketentuan formal sebagai rujukannya, jarang kita jumpai adanya terobosan-terobosan baru untuk mengisi kekosongan hukum, atau yang biasa kita kenal dengan penemuan hukum baru melalui yurisprudensi, padahal dengan yurisprudensi itu adalah terobosan untuk memecah kebuntuan atas hukum kaku yang statis dari pemahaman global dari peraturan hukum formil.

Hadirnya Yurisprudensi dalam proses pengambilan keputusan oleh Hakim, pada saat Hakim dihadapkan pada kasus hukum dan mengalami bahwa hukum yang ada tidak memadai untuk memecahkan persoalan. Hakim dituntut untuk memiliki kecerdasan menafsirkan pasal-pasal dari

undang-undang apabila terdapat perbedaan antara ketentuan normatif dengan tuntutan pencari keadilan, sehingga keadilan substantif dapat diwujudkan melalui putusan hakim.

Keadilan substantif bukan berarti Hakim harus selalu menafsirkan undang-undang, tetapi tetap berpedoman pada undang-undang ; terdapat pasal undang-undang yang sudah relevan dengan kebutuhan pencari keadilan hakim langsung menggunakan pasal dimaksud sebagai dasar normatifnya; sedangkan apabila tidak sesuai dengan tuntutan masyarakat pencari keadilan baru pasal yang bersangkutan di tafsirkan sesuai dengan situasi dan kondisi. Moh.Mahfud MD dalam koran Sindo 30 Agustus 2014 menyatakan; baik keadilan substantif maupun keadilan prosedural sama-sama berangkat dari esensi kebaikan hukum yang sama.¹¹⁷

3. Applied Theory .

a. Teori Maqasid Al- syari'ah.

Maqashid adalah bentuk jama' yang berarti kesenjangan atau tujuan syariah, secara bahasa berarti jalan menuju sumber air yang dapat diartikan sebagai jalan menuju sumber pokok

¹¹⁷ . Moh.Mahfud MD.<https://jurnaltoddoppuli.wordpress.com/2014/09/03/keadilan-substantif/>. Diakses tanggal 25 Nopember 2015 jam 21.00 Wita.

kehidupan.¹¹⁸ Dalam periode awal syariah merupakan *al-nusus al muqaddasah* dari al –Qur’an dan Sunnah yang sama sekali belum dicampuri oleh pikiran manusia. Dalam wujud seperti ini syariah disebut *al-tariqh al-mustaqimah*, muatan dalam arti ini mencakup akidah, amaliah dan *khuluqiah*. Pengertian *maqashidal-syari’ah* sebagaimana tersebut di atas agaknya mendorong para ahli hukum Islam untuk memberi batasan syariah dalam arti istilah yang langsung menyebut tujuan syariah secara umum.¹¹⁹ Sebagaimana pendapat Mahmut Syaltut bahwa syariah adalah aturan-aturan yang diciptakan oleh Allah untuk dipedomani manusia dalam mengatur hubungan dengan Tuhan, manusia baik sesama Muslim maupun non-Muslim, alam dan seluruh kehidupan¹²⁰.

Senada dengan penjabaran lain bahwa secara etimologi *maqasid al-syari’ah* adalah dapat di fahami sebagai tujuan hukum. Bahruddin Muhammad menulis hukum Islam dalam konsep normatif maupun aplikatifnya harus mampu mewujudkan dan selaras dengan tujuan hukum Islam yaitu mewujudkan kemaslahatan, kebaikan, ketentraman dan

¹¹⁸ . H.Abdul Manan,2007,*Reformasi Hukum Islam Di Indonesia Tinjauan dari Aspek Metodologi.Legalisasi ,dan Yurisprudensi*,Raja Grafindo Persada, Jakarta,h.105.

¹¹⁹ . *Ibid.*

¹²⁰ .*Ibid.*

kesejahteraan. Sedangkan manfaat *masalah* adalah kemanfaatan atau kebaikan.¹²¹

Kata *masalah* adalah berasal dari kata *as-salah* artinya kebaikan,kegunaan,validitas dan kebenaran. Abdullah M.Al-Husay Al-‘Amiri mendefinisikan *masalah* dalam arti bahasa adalah sebagai faktor penyebab yang membawa pada kebaikan (*salah*) dan kemanfaatan (*naf*) , sedangkan menurut *syara’* adalah faktor penyebab yang mengantarkan pada maksud pembuat hukum (*syar’i*) dalam masalah ibadah maupun adat kebiasaan.¹²²

Al- Thufi¹²³ menjelaskan bahwa *masalah* mempunyai arti sama dengan manfaat baik dari arti maupun pemakaian lafadznya. *Maslahah* ada kalanya berbentuk masdar *al-salah* atau *al-suluh*. *Maslahah* merupakan bentuk mufrad dari *mashalih*. Masih dalam uraian menurut Al –Thufi menyebutkan pengertian *masalah* mengacu pada pengertian tentang sesuatu yang banyak kebaikan dan manfaatnya sebagai lawan dari *mafsadah* yang berarti sesuatu yang banyak mendatangkan keburukan.¹²⁴

¹²¹ . Barruddin Muhammad, *Op-Cit*, h.23.

¹²² . Abdallah M.Al- Husay Al-‘Amiri, 2004, *Dekonstruksi Sumber Hukum Islam Pemikiran Hukum Najm Ad-DinThufi*, Gaya Media Pratama, Jakarta, cetakan pertama, h. 101.

¹²³ . Muhammad Roy Purwanto, 2014, *Dekonstruksi Teori Hukum Islam Kritik terhadap Konsep Masalah Najmuddin Al-Thufi*, Kaukaba, Jogjakarta, cetakan pertama, h.71.

¹²⁴ . *Ibid*, h.72.

Di jelaskan secara rinci oleh al- Thufi tentang mashlahah sebagai berikut ¹²⁵: secara bahasa (etimologi) yang menjelaskan tentang *as-salah* (kebaikan,kegunaan,validitas dan kebenaran) adalah bahwa sesuatu berada dalam bentuk sempurna (*hay'ah kamilah*) sesuai dengan tujuan atau sasaran yang dimaksudkan,seperti pena berada pada bentuk yang paling tepat ketika dipakai untuk menulis. Sedangkan menurut pemahaman secara syar'i (terminologi) bahwa didefinisikan pada dua dasar yaitu *urf* dan syar'i. Penjabarannya masalahah secara *urf* adalah **segala sesuatu yang bisa mendatangkan manfaat disebut masalahah**, seperti berdagang mendatangkan keuntungan. Sedangkan penjabaran masalahah secara syar'i adalah **segala sesuatu yang sesuai dengan maksud pembuat hukum (syaari')**, baik berupa kaidah atau adat maka bisa **dinamakan masalahah**. Ibadah dan muammalah dilaksanakan tiada lain untuk kebaikan bagi mukallaf, sehingga harus memelihara masalahah yang realistis.

Menurut insiklopedi¹²⁶ Maslahat dalam bahasa sama dengan manfaat atau pekerjaan yang mengandung manfaat. Menurut Istilah Ushul fiqh dapat diartikan sebuah metodologi yang dipergunakan para Ulama dalam mengistimbatkan hukum

¹²⁵ . *Ibid*,h.74.

¹²⁶ . Disarikan dari H.Habib Nazir,Muhammad Hasanuddin,2008,*Ensiklopedi Ekonomi dan Perbankan Syariah*,Kafa Publishing, Bandung,Cetakan II, h. 425.

berdasarkan dalil-dalil yang terdapat pada nash sesuai hukum. Imam Al-Ghazali (ahli fiqh Madzhab Imam Syafi'i) mengemukakan masalahat adalah mengambil manfaat dan menolak kemudlaratan dalam rangka memelihara tujuan-tujuan syara'. Tujuan syara' dimaksud adalah ada lima bentuk; memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.¹²⁷

Bahrudin Muhammad¹²⁸, dalam tulisanya yang mengutip dari berbagai pendapat para ahli tentang masalahat; antara lain Imam Al-Ghazali (w.505 H) yang menegaskan bahwa masalahat ada 3 (tiga) tingkatan yaitu *daruriyat* (kebutuhan primer), *hajiyyat* (Kebutuhan sekunder) dan *tahsiniyyat* (Kebutuhan tersier). Kemudian di sempurnakan dengan *ushul al khamsah* (5 prinsip dasar jaminan) yaitu *hifdzu al-din*, *hifdzu al-nafs*, *hifdzu al'aql*, *hifdzu ap-nasl* dan *hifdzu al-mal*. Kemudian oleh Shihab al- Din di tambah dengan *hifdzu al-'ird* (kehormatan).

Di tekankan pula oleh Izz al-Din abd al.Salam (w.660 H), oleh Najm al-Din al- Thufy meskipun pendapatnya banyak mendapat kritik karena menempatkan masalahat di atas nas dalam tatanan sumber hukum sehingga timbul kritik agar apa bila masalahat tersebut dihadapkan pada nash yang *dhanny* maka nash yang *qath'i* harus tetap di dahulukan.

¹²⁷ . *Ibid.*

¹²⁸ . Bahrudin Muhammad, *Op-Cit*, h.23-26.

Tokoh lain diantaranya al-Buti, Ibn al-Qayyim al-Jauziyyah, Yusuf al-Qardhawi, Allal al-Fasy, al-Syatibi dan lain sebagainya termasuk Mustafa Ahmad al-Zarqa hampir senada dalam penjelasnya bahwa masalah adalah dalam rangka untuk menuju kemanfaatan dan kebajikan yang berujung pada konsep mendukung 5 prinsip dasar.

Jadi inti teori *masalah* adalah untuk memaknai bahwa *masalah* merupakan unsur utama bangunan hukum Islam yang mengikat unsur-unsur terkait lainnya. kemaslahatan adalah inti substansi dari hukum Islam. **Kehidupan manusia seharusnya tercipta menurut ajaran dan hukum Islam untuk kemaslahatan umat.**

b. Teori Masalah.

Memahami *masalah* dapat dari dua sisi pengertian menurut etimologi dan pemahaman menurut terminologi. Secara etimologi mempunyai dua pengertian :¹²⁹ *Pertama:* berarti manfaat baik dalam arti maupun pemakaian lafadz, masalah adalah berbentuk masdar *al-salah* atau *al-suluh*. Masalah merupakan bentuk mufrad dari *mashalih*. *Kedua;* masalah secara bahasa digunakan terhadap perbuatan yang mengandung

¹²⁹ . Muhammad Roy Purwanto, *Op-Cit*, h. 71

kemanfaatan. Jadi secara etimologi kata masalah selalu sinonim dengan kata manfaat.¹³⁰ Adapun pengertian *masalah* menurut Syar'I (*Terminologi*) menurut al-Thufi adalah : segala sesuatu yang bisa mendatangkan manfaat disebut masalah.¹³¹ Sedangkan menurut pengertian secara syar'I adalah : segala sesuatu yang sesuai dengan maksud pembuat hukum (*Syar'i*), baik itu berupa ibadah atau adat maka bisa dinamakan masalah.¹³²

Ada definisi lain yang dapat di jadikan pembanding bahwa masalah¹³³: menurut kebiasaan yang diterima (*bi hasb al 'urf*) adalah faktor penyebab yang membawa pada kebaikan (*salah*) dan kemanfaatan (*naf*). Sedangkan definisi masalah menurut *syara'* (*bi hasb asy-syar'*) adalah faktor penyebab yang mengantarkan pada maksud pembuat hukum (*syar'i*).

Izz al- Din Ibn Abd Al-Sallam membagi masalah menjadi dua . *Pertama*, masalah duniawi yang bisa diketahui akal, *kedua*, masalah uhrawi yang hanya bisa diketahui berdasarkan petunjuk Allah semata (*naqli*)¹³⁴. Teori ini sejalan dengan kondisi perlindungan hukum yang diperlukan oleh para istri dan anak hasil poligami sirri, karena bagaimanapun mereka adalah

¹³⁰ . *Ibid*, h. 73.

¹³¹ . *Ibid*,h.74.

¹³² .*Ibid*.

¹³³ . Abdallah M.Al- Husay Al-'Amiri,*Op-Cit* ,h.101.

¹³⁴ . Muhammad Roy Purwanto ,*Op-Cit*,h.77.

warga negara yang secara kodrati harus memperoleh perlindungan hukum yang bermanfaat untuk menjalani kehidupan berbangsa dan bernegara serta sesuai tuntutan hak-hak hidupnya sebagaimana di atur konstitusi tentang dalam Hak Asasi manusia.

c. **Theori Hukum Progresif .**

Ada cuplikan pendapat tokoh hukum progresif yaitu Satjipto Raharjo yang sangat mendasar untuk dapat direnungkan bahkan dikembangkan sampai sekarang, cuplikan ini di ambil dari tulisan Turiman, menurutnya;

hukum bukanlah sekedar logika semata, lebih daripada itu hukum merupakan ilmu sebenarnya (genuine science), (Satjipto Rahardjo melihat hukum sebagai objek ilmu dari pada profesi, dengan selalu berusaha untuk memahami atau melihat kaitan dengan hal-hal dibelakang hukum, keinginan untuk melihat logika sosial dari hukum lebih besar daripada logika hukum atau perundang-undangan), yang seharusnya selalu dimaknai sehingga selalu *up to date*.¹³⁵

Ciri dari hukum progresif adalah menonjolnya pemahaman dan pembahasan dari sisi filosofis, sosiologis bahkan sampai pada ranah religious. Masih dalam cuplikan sebagaimana uraian

¹³⁵.Turiman.http://www.academia.edu/4647786/Memahami_Hukum_Progresif_Prof_Satjipto_Rahardjo_Dalam_Paradigma_Thawaf_Sebuah_Kontemplasi_Bagaimana_Mewujudkan_Teori_Hukum_Yang_Membumi_Grounded_Theory_Meng-Indonesia_Oleh_Turiman, di akses tanggal 7 Oktober 2014 jam 12.30.

di atas untuk membangun pola pikir agar konstruktif, karena disadari atau tidak selama ini di kalangan kita masih banyak cara berfikirnya sangat formalistik. Kita di ajak berfikir kreatif untuk mewujudkan nilai keadilan secara substansial, mengingat kebutuhan akan keadilan bagi setiap orang pasti berbeda, untuk itu Bagi Satjipto Raharjo, berpikir teoretis bagi para ilmuwan hukum adalah mutlak dan tidak dapat ditawar-tawar lagi. Oleh karena itu gagasan beliau lebih kepada bagaimana para ilmuwan hendaknya mengembangkan semangat untuk tetap menjaga cara berpikir yang demikian itu, karena melalui jalur tersebut akan membawa kita semua sampai kepada apa yang disebutnya dengan "*The Formation of Theory*" (membangun teori). Teori menurutnya adalah, *Giving name-explanation, given new meaning*. Para Ilmuwan hukum seharusnya mencoba berpikir kearah sana. Dan semua ilmuwan sangat terbuka/diundang untuk memasuki wilayah ini.

Selama ini pola pikir kita berangkat dari sistem hukum yang dikembangkan sesuai sistem hukum Indonesia berupa hukum positif, tokoh hukum Inggris Jhon Austin yang mengenalkan pola *positivisme*. Menurut Jhon Austin tersebut setiap hukum atau aturan (yang dipahami dalam pengertian terluas yang layak

diberikan pada istilah ini) adalah perintah. Atau dengan kata lain, hukum atau aturan sebenarnya adalah satu jenis perintah. Karena menjadi perintah hukum atau aturan bisa saja secara langsung disusun oleh kedaulatan.¹³⁶

Berbeda dengan pola moral hukum progresif yang ingin mendorong agar cara kita berhukum tidak pernah mengenal waktu untuk berhenti, melainkan selalu ingin melakukan sesuatu menuju kepada keadaan yang lebih baik, apa bila kita rangkai dari berbagai buah pikir para tokoh hukum Indonesia, sebenarnya dapat di pahami bahwa cara membentuk hukum progresif ini adalah ajakan untuk *mereview* (meninjau kembali) cara-cara kita memberlakukan hukum selama ini ,yaitu kebanyakan masih terjebak dengan pemahaman hanya pada kalimat teks hukum yang sudah dianggap final.

Hukum progresif identik dengan realisme hukum. Hukum itu mementingkan aspek faktual ketimbang normatif.¹³⁷Yang menarik dari hukum progresif adalah dari proses pencarian kebenaran tiada henti (*searching for the truth*). Ia tidak memandang hukum sebagai dokumen yang absolute dan

¹³⁶ . Ratno Lukito, Loc-Cit, h. 181-182.

¹³⁷ . Awaludin Marwan, 2013, *Sacipto Raharjo sebuah Biografi Intelktual & Pertarungan Tafsir terhadap Filsafat Hukum Progresif*, Thafa Media, Yogyakarta ,h.398.

otonom. Ia harus berdaya dengan terobosan-terobosan hukum dalam rangka mewujudkan kebahagiaan bagi manusia.¹³⁸

Menurut Sutepi berpendapat tentang hukum progresif dapat disimpulkan bahwa karakter kongkritnya berada pada *rule breaking* nya. Karakter ini yang penting berisi harapan lompatan berhukum yang ditujukan bagi penegak hukum untuk menghadirkan keadilan tersebut, dapat dilakukan melalui tiga kegiatan pokok, yakni: *pertama*, mempergunakan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum memberikan peran penting mencari jalan baru (*rule breaking*) dan tidak membiarkan diri terkekang cara lama, menjalankan hukum yang lama dan tradisional yang jelas-jelas lebih banyak melukai rasa keadilan. *kedua*, pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan berNegara hukum. Masing-masing pihak yang terlibat dalam proses penegakan hukum didorong untuk selalu bertanya kepada hati nurani tentang makna hukum yang lebih dalam. *Ketiga*, hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kepada kelompok yang lemah.¹³⁹

¹³⁸. Moh. Mahfud MD dkk, *Loc-Cit*, h. 224

¹³⁹. *Ibid*, h, 226.

Ada ciri yang dapat ditelaah dalam pemahaman tentang pembentukan hukum progresif, beberapa karakteristik yang disusun secara detail dan jelas oleh Yanto M.P. Ekon mampu membawa pada kita untuk merenung betapa hukum progresif yang ditawarkan oleh Satjipto Raharjo (Prof Cip) sangat mudah dicerna¹⁴⁰.

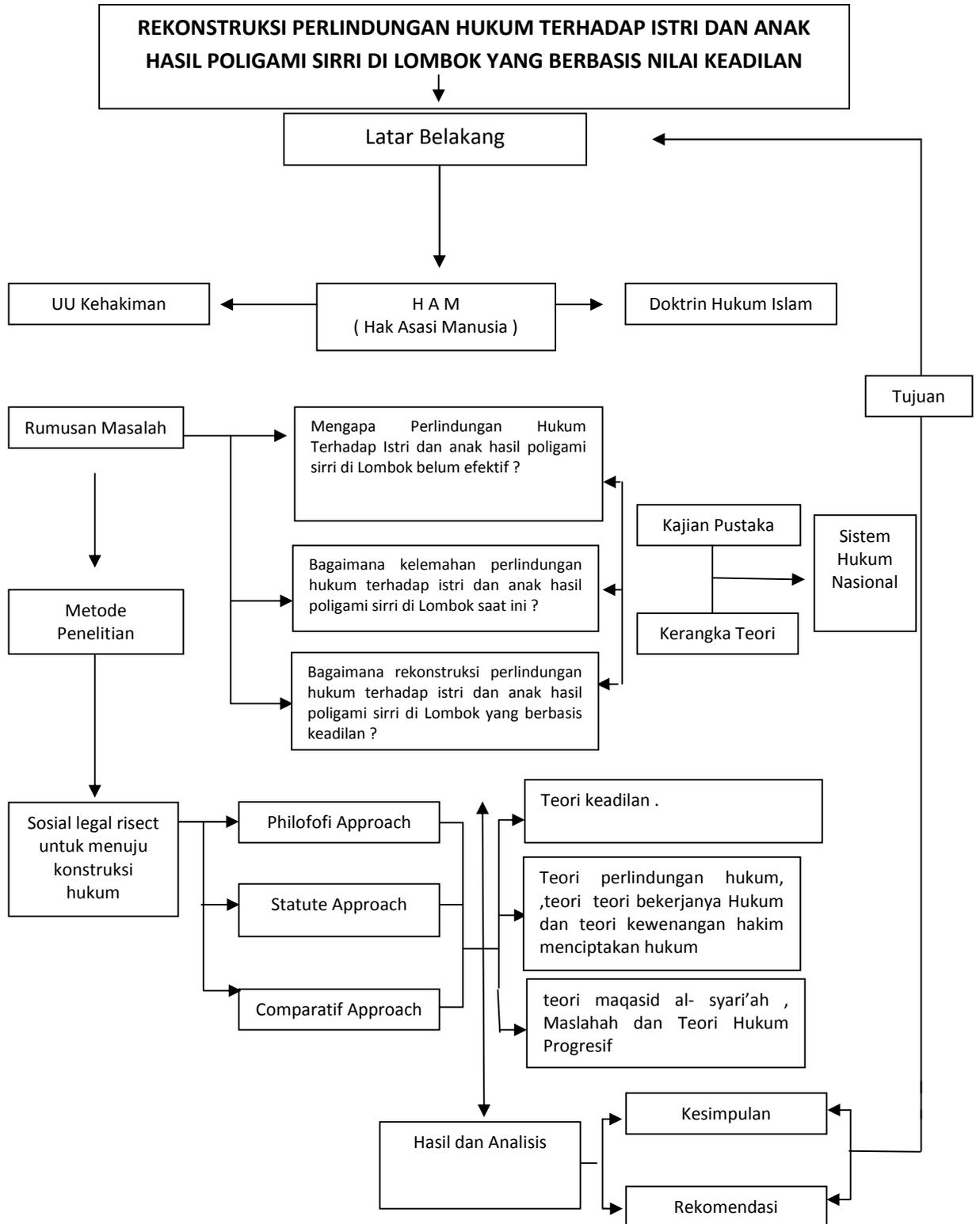
Karakteristik dari hukum progresif, mencakup:

- 1) Hukum progresif merupakan tipe hukum responsif, sekaligus menolak otonomi hukum yang bersifat final dan tak dapat diganggu gugat;
- 2) Hukum progresif peduli terhadap hal-hal yang bersifat meta-yuridical dan mengutamakan “*the search for justice*”;
- 3) Hukum progresif juga mengidealkan agar hukum dinilai dari tujuan sosial dan akibat dari bekerjanya hukum;
- 4) Hukum progresif menghadapkan mukanya kepada “*completeness, adequacy, fact, actions and powers*”. Oleh sebab itu, hukum progresif ingin membongkar tradisi pembuatan putusan hakim atas dasar konstruksi semata. Hal demikian perlu dilakukan agar hukum sesuai dengan kebutuhan hidup yang nyata dari masyarakatnya;
- 5) Hukum progresif mengandung substansi kritik terhadap pendidikan hukum, pembuatan, pelaksanaan sampai dengan penegakan hukum;
- 6) Hukum progresif menempatkan faktor manusia lebih penting dan berada di atas peraturan. Unsur greget pada manusia seperti *compassion, empathy, sincerity, edification, commitment, dare* dan *determination*, dianggap lebih menentukan daripada peraturan yang ada.

¹⁴⁰ . Yanto MP.Ekon. <http://ekonyanto.blogspot.com/2013/11/penerapan-hukum-progresif-oleh-hakim.html>, diakses tanggal 13 Oktober 2014 jam 10 WIB.

- 7) Hukum progresif menempatkan konsep progresivisme untuk menampung segala aspek yang berhubungan dengan manusia dan hukum, baik pada saat ini maupun kehidupan ideal di masa mendatang. Konsep progresivisme tersebut mencakup pandangan, sebagai berikut:
- a. Manusia sejak awal memiliki sifat-sifat baik. Atas dasar sifat demikian, maka hukum progresif berkewajiban untuk mendorong berkembangnya potensi kebaikan, sehingga hukum berfungsi sebagai alat untuk menyebarkan rahmat kepada manusia dan dunia seisinya;
 - b. Hukum progresif merupakan konsep hukum yang sarat moral. Moralitas itu ditujukan untuk mewujudkan keadilan, kesejahteraan dan kebahagiaan manusia. Kandungan moral itu menjadikan hukum progresif peka terhadap perubahan-perubahan yang terjadi dalam kehidupan manusia maupun hukum yang berlaku dalam masyarakat. Dengan kepekaan itu, ketika berhadapan dengan perubahan yang negatif, hukum progresif tampil dengan keberanian untuk membebaskan manusia dari situasi buruk dan terpanggil untuk melindungi serta menjaga agar bangsa Indonesia berada pada ideal hukum.
 - c. Hukum progresif menolak keadaan status quo, apabila keadaan tersebut menimbulkan dekadensi, suasana korup dan merugikan kepentingan rakyat. Watak demikian menjadikan hukum progresif semakin berani dan kreatif dalam mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi-aksi yang tepat untuk mengubah keadaan status quo tersebut dalam rangka mengatasi kekurangan dan kekosongan hukum yang diperlukan untuk mewujudkan keadilan substansial.

H. Kerangka Penelitian disertasi.



I. Metode Penelitian.

1. Paradigma Penelitian

Mengulas tentang paradigma¹⁴¹ atau kerangka berfikir untuk meneliti masyarakat Lombok yang melakukan poligami sirri adalah menggunakan pendekatan *social legal risecht*¹⁴² dengan paradigma *konstruktivisme*¹⁴³, yaitu penelitian untuk berupaya mencari konsep baru sebagai solusi masalah hukum yang dihadapi oleh istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok, karena ada harapan penulis untuk memberi sumbang saran dalam merekonstruksi hukum perlindungan istri dan anak hasil poligami sirri yang sampai sejauh ini masih sulit untuk mendapatkan akses perlindungan hukum dalam bentuk apapun.

Perlu dikaji pula mengapa di masyarakat Lombok masih banyak melakukan pernikahan di bawah tangan atau yang lazim di sebut sirri, maupun melakukan perceraian banyak dilakukan tidak di depan persidangan Pengadilan, apakah karena masyarakat tidak peduli dengan pencatatan secara administratif atau masyarakat sebab lain.

¹⁴¹ . *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, 2008, edisi ke tiga, Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta, Balai Pustaka, h.828.

¹⁴² . Mengutip pendapat Wheeler dan Thomas (dalam Banakar 2005), studi sosio-legal adalah suatu pendekatan alternatif yang menguji studi doktrinal terhadap hukum. Kata 'socio' dalam socio-legal studies merepresentasi keterkaitan antar konteks dimana hukum berada (an interface with a context within which law exists). Itulah sebabnya mengapa ketika seorang peneliti sosio-legal menggunakan teori sosial untuk tujuan analisis, mereka sering tidak sedang bertujuan untuk memberi perhatian pada sosiologi atau ilmu sosial yang lain, melainkan hukum dan studi hukum (Banakar & Travers 2005). (vide : *Kajian Sosio legal Seri Unsur-Unsur Penyusunan Bangunan Negara Hukum*, 2012, oleh Sulistiyowati dkk, yang diterjemahkan oleh Tristam Moelyono, Pustaka Larasati, Denpasar Bali, cetakan pertama, h.3.

¹⁴³ . Agus Salim (red), 2001, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial (dari Denzim Guba & Penerapannya)*, Yogyakarta, Tiara Wacana h.38.

Perolehan data dan fakta dari beberapa keadaan tersebut di atas diharapkan akan memberikan gambaran secara detail, sehingga dapat dengan tepat memberikan solusi hukum sebagai payung untuk memperoleh hak-hak hukum layaknya warga negara dan menepis kesulitan agar terhindar diskriminasi akibat ketatnya ketentuan normatif yang hanya mengutamakan legal formal.

Metode penelitian merupakan suatu cara yang digunakan dalam menjalankan aktifitas penelitian mulai dari mengumpulkan data, mengolah dan melakukan analisisnya dengan standar dan prosedur tertentu.¹⁴⁴

2. Pendekatan Penelitian.

Ada tiga pendekatan yang ingin penulis lakukan, yaitu melalui pendekatan kasus (*Case Approach*), pendekatan undang-undang (*statute approach*) dengan pendekatan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Adapun penjabaran dari pendekatan dalam penelitian ini yaitu :

- Pendekatan Kasus (*Case Approach*) dengan melihat banyaknya kasus poligami secara sirri di Lombok dengan berbagai keadaan baik yang poligami dengan perawan, dengan janda cerai di

¹⁴⁴ . Suharsimi Arikunto, 2002, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktek*, Jakarta, Reneka Cipta, h. 126.

Pengadilan , dengan wanita yang mengaku janda cerai di bawah tangan, wanita yang masih memiliki suami karena di curi kemudian di nikahi setelah suaminya dipaksa untuk menceraikan di bawah tangan , dan keadaan lainnya.

- Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) atau pendekatan yuridis, yaitu penelitian terhadap produk-produk hukum.¹⁴⁵ Pendekatan perundang-undangan ini dilakukan untuk menelaah semua undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan permasalahan yang akan diteliti. Pendekatan perundang-undangan ini membuka kesempatan bagi peneliti untuk mempelajari adanya konsistensi dan kesesuaian antara undang-undang yang satu dengan undang-undang yang lain.¹⁴⁶
- Pendekatan konseptual (*conceptual approach*),¹⁴⁷ pendekatan ini dilakukan karena memang belum atau tidak adanya aturan hukum yang mengatur masalah yang dihadapi, pendekatan ini berawal dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang , sehingga melahirkan pengertian hukum dan asas-asas hukum yang relevan dengan permasalahan yang dihadapi.
- Pendekatan dengan konsep negara lain. Konsep pendekatan ini semata-mata untuk mencari materi pembandingan di negara lain

¹⁴⁵ . Barder Johan Nasution, 2008,*Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Bandung,Mandar Maju, h.92.

¹⁴⁶ . Peter Mahmud Marzuki, 2010,*Penelitian Hukum, Op-Cit*, h.93.

¹⁴⁷ . Johnny Ibrahim, 2013,*Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Surabaya,Bayumedia, h.309.

yang menganut agama yang sama karena materi bahasan adalah menyangkut doktri agamayaitu Islam. Dalam kajiannya di fokuskan pada materi tentang perkawinan setidaknya dari dua negara yaitu Malaysia negara tetangga dan Mesir negara yang peradaban dan pemikinya sudah maju, dan banyak menjadi kiblat pemikiran dunia dalam ranah hukum Islam.

Pendekatan tersebut dilakukan dengan memperhatikan teori dan metode pemecahan masalah atau penemuan hukum dengan menggunakan norma dan kaidah hukum . Norma dimaksud adalah norma kompetensi absolut dan kaidah syar'i yang harus sejalan seirama dengan melalui penafsiran, penghalusan atau penyimpangan ketentuan peraturan perundang-undangan agar hukum yang berasal dari ketentuan sya'i dan peraturan perundang-undangan tidak saling bertentangan yang pada gilirannya masyarakat terayomi dari norma itu sendiri. Cara yang dapat ditempuh adalah dengan memahami berbagai symbolik dibalik peran serta hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara dapat melalui pendekatan *hermeneutic*.¹⁴⁸

3. Spesifikasi Penelitian.

¹⁴⁸ .Dalam perspektif ilmu hukum hermeneutic dapat diartikan sebagai ilmu nurmatifl, interpretasi,dan eksplanasi yang merupakan dua sisi dalam hermeneutic memainkan peranan penting,baik dalam penyusunan hukum baru,maupun dalam mengelola bahan-bahan hukum menjadi keputusan hukum guna menghadapi kasus-kasus yang factual. (vide: Johnny Ibrahim,h.111

Penelitian ini bersifat empiris atau non doktrinal / *socio legal research* yang meneliti masyarakat secara *eksplanatoris* (penelitian yang bertujuan untuk memahami masyarakat, yaitu dengan cara mengetahui mengapa dan bagaimana sesuatu terjadi dalam masyarakat) dapat pula di padukan dengan pendekatan kasus yang telah diputus oleh pengadilan.

Penelitian di fokuskan pada wilayah Lombok Timur sebagai sample penelitian karena Wilayah Lombok Timur adalah Kabupaten terpadat penduduknya dibanding kabupaten lain di pulau Lombok Alasan lain karena di pulau Lombok Timur hampir seratus persen berpenduduk muslim taat, sehingga penulis meyakini sudah mewakili keadaan di pulau Lombok. Adapun data dukung secara institusional dapat diperoleh dari data pengadilan yang ada di pulau Lombok.

Peter Mahmud Marzuki menyatakan:¹⁴⁹ *socio legal research* adalah penelitian sosial tentang hukum yang disalahartikan sebagai penelitian hukum meskipun obyeknya sama yaitu sama-sama hukum. Bedanya penelitian *socio legal research* menempatkan hukum sebagai gejala sosial, sedangkan hukum dipandang dari luarnya saja.

¹⁴⁹ . Peter Mamud Marzuki, 2010, *Penelitian Hukum edisi Revisi*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, cetakan ke -6, h. 128.

Cara yang ditempuh adalah dengan menggali informasi dari masyarakat, tokoh masyarakat, hakim dan pelaku , serta analisa pada putusan pengadilan sebagai penyelesaian terhadap masalah yang menggunakan proses nalar yang disebut penalaran hukum (*legal reasoning*), metode ini merupakan metode berfikir yuridik untuk mengidentifikasi, berdasarkan tatanan hukum yang berlaku, hak-hak dan kewajiban-kewajiban yuridik spesifik dari para pihak terkait¹⁵⁰, Sebelum memulai penelitian tersebut di atas ,penelitian akan diawali melalui penelitian kepustakaan yaitu penelitian terhadap data sekunder, yang berupa bahan hukum.

Metode ini bertujuan untuk mengumpulkan bahan-bahan data dan informasi dengan bantuan buku-buku hukum,Artikel hukum , majalah hukum, putusan pengadilan dan wawancara. Analisis selanjutnya mengembangkan metode deskriptif yaitu dengan membahas seluk beluk perkawinan yang menjadi wewenang pengadilan agama sebagaimana maksud pasal 49 UU No. 7 tahun 1989 yang telah di ubah dengan UU No.3 tahun 2006 dan UU No.50 tahun 2009 tentang peradilan agama, serta mencari relevansi antara ketentuan normatif tentang perkawinan dengan keadaan poligami sirri berikut dampak hukumnya.

¹⁵⁰ . Bernard Arief Sidhartaa. *Loc-Cit*, h.143.

Selanjutnya penelitian juga menggunakan metode induktif, yaitu suatu metode pembahasan yang diawali dari fakta yang bersifat khusus dan kongkrit kemudian menuju pada generalisasi yang bersifat umum. Pola pikir induktif ini merupakan pola pikir ilmiah yang memiliki fungsi merumuskan dan menentukan masalah serta menghubungkan antara fakta dengan masalah, sehingga dapat mengidentifikasi masalah serta mempermudah peneliti dalam melakukan penelitian. Jenis penelitian ini masuk kategori penelitian hukum (*legal research*) dengan fokus terhadap bahan-bahan pustaka, oleh karena *legal research* ini mempunyai peran yang sangat penting dalam kerangka pengembangan ilmu hukum dan mengungkap faktor penyebab timbulnya masalah-masalah yang berkaitan dengan hukum. Dari hasil penelitian itu dapat diketahui faktor penyebab dan bagaimana pemecahan dari masalah yang diteliti tersebut¹⁵¹, maka metode ini akan mampu memberi arah pemikiran yang jelas dan memudahkan pembahasan penulis berhipotesis kemungkinan jawaban masalah yang menjadi obyek penelitian.

4. Sumber data dan metode pengambilan data.

¹⁵¹ . H.Salim HS&Erlies Septiana Nurbani,*Loc-Cit*,h.5

Sumber data dalam penelitian ini adalah data primer dan data sekunder, penjabaran secara lengkap untuk data primer adalah diperoleh dari praktek hukum/ hukum empirik, sedangkan data sekunder diperoleh dari studi pustaka dan dokumenter.

Dari dua sumber data di atas akan di padukan dengan data tersier guna melengkapi teori dan fakta di lapangan agar terdapat gambaran yang jelas terhadap permasalahan yang di hadapi. Apa bila di jabarkan:

- **Bahan hukum primer**, terdiri atas :
- Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945;
- Undang-undang Republik Indonesia nomor 14 tahun 1970, sebagaimana dirubah dengan Undang-Undang nomor 4 tahun 2004, dan sebagaimana dirubah dengan Undang-Undang nomor 48 tahun 2009, tentang Kekuasaan Kehakiman ;
- Undang-Undang Republik Indonesia nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung dan beberapa perubahannya dalam Undang-Undang nomor 5 Tahun 2004 dan Undang-Undang nomor 3 Tahun 2009 ;
- Undang-undang Republik Indonesia nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan beberapa perubahannya yaitu

Undang-Undang nomor 3 Tahun 2006 dan Undang-Undang nomor 50 Tahun 2009 ;

- Undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan;
- Kompilasi Hukum Islam (KHI);
- Putusan Hakim Pengadilan Agama yang relevan ;
- Peraturan perundangan lain yang relevan ;
- **Bahan hukum sekunder:**
- Buku, jurnal ilmiah, laporan hasil penelitian, karya tulis ilmiah, bahan-bahan hasil seminar atau kegiatan ilmiah lainnya yang berkaitan dengan pokok permasalahan, majalah, surat kabar, dan sebagainya
- **Bahan buku Tersier**

Merupakan bahan buku yang diambil dari kamus umum Bahasa Indonesia, kamus Bahasa Inggris-Indonesia, kamus hukum dan ensiklopedia yang memberikan pengertian tentang hal-hal yang berkaitan pokok permasalahan .

Adapun metode Pengumpulan data didapat dari opservasi penelitian,wawancara dan pengamatan terlibat, di tambah dengan studi kepustakaan dan bahan-bahan yang dikumpulkan dari beberapa putusan hakim.

Data Primer diperoleh dari penggalian praktek hukum mengenai informasi dan hasil wawancara dengan masyarakat (

pelaku poligami sirri, anak yang lahir dari perkawinan sirri , Tokoh Masyarakat) , stakeholder yang membidangi urusan perkawinan baik secara kedinasan maupun kemasyarakatan dengan menggunakan metode bola salju (*snow ball theory*) . Adapun terhadap data sekunder di dapat dari penelaahan studi pustaka dan studi dokumen.

5. Analisa Data.

Oleh karena penelitian dalam tulisan ini adalah penelitian non doktrinal / *social legal reseach* maka analisa datanya menggunakan analisa secara kuantitatif untuk mengetahui seberapa besar permasalahan yang dihadapi masyarakat Lombok tentang perlindungan istri dan anak hasil poligami sirri,apa bila diperlukan akan di analisa pula secara kualitatif untuk mengukur seberapa besar kesadaran masyarakat Lombok terhadap pentingnya perlindungan hukum terhadapistri dan anak hasil poligami sirri.

6. Sistematika Penulisan Disertasi

Sistematika penelitian disertasi ini disusun dalam VI bab, yang dimulai dai BAB I Pendahuluan menjelaskan tentang latar

belakang masalah , rumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, orisinalitas disertasi, Kerangka konseptual ((1. Konsep Rekonstruksi, 2. Konsep Perlindungan Hukum ,3. Konsep Poligami sirri, 4.Konsep Istri dan Anak hasil Poligami sirri dan 5, Konsep Nilai Keadilan)) di lanjutkan dengan beberapa Teori : 1. Grand Theory (teori keadilan) . 2. Midle Theory (a. teori perlindungan, b. Teori Bekerjanya Hukum. c. Teori Kewenangan Hakim menciptakan hukum .3. Applied Theory (a. teori Maqasid al-syariah, b. teori Masalahah, c. teori Progresif)), Kerangka Penelitian Disertasi dan metodologi penelitian (a. paradigma penelitian, b. analisa data, serta sistematika penulisan disertasi.

BAB II kajian pustaka,yang berisi kajian studi pustaka, muatan-muatan dogma hukum, serta kerangka pemikiran disertasi, diantaranya; tentang perkawinan dan seluk beluknya,talak dan seluk beluknya , poligami, serta Konsep Perlindungan hukum istri dan anak hasil poligami sirri menurut hukum positif dan hukum Islam.

BAB III menganalisa secara mendalam terhadap permasalahan perlindungan hukum istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok yang belum efektif melalui Teori Keadilan,Teori Bekerjanya Hukum, dan Teori Kewenangan Hakim menciptakan Hukum,teori

Perlindungan hukum, Teori Maqasid al-syariah, Teori Masalah dan Teori hukum progresif.

BAB IV analisa atas permasalahan kelemahan perlindungan hukum istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok saat ini ditinjau dari Substansi hukum, Struktur hukum dan Budaya Hukum.

BAB V Rekonstruksi terhadap perlindungan hukum istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok berdasarkan sila kelima Pancasila dan UUD 1945 (*local wisdom*), kajian tentang poligami di negara-negara Islam (*International wisdom*) dan Rekonstruksi perlindungan hukum terhadap istri dan anak hasil poligami sirri di Lombok berbasis nilai keadilan .

Bab VI merupakan bagian penutup yang terdiri atas kesimpulan, rekomendasi dan Implikasi Kajian disertasi (implikasi secara toeritik dan implikasi secara praktik).