

JUDICIAL REVIEW MAHKAMAH KONSTITUSI TENTANG STATUS ANAK DI LUAR NIKAH: PERCOBAAN INTEGRASI NALAR QADLĀI DAN DIYĀNĪ?

ASEP O. AKBAR

Fakultas Syari'ah dan Ekonomi Islam
IAIN Sultan Maulana Hasanuddin Banten
Email: ataufikakbar@yahoo.com

Abstract

This study focuses on adjudication of the judges of MK in which in the tradition of law research, it is called law propositions. It means that based on ideal scientific activities of law science, this study enables to cover several activities: inventories, interpreting, systemizing, and evaluating rules of law, both written and unwritten. According to Gustav Radbruch, of all four activities, interpreting and systemizing are more important.

*Idealization of such a scientific activity will just get the precision of its verification when it has been completed by an empirical research through deep interviews with the judges of MK. All this time, the writer has not conducted distillation or construed the law hidden behind the texts of law. This paper is the writer's initial observation or his preliminary research. Based on religious and law norms of the material of adjudication of judicial review of MK, this study is still normative. According to the writer, the characteristics of the adjudication of the judges of MK is a crucial point or a hard case because it deals with the sensitive areas covered several dimensions such as religion, human right, nationalistic politics. The writer argues that such a kind of crucial adjudication is not proper if the judges only rely on the procedures of formal law, but it needs an innovation or rule of breaking as a form of law innovation (*rechtsvinding*), indeed *rechtsvinding plus*. This is a form of law construction, in which in the tradition of inference of Islamic law it is similar to logical reasoning "*al-'illah al-mustanbathah*", to reach beneficence in the context of state life.*

Keywords: *Mashlahah, rechtsvinding, diyānī, qadlāi.*

Abstrak

Kajian ini memfokuskan pada putusan hakim MK yang dalam tradisi penelitian hukum disebut dengan proposisi hukum. Artinya, dari sudut ideal kegiatan ilmiah ilmu hukum, kajian ini

memungkinkan mencakup beberapa kegiatan: menginventarisasi, menginterpretasi, mensistematisasi, dan mengevaluasi aturan-aturan hukum, baik tertulis maupun tidak tertulis. Dalam pandangan Gustav Radbruch, dari keempat hal tersebut yang terpenting adalah interpretasi dan sistematisasi.

Idealisasi kegiatan ilmiah tersebut baru akan mendapatkan presisi pembuktiannya manakala sudah dilengkapi dengan penelitian empiris melalui wawancara mendalam dengan para hakim MK tersebut. Penulis sejauh ini belum melakukan destilasi atau memaknai hukum (*legal meaning*) yang tersembunyi di balik teks aturan hukum tersebut. Tulisan ini baru merupakan pengamatan awal penulis atau semacam *preliminary research*. Kajian ini masih bersifat normatif dari sudut pandang pemikiran (norma) keagamaan dan norma hukum terhadap materi putusan *judicial review* MK. Bagi penulis, sifat putusan hukum MK tersebut termasuk *crucial point* atau kasus yang rumit (*hard cases*), *karena menyangkut* ranah yang sensitif: menyangkut dimensi agama, hak asasi manusia (HAM), dan politik kebangsaan. Penulis berpendapat, bahwa jenis putusan hukum yang krusial demikian tidak tepat bila hakim hanya mengandalkan prosedur hukum formal, melainkan perlu terobosan atau *rule of breaking* sebagai bentuk penemuan hukum (*rechtsvinding*), bahkan *rechtsvinding plus*. Inilah bentuk konstruksi hukum, yang dalam tradisi inferensi hukum Islam, relatif senafas dengan nalar “*al-’illah al-mustanbathah*” untuk meraih suatu kemashlahatan dalam konteks kehidupan berbangsa-bernegara.

Kata Kunci: *Mashlahah, rechtsvinding, diyani, qadlai.*

Nalar Qadlāi-Diyānī: Review Teks dan Sejarah

Untuk mengawali kajian perihal *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi soal status anak di luar nikah ini, ada baiknya sedikit kita *flashback* memotret dua istilah yang relatif populer dalam bingkai fiqh kenegaraan, yaitu: *qadlāi* (قضائي) dan *diyānī* (دياني) baik pada tataran maknanya dalam ranah tradisi fiqh klasik maupun tafsir sejarahnya di bumi Indonesia.

Dalam sejarah sosial fiqh Islam, terdapat sejumlah *term* yang digunakan untuk (mendampingi) redaksi *qadlāi* dan *diyānī*. Sosiolog

dan pemikir Turki, Ziya Gokalp, dalam buku, *Turkish Nationalism and Western Civilization* mengistilahkan sebagai *diyanet* dan *qaza*.¹ Mushthafa Ahmad Al-Zarqa dalam *al-Madkhal al-Fiqh al-'Am* menyebutnya sebagai *hukm al-qadlāi* dan *hukm ad-diyānah*.² Sementara salah seorang ulama ahli fiqh yang hingga kini masih produktif, Wahbah Zuhaili, dalam bukunya *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuh*, menyebutnya *haq diyāni* dan *haq qadlāi*.³ Rujukan pelbagai terma redaksional tersebut tampaknya tidak menunjukkan perbedaan berarti. Substansinya sama, bahwa Islam memiliki perspektif tentang nilai transendental dan profan.

Bagi Wahbah Zuhaili, Islam dilihat dari spektrum norma-ajarannya merupakan agama yang utuh: menjangkau sistem spiritual dan material sekaligus (*ruhi* dan *madi*). Dalam konteks itulah, Wahbah membagi hak ke dalam dua dimensi, yaitu hak dalam bingkai norma keagamaan (*حق ديني*) dan hak yang berpautan dengan norma hukum (*حق قضائي*). “Hak keagamaan” berkorelasi dan berkorespondensi dengan sistem dan pertanggungjawaban ilahi yang faktor determinannya bertumpu pada “niat dan fakta kebenaran sesungguhnya.” Sementara “hak yuridiksi peradilan” konstruksi dasarnya terbangun dari nilai lahir, perifer, tidak ada keharusan mendefinisikan kebenaran dari hakikatnya,⁴ tidak ada pretensi mengkaji halal-haram dari optik nilai agama. Sebagai contoh, Wahbah menambahkan, “bagaimana hukum seorang suami yang secara tidak sadar (tidak sengaja) menjatuhkan talak kepada istrinya? Dalam perspektif norma hukum, hakim (*qadli*) menganggap “jatuh talak” sesuai dengan fakta eksplisit bahwa suaminya mengucapkan talak, yang hakikat sesungguhnya tak teramati. Sementara kaca mata keagamaan (*diyānah*) memandang, seorang ahli fatwa (*mufti*) belum menganggap jatuh talak sebab faktor kesengajaannya tidak tampak.⁵ Artinya, nalar *diyāni* memberikan aksentuasi pada ketaatan individu (privat) sebagai subyek hukum, sementara nalar *qadlāi* berkolerasi dengan nalar publik sekaligus yuridis di dalamnya. Contoh lain, hakim juga dapat memutuskan tetap berhutang pada seorang penghutang yang telah dibebaskan oleh pemberi hutang tanpa pemberitahuan, tetapi telah bebas dari hutang menurut keputusan mufti.⁶

Penelusuran semantik tersebut memberikan kejelasan bahwa bila penalaran *qadlāi* dan *diyāni* dipahami secara diametral, dipilih dalam dua yuridiksi, yaitu negara dan agama, maka tidak terlalu sulit, sebab hanya bertumpu pada wujud ada-tidaknya kesadaran (niat atau tidaknya). Tapi ketika spektrum ajaran Islam itu mencakup

keseluruhan kehidupan (*ruhi-madī*), maka tidak sederhana bagaimana merformulasi fiqh kenegaraan utamanya dalam proses dan praksis pembumian hukum termasuk legislasi perundang-undangnya. Sejarah menunjukkan, bahwa dua ranah (*qadlāi* dan *diyāni*) tersebut sering mengalami *disbarmoni*, sekalipun itu absah sebagai konsekuensi cara berdemokrasi dalam bidang hukum. Secara akademis (bahkan politis), konflik itu sering tampak dan terpersonifikasi dalam sosok para ahli (antar-ahli hukum, agama), antar-lembaga, dan seterusnya. Pada umumnya, di samping perbedaan metodologi, juga akan mudah perbedaan tersebut dilihat dari aspek ideologi lembaga sosial keagamaan masing-masing. Tidak heran kalau kemudian populer sejumlah adagium: *Yashibhu dīnan wa lā qadlā'an*, secara norma keagamaan sah namun tidak demikian menurut norma hukum. Demikian pula sebaliknya: *yashibhu qadā'an wa lā dīnan*, sah dalam praktek pradilan namun secara normatif keagamaan tidak.⁷

Kategorisasi *qadlāi* dan *diyāni* ini dimungkinkan akan selalu berkembang sesuai dengan perubahan dan perkembangan masyarakat. Sebuah masalah yang tadinya dipandang *qadlāi perse* pada suatu kesempatan barangkali akan dipandang sebagai *qadlāi* dan *diyāni* sekaligus dalam kesempatan yang berbeda.

Jelas sekali, dari dua teori fiqh di atas, bahwa satu pihak mendasarkan pemikirannya pada kesimpulan-kesimpulan teoretis mengikuti penalaran tekstual akademis, sementara pihak lain melihat dari pendekatan yang sama namun dengan tambahan menghubungkannya dengan kebutuhan riil yang terjadi dalam sistem peradilan. Namun, patut disayangkan beberapa literatur yang masuk ke Indonesia justru merupakan representasi fiqh pertama saja, sementara fiqh yang berkembang nyata dalam yurisprudensi yang hidup sepanjang abad pertengahan hampir sama sekali tak tersentuh. Padahal selama hampir 12 abad lamanya lembaga-lembaga pengadilan ini telah berdiri dan mengalami metamorphosis, namun sedikit sekali yurisprudensi itu masuk ke negeri ini. Umumnya, kitab-kitab fiqh yang masuk ke Indonesia hanya fiqh teoretis yang kemudian dikenal dengan *fiqh taqdiri* yang berisi kumpulan fatwa mengikuti alur penalaran tekstual dan menembus segala kemungkinan, sekalipun secara faktual kadang tidak terjadi. Sementara kitab-kitab fiqh *qadlā'*, relatif sedikit sekali, itupun terjemahan.⁸

Dalam sejarah fiqh kenegaraan di negeri ini, komplikasi permasalahan tersebut dapat ditengok pada polemik menyikapi Hasil Munas Alim Ulama pada dasawarsa medio 50-an di Puncak.

Pada waktu itu, muncul suatu jargon fikih politik Islam (*fiqh siyasah*) yang cukup polemis, yaitu *waliy al-amr adl-dlaruri bi asy-syaukah*. Istilah ini mengandung arti: “terdapatnya suatu otoritas politik sementara yang secara *de facto* menjadi instrumentasi-legal bagi kelangsungan penyelenggaraan kebijakan publik”.⁹ Menimbang pentingnya konsep ini, seorang pengamat asing, Emile Tyan, menyebut konsep *tauliyah* (*delegation*) semacam ini sebagai inti pelaksanaan administrasi dalam hukum Islam.¹⁰

Term itu terwacanakan secara populer utamanya sejak para ulama di bawah nakhoda K.H. Masjkur, yang kala itu menjabat Menteri Agama, menyelenggarakan Konferensi pada tanggal 2-7 Maret 1954 di Cipanas. Menariknya, pemunculan istilah ini, sering dipertalikan dengan struktur kekuasaan, utamanya menyangkut legitimasi terhadap Soekarno yang kala itu menjadi presiden. Lebih dari itu, labelisasi ini melahirkan pelbagai interpretasi politis-pejoratif yang sering menyudutkan para tokoh ulama dari Ormas Islam tertentu.¹¹

Semenjak Departemen Agama lahir tahun 3 Januari 1946, sejumlah masalah keagamaan semacam pendidikan, hukum keluarga menjadi fokus dan tanggungan departemen ini, setelah sebelumnya ditangani pemerintahan Kolonial, tentu dengan sejumlah amandemen dan perubahan di sana-sini. Pada tahun 1952, Menteri Agama mengeluarkan peraturan No. 4 Tahun 1952 tentang wali hakim yang berlaku di daerah luar Jawa dan Madura antara lain menetapkan wewenang pengangkatan para *qadli* nikah (pegawai pencatat nikah) oleh kepala kantor urusan agama kabupaten.¹² Peraturan itu kemudian mendapat banyak respons yang relatif keras, salah satunya dari para ulama Sumatera Barat, melalui partai Perti yang kemudian diajukannya ke pemerinah dalam sidang DPRS. Di Minangkabau, prosedur pengangkatan wali bagi mempelai wanita yang telah mempunyai wali sendiri, telah melembaga sebelumnya melalui lembaga *ninik mamak* yang oleh Inyi' Candung (Syeikh Sulaiman Arrasuli) disebut sebagai *ahl al-hāl wa al-'aqd*.¹³ Oleh Van Vollenhoven, dalam bukunya *Adatrecht II*, dinamakan dengan *de tot losmaken en binden bevoegden* (majelis memilih kepala negara yang baru).¹⁴

Seterusnya, Menteri Agama K.H. Masjkur merespons pertanyaan tersebut dalam sidang DPRS pada tanggal 3 September 1953 dan menjanjikan akan mengundang kalangan ulama dengan sekala yang lebih luas untuk membahasnya dalam suatu konferensi. Konferensi berlangsung pada tanggal 2-7 Maret 1954, dihadiri

sejumlah ulama dari pelbagai golongan dengan mengagendakan 4 pokok bahasan termasuk di dalamnya masalah *tauliyah* (pengangkatan) wali hakim.¹⁵ Konferensi ini tampaknya sangat prestisius, karena dihadiri oleh para ulama berkaliber nasional atau terkemuka di daerahnya, hampir seluruh Indonesia, kecuali dari Yogyakarta, seperti K.H. Abdurrahman Ambio Dale, Pare-pare Sulawesi Selatan; Syekh Sulaiman Arrasuli, Bukittinggi; Tubagus Ahmad Khatib, Banten; K.H. Abu Amar, Solo; K.H. Machrus Ali, Kediri; dan K.H. Muchtar Siddik dari Jakarta.¹⁶

Menurut Z.A. Noeh, dalam konferensi yang terakhir ini, K.H. Sulaiman Arrasuli (salah seorang ulama Minang) meralat redaksi keputusan konferensi terdahulu yang tertulis sebelumnya *dzū syaukah* diralat menjadi *bi asy-syaukah*, sebab *dzū syaukah* dalam referensi fiqh berarti kepala negara yang kafir (*shulthān kāfir*), sementara kepala yang Muslim pada negara yang belum memenuhi syarat sebagai negara menurut hukum Islam dalam tradisi fiqh diistilahkan dengan *bi asy-syaukah*, atau lengkapnya: *waliy al-amr ad-daruri bi asy-syaukah*.¹⁷

Untuk lebih jelasnya, Konferensi Alim Ulama dengan Menteri Agama yang terakhir ini memutuskan: 1) Presiden sebagai kepala negara, serta alat-alat negara sebagai dimaksud dalam UUD pasal 44, yakni Kabinet, Parlemen dan sebagainya adalah *waliy al-amr ad-dlaruri bi asy-syaukah*; 2) *Waliy al-amr ad-dlaruri* wajib ditaati oleh rakyat dalam hal-hal yang tidak menyalahi Syariat Islam; 3) *Tauliyah* wali hakim dari Presiden kepada Menteri Agama dan seterusnya kepada siapa saja yang ditunjuk, termasuk juga *Tauliyah* Wali Hakim yang menurut kebiasaan yang hidup di tempat-tempat yang ditunjuk oleh *ahl al-hāl wa al-'aqd*, adalah sah. Untuk menjalankan akad-akad nikah Wali Hakim, sesuai dengan yang dimaksud oleh UU Pencatatan Perkawinan, Talaq, dan ruju' harus ada surat persmian (tertulis *pengresmian*) lebih dahulu dari pemerintah; dan 4) Berhubung dengan ayat 1, 2, dan 3 tersebut di atas, maka nyatalah bahwa Peraturan Menteri Agama No 4 Tahun 1952 tentang wali hakim untuk luar Jawa dan Madura adalah sah.¹⁸

Sebenarnya, di dalam Konferensi Cipanas ini terdapat empat agenda yang dibahas, yaitu: (a) *Tauliyah* wali hakim, menghasilkan konsep *waliy al-amr ad-dlaruri bi asy-syaukah*; (b) Penetapan permulaan Ramadhan dan Syawal 1373 H., yang merupakan pembahasan klasik, soal hisab-rukyat; (c) Sekitar masalah arah kiblat di Suriname, sesuai permintaan warga Muslim di sana; (d) Dasar penentuan waktu shalat dan puasa di tempat-tempat terbit dan terbenamnya matahari yang

tidak biasa.¹⁹ Namun yang mendapatkan perhatian relatif serius adalah menyangkut hukum keluarga, yang dalam hal ini masalah *tauliyah* dalam pernikahan.

Konferensi tahun 1954 ini menyepakati dan meneguhkan Peraturan Menteri Agama No 4 Tahun 1952 dan mengakui Menteri Agama dalam mengangkat (*tauliyah*) wali hakim bagi perkawinan wanita yang tidak mempunyai wali nasab (sedarah), atau walinya sendiri gaib, menolak (*'adhal*) dan seterusnya.

Perdebatan mengenai masalah ini sebenarnya bisa diorientasikan dalam skala luas, tapi suatu hal, bahwa keterlibatan para penyusun konferensi alim-ulama dalam birokrasi negara menjadikan konsep demikian mereka berangkat dari asumsi kenegaraan yang telah ada melembaga yaitu negara RI. Tidak adanya pengakuan bahwa negara RI sebagai negara umat Islam (*dār al-Islām*, bukan negara Islam) berarti suatu pengingkaran terhadap jerih payah dan pengorbanan para pahlawan, termasuk para ulama menjelang perang kemerdekaan. Bahkan perang sendiri dinyatakan sebagai wajib individual (*'ainiyyah*). Oleh sebab itu, negara RI harus diterima sebagai realitas negara ummat Islam sendiri. Dengan asumsi ini maka upaya menjadikan hukum Islam sebagai bagian dari sistem hukum nasional dalam negara RI merupakan cara berfikir yang realistis. Bahkan dewasa ini pemikiran seperti itu mendapatkan relevansinya. Terbukti, setelah terbentuknya UU No. 1 Tahun 1974, tentang Hukum Perkawinan; PP. No.9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU No 1 Tahun 1974; UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama; Inppres No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI); UU. No. 3 Tahun 2006/UU No 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama; UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dan lain-lain. Tentu saja yang masih hangat adalah Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang *Judicial Review* UU No.1 Tahun 1974 terhadap UUD 1945 utamanya tentang status anak yang dilahirkan di luar nikah²⁰, sebagai salah satu corak “fiqh Indonesia”.

Bentuk-bentuk percobaan pengintegrasian norma-norma fiqh sebagai cerminan dimensi *diyānī* dengan kebijakan negara, sebagai representasi nalar *qadlāi* terus mengalami perkembangan utamanya pada ranah kompetensi absolut peradilan. Pengantar yang relatif agak panjang ini sesungguhnya hendak memberikan kerangka: Apakah “judicial review” Mahkamah Konstitusi (MK) tersebut menjadi salah satu model atau inspirasi bagi terintegrasinya nalar hukum *qadlāi* dan *diyānī*? Ataupun justru memberi ruang bagi terbukanya konflik antar dua nalar fiqh tersebut? Tentu pengamatan

singkat ini tidak berpretensi untuk mengupas secara tuntas dua pertanyaan itu. Namun penulis mencoba melihat dari sejumlah isu, antara lain alasan hukum (pertimbangan hukum dan *legal standing*) yang dikembangkan MK, pandangan para fuqaha (*madzāhib*) tentang status anak, nilai-nilai Hak Asasi Manusia (HAM), tentu diakhir tulisan sedikit akan disampaikan analisis seperlunya.

***Judicial Review* dan Cita-cita Ideal MK**

Di negeri ini, Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan salah satu tangga pencapaian dari suatu progress pemikiran hukum dan ketatanegaraan modern sepanjang sejarahnya. Usai Indonesia merdeka, embrio nalar diskursif seputar lembaga ini sudah hadir, yaitu soal gagasan perlunya pengujian undang-undang oleh Muhammad Yamin. Dalam sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan (BPUPKI) Yamin mengusulkan agar Balai Agung (atau Mahkamah Agung dalam istilah sekarang) diberi wewenang untuk “membanding undang-undang,” yang maksudnya tentu saja adalah kewenangan *judicial review*. Sekalipun gagasan Yamin tersebut disanggah oleh Soepomo, dan tidak diadopi dalam UUD 1945, namun tidak mengurangi keluhuran bobot nilai pemikiran Yamin tersebut sebagai fakta sejarah, yang terbukti kini dibutuhkan.²¹

MK merupakan lembaga pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) sekaligus sebagai penafsir konstitusi (*the interpreter of the constitution*). Lembaga ini memiliki visi: “tegaknya konstitusi dalam rangka mewujudkan cita-cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan yang bermartabat.”²² Lembaga yang memiliki cita-cita luhur tersebut mendapatkan landasan hukum kelembagaan konstitusional ketika Perubahan Ketiga Undang-undang Dasar 1945 (UUD 1945)²³ diputuskan dalam Rapat Paripurna Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) ke-7 (lanjutan-2), 9 November 2001 saat Sidang Tahunan MPR. Berdasarkan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan tata usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Untuk membumikan gagasan ideal visi tersebut, kemudian disusunlah dua misi derivatif berikut, yaitu bahwa institusi ini didirikan untuk: a) mewujudkan MK sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang modern dan terpercaya; dan b) untuk) membangun konstitusionalitas Indonesia dan budaya sadar bekonstitusi.²⁴

Kekuasaan kehakiman kini tidak saja dilakukan oleh Mahkamah Agung MA (*the guardian of the Indonesian law*) dan badan peradilan yang berada di bawahnya, melainkan juga oleh Mahkamah Konstitusi. MK-RI adalah *constitutional court* yang ke-78 di dunia, berkedudukan setara dengan MA, berdiri sendiri serta terpisah (*duality of jurisdiction*) dengan MA.²⁵

Menurut UUD 1945 Pasal 24 C ayat (1) dan (2) dan Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 Pasal 10 ayat (1) dan (2) tentang MK, bahwa MK memiliki 5 (lima) kewenangan, yaitu: (1) berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final: a) untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945; b) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945; c) memutus pembubaran partai politik; dan d) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; (2) MK wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap Negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam UUD 1945.²⁶

Tentu saja, yang relevan dengan subyek kajian ini adalah kewenangan pertama, yaitu: kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap UUD. Kewenangan menguji, atau yang populer dalam tata hukum Negara Amerika Serikat²⁷ sebagai “judicial review” adalah kewenangan untuk menyelidiki dan menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan itu sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya, dan apakah suatu kekuasaan tertentu berwenang mengeluarkan suatu peraturan tertentu.²⁸ Dalam redaksi Sorjono Soekanto dan Pudji Santoso, *judicial review* adalah “ajaran konstitusional yang memberikan wewenang kepada badan peradilan untuk menguji atau membatalkan keputusan legislatif atau eksekutif yang dianggap inkonstitusional, atau menafsirkan perundang-undangan yang ditetapkan badan legislatif.”²⁹

Kewenangan *judicial review*, dari sudut pandang hukum tata negara, menjadi penting sebagai mekanisme kontrol (eksternal) terhadap kekuasaan legislatif dalam membuat undang-undang untuk menutup atau mempersempit ruang penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*). Karena, faktanya, undang-undang tersebut merupakan hasil kompromi dari kekuatan-kekuatan politik riil di parlemen, yang sering merepresentasikan kehendak mayoritas (*majority rule*). Kehendak dan dominasi mayoritas tersebut yang diduga dapat bertentangan dengan UUD dan nilai-nilai dasar HAM.

UUD sebagai *paktum* rakyat (*social contract*) harus menjadi rujukan bagi penyusunan UU yang harus *inline* dengan nilai-nilai dasar HAM. Imperatif tersebut muncul dari wawasan dasar bahwa HAM itu sudah lahir jauh lebih dahulu dari ide membentuk Negara, di mana tujuan pokok pembentukan negara itu untuk mengabdikan pada nilai-nilai HAM tersebut.

Dengan logika demikian menjadi jelas, kualifikasi seperti apa yang berhak sebagai pemohon (*standing*) untuk mengajukan *judicial review* UU kepada MK. Menurut Pasal 51 ayat (1) UU 24 Tahun 2003 tentang MK menggariskan bahwa pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya UU. Yang dimaksud dengan pihak adalah: a) perorangan warga Negara Indonesia; b) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan RI yang diatur dalam undang-undang; c) badan hukum publik atau privat; atau d) lembaga Negara.³⁰

Dalam konteks *judicial review* Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 (UU No. 1 Tahun 1974) terhadap UUD 1945, pemohon yaitu Hj. Aisyah Mochtar dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono meyakini memiliki *legal standing* yaitu sebagai perorangan warga Negara RI dengan kualifikasi hak konstitusionalnya dirugikan oleh undang-undang dimaksud.

Review Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010

Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 ini diajukan para pemohon pada tanggal 10 Juni 2010 dan diputus oleh 9 (sembilan) Hakim MK pada Rapat Tanggal 12 Februari 2012 dan dibacakan dalam Sidang Terbuka pada Tanggal 17 Februari 2012. Sistematika Putusan sebanyak 44 halaman tersebut terdiri dari: I) Penjelasan tentang para pemohon yang berisi: Duduk Perkara terdiri dari kedudukan hukum (*legal standing*) dan alasan-alasan pemohon mengajukan uji materi; II) Keterangan Pemerintah atas Pemohon yang berisi: a) Pokok Permohonan; b) *legal standing*; c) Secara umum UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak bertentangan dengan UUD 1945; d) Penjelasan terhadap materi muatan norma yang dimohonkan para pemohon baik menyangkut Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang dianggap bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 oleh pemerintah ditolak (dianggap tidak bertentangan); III) Keterangan DPR yang di dalamnya menjelaskan: *legal standing* para pemohon dan

pengujian UU Perkawinan terhadap UUD yang berisi 7 (tujuh) point penjelasan, yang substansinya tidak jauh dengan pandangan Pemerintah, yaitu menolak permohonan para pemohon; dan IV) Berisi Pertimbangan Hukum dari MK yang menjelaskan: kewenangan MK dan *legal standing* para pemohon. Selanjutnya dicantumkan pula Konklusi yang berisi tiga hal: kewenangan MK, *legal standing* para pemohon, dan alasan pokok permohonan. Terakhir berisi Amar putusan yang menyatakan: mengabulkan permohonan untuk sebagian.

Dari gambaran sistematik putusan tersebut menjadi jelas bahwa substansi pokok-pokok pikirannya dapat dijelaskan (secara *mutatis mutandis*) sebagai berikut:

A. Duduk Perkara

1. *Legal Standing* para pemohon. *Legal standing* para pemohon yang berisi 9 (sembilan) point, penulis hanya menyampaikan sebagian terpenting saja, antara lain:
 - a. Pemohon adalah perorangan warga Negara Indonesia;
 - b. Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang (Pasal 51 ayat (1) UUMK). Menurut penjelasan pasal 51 ayat (1) UUMK, yang dimaksud dengan “hak konstitusional” adalah hak-hak yang diatur dalam UUD RI 1945;
 - c. Perkawinan yang dilakukan pemohon (Hj. Aisyah Mochtar) dengan Drs. Moerdiono pada tanggal 20 Desember 1993 dianggap sah karena sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan: “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya.”;
 - d. Pemohon menganggap Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan³¹ diskriminatif sebab tidak sesuai dengan bunyi Pasal 28B ayat (1)³² dan ayat (2)³³ UUD 1945 melindungi dan menjamin hak-hak konstitusional pemohon yaitu kesetaraan hak dengan warga Negara lainnya dalam membentuk keluarga dan melaksanakan perkawinan, dan kesamaan di hadapan hukum. Artinya, menurut anggapan para pemohon, UUD 1945 mengedepankan norma hukum sebagai bentuk keadilan terhadap siapapun tanpa diskriminasi. Secara konstitusional, siapapun berhak melaksanakan pernikahan sepanjang itu sesuai dengan agama dan kepercayaannya. Dalam hal ini

pemohon telah melaksanakan perkawinan sesuai dengan norma agama yang dianutnya, yaitu Islam, serta sesuai dengan rukun nikah sebagaimana diajarkan oleh Islam.³⁴ Dalam anggapan pemohon, bagaimana mungkin norma agama diredusir dengan norma hukum sehingga perkawinan yang sah menjadi tidak sah;

- e. Dengan berlakunya Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan³⁵, maka hak-hak konstitusional pemohon selaku ibu dan anaknya untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahannya serta status hukum anaknya yang dijamin oleh Pasal 28D ayat (1)³⁶ dan ayat (2) serta Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan. Sebab, sesuai dengan norma hukum Islam, perkawinan pemohon sah, bukan karena perbuatan zina atau setidaknya dianggap sebagai perzinahan. Demikian pula dengan anaknya yang sah. Dalam pandangan Islam, hal yang berbeda, dan sudah barang tentu sama dengan UU Perkawinan adalah menyangkut seorang wanita hamil dan tidak terikat dalam perkawinan maka *nasab* anaknya adalah dengan ibu dan keluarga ibunya. Tegasnya, anggapan pemohon lagi-lagi norma hukum telah mengabrogasi norma agama.
2. Alasan-alasan Permohonan. Sebagaimana dalam *legal standing*, penulis hanya menyantumkan beberapa alasan permohonan yang lebih substantif dari 16 (enam belas) argumen yang ada, antara lain sebagai berikut:
- a. Bahwa Pemohon merupakan pihak yang secara langsung mengalami dan merasakan hak konstitusionalnya dirugikan dengan diundangnya UU Perkawinan utamanya Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1). Dua pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yang menghilangkan hak konstitusionalitas pemohon untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahan dan status hukum anaknya;
 - b. Bahwa konsekuensi dari ketentuan pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut yaitu bahwa setiap orang memiliki kedudukan dan hak yang sama termasuk haknya untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahan dan status anaknya;
 - c. UU Perkawinan dimaksud tidak mencerminkan keadilan di masyarakat karena secara obyektif telah memasung hak

konstitusional pemohon sebagai warga Negara RI untuk memperoleh kepastian hukum dan terbebas dari rasa cemas, ketakutan, dan diskriminasi terkait pernikahan dan status anaknya. Tujuan hukum adalah untuk mengatur pergaulan hidup secara damai, tandas Van Apeldoorn. Kedamaian di antara manusia dipertahankan oleh hukum dengan cara melindungi kepentingan-kepentingan manusia tertentu semacam kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda dan lain sebagainya terhadap pihak yang merugikannya.³⁷ Norma konstitusi sebagaimana termaktub dalam UUD 1945 mengandung tujuan hukum baik teori etis³⁸, utilitis,³⁹ dan campuran antar-kedua teori tersebut⁴⁰, yang dalam anggapan pemohon tidak tercermin dalam UU Perkawinan.

B. Sikap Pemerintah dan DPR

Menyikapi *legal standing* dan alasan-alasan pemohon sebagaimana diuraikan sebelumnya, maka baik pemerintah maupun DPR memiliki kesamaan pandangan: untuk *legal standing*, utamanya menyangkut kualifikasi pemohon selaku perseorangan warga Negara Indonesia menyarankan MK untuk menolak melakukan pengujian terhadap pemohon. Begitu pula, menyangkut anggapan kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon, pemerintah dan DPR berpendapat bahwa itu bukan karena berlakunya dan/atau sebagai akibat UU Perkawinan sebagaimana dimohonkan. Karena faktanya, Pemohon I dalam melakukan perkawinan dengan seorang laki-laki yang telah beristri tidak memenuhi prosedur, tata cara, dan persyaratan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat (2), Pasal 2, Pasal 4 Pasal 5, Pasal 9 dan Pasal 12 UU Perkawinan, sehinga perkawinan poligami yang dilakukan pemohon tidak dapat dicatat.⁴¹ Padahal pencatatan perkawinan memiliki tujuan: a) untuk tertib administrasi perkawinan; b) jaminan memperoleh hak-hak tertentu (memperoleh akte kelahiran, membuat Kartu Tanda Penduduk, membuat Kartu Keluarga, dll.); c) memberikan perlindungan terhadap status perkawinan; d) Memberikan kepastian terhadap status hokum suami, istri maupun anak; e) Memberikan perlindungan terhadap hak-hak sipil yang diakibatkan oleh adanya perkawinan.⁴²

Demikian pula terhadap anggapan pemohon bahwa mengenai terjadinya pertentangan antara Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1). Terhadap anggapan tersebut pada Pasal 2 ayat (2) Pemerintah dan DPR berpendapat bahwa pencatatan tidak dimaksudkan untuk

membatasi hak asasi warga Negara melainkan sebaliknya untuk melindungi warga Negara dalam membangun keluarga dan melanjutkan keturunan, serta memberikan kepastian hukum terhadap hak suami, istri, dan anak-anaknya.

Sementara terhadap anggapan pertentangan pada Pasal 43 ayat (1) dengan Pasal 28B UUD 1945, pemerintah berpendapat bahwa Pasal 43 ayat (1) itu bertujuan memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap hubungan keperdataan antara anak dan ibunya serta keluarga ibunya. Mengapa?, sebab, suatu perkawinan yang tidak dicatat dapat diartikan bahwa peristiwa perkawinan tersebut tidak ada, sehingga anak yang lahir di luar perkawinan yang tidak dicatat menurut Undang-undang *a quo*, dikualifikasikan sebagai anak yang lahir di luar perkawinan yang sah⁴³ atau tidak memenuhi syarat formil yang mengakibatkan hilangnya hak-hak keperdataan yang timbul akibat perkawinan.⁴⁴

Dengan demikian, baik Pemerintah maupun DPR, sebagaimana tercermin dalam kesimpulan, tidak menerima permohonan pemohon dan tidak menganggap terjadi pertentangan UU Perkawinan Pasal 2 ayat (2) dan Pasa 43 ayat (1) dengan UUD *a quo* sebagaimana dimohonkan.

C. Pandangan Mahkamah Konsitusi

Dalam menyikapi permohonan (para) pemohon, MK menempatkannya ke dalam 4 (empat) hal, yaitu: Pertimbangan Hukum, Konklusi, Amar Putusan, dan sebagai lampiran, dicantumkan juga *Concurring Opinion*, alasan berbeda yang diambil Hakim Konstitusi, Maria Farida Indrati. Artinya, terdapat argumen hukum yang berbeda dari satu orang hakim, namun kesimpulannya sama.

MK, sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, terlebih dahulu mempertimbangkan kewenangan MK untuk mengadili permohonan *a quo* dan kedudukan hukum (*legal standing*) para pemohon. Dengan merujuk pada Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a UUMK No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan UUMK No. 8 Tahun 2011, serta Pasal 29 ayat (1) huruf a UU No. 4 Tahun 2009 tentang Keusaan Kehakiman, bahwa salah satu kewenangan MK adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD.

Pertimbangan MK selanjutnya, bahwa yang dapat mengajukan perhonian Pengujian UU terhadap UUD 1945 adalah

mereka yang dianggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang. Yang dimaksud dengan “kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional” sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UUMK harus memenuhi lima syarat, yaitu: a) adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional pemohon yang diberikan oleh UUD 1945; b) hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian; c) kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan actual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi; d) adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian; e) adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Dalam pertimbangan MK, hak konstitusional pemohon sebagaimana terkandung dalam UUD 1945 Pasal 28B ayat (1), Pasal 28B ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1) telah dirugikan akibat berlakunya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Dan dua ayat UU Perkawinan itulah yang menjadi pokok permohonan untuk dilakukan pengujian perihal konstitusionalitasnya, utamanya hak untuk mendapatkan status hukum anak.⁴⁵

Pokok permasalahan hukum terkait dengan pencatatan perkawinan, MK menitikberatkan pada makna hukum (*legal meaning*) pencatatan perkawinan. Dengan merujuk pada penjelasan umum angka 4 huruf b UU No. 1 Tahun 1974⁴⁶, MK berpedapat bahwa (i) pencatatan perkawinan bukan merupakan faktor yang menentukan sahnyanya perkawinan; dan (ii) pencatatan merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan.⁴⁷ Artinya, yang menjadi faktor *determinan* sahnyanya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing calon mempelai. Sementara pencatatan perkawinan diwajibkan oleh negara merupakan kewajiban administratif.⁴⁸

MK memandang, bahwa *legal meaning* kewajiban pencatatan perkawinan dapat ditinjau dari dua perspektif. *Pertama*, dari sudut pandang negara, kewajiban pencatatan difahami untuk memberikan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia (HAM) yang bersangkutan sesuai dengan prinsip

Negara hukum yang demokratis sebagaimana termaktub dalam Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945. Kedua, ditinjau dari *optik* kepentingan subyektif yang bersangkutan yang berimplikasi terjadinya akibat hukum yang dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik untuk melindungi hak-hak konstitusional yang bersangkutan secara efektif.

Mengenai pokok permasalahan hukum soal status anak yang dilahirkan di luar perkawinan, pertimbangan MK terfokus pada makna hukum (*legal meaning*) frasa “yang dilahirkan di luar perkawinan”. Sistem nalar yang dikembangkan MA adalah satu-kesatuan relasi biologis anak yang dilahirkan baik akibat hubungan biologis orang tuanya maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Karena itu, MK berpendapat: tidak adil dan tidak tepat manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan ibunya. Hal yang sama: tidak adil juga apabila hukum membebaskan laki-laki yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggungjawabnya sebagai seorang bapak. Terlebih, manakala perkembangan teknologi dapat membuktikan bahwa anak tersebut benar-benar anak dari laki-laki tersebut.⁴⁹ Karena itu, MK memberikan pertimbangan dan juga menjadi materi Amar Putusan, bahwa Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang berbunyi: “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” harus dibaca “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”⁵⁰

Dalam pertimbangan MK yang juga menjadi materi Amar Putusan, bila dalil pemohon terkait dengan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 dianggap tidak beralasan menurut hukum, maka Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 dianggap bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Artinya, dianggap inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau bukti lain menurut hukum, memiliki hubungan darah sebagai ayahnya.⁵¹

Perspektif Nalar Diyānī Menafsir Makna Nikah

Bagaimana konvensi fiqh memberikan perspektif tentang putusan MK tersebut, utamanya menyangkut status anak. Masalah penetapan status anak dan asal-usul anak mendapatkan perhatian tersendiri dalam tradisi fiqh karena memiliki relevansi kuat untuk mengetahui hubungan *mahram* antara anak dengan ayahnya. Bahkan, seorang al-Gazālī, dalam kitabnya: *Ihyā' 'Ulūm ad-Dīn*, ketika menuturkan lima hal manfaat pernikahan, maka yang pertama adalah kehadiran anak⁵² dengan fungsi untuk mengekalkan fungsi reproduksi manusia (لإبقاء جنس الإنسان), jauh meninggalkan fungsi-fungsi lainnya, semacam penataan keluarga (تدبير المنزل), ketentraman batin (مجاهدة النفس) dll. Karena itu tidak heran, kalau kita sering menemukan pengertian nikah: “*sebagai akad yang di dalamnya terkandung kebolehan bersetubuh dengan diawali kata-kata tertentu (“aku menikahkanmu...”)*”⁵³ Tentu cara pandang al-Ghazali tersebut dapat diperdebatkan utamanya bila ditinjau dari tujuan perkawinan. Tujuan perkawinan menurut Pasal 1 UU No. 1 Tahun 1974 adalah untuk: “...membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.”⁵⁴ Mantan Hakim Agung RI dan pemikir hukum, Yahya Harahap menafsirkan, bahwa dua tujuan hukum perkawinan tersebut dapat dielaborasi menjadi tiga hal. *Pertama*, suami-istri saling bantu membantu serta saling lengkap melengkapi. *Kedua*, masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya dan untuk pengembangan itu suami-istri harus saling membantu. *Ketiga*, tujuan terakhir yang ingin dikejar oleh keluarga bangsa Indonesia ialah keluarga bahagia yang sejahtera spiritual dan material.⁵⁵ Artinya, dari sudut pandang tujuannya, sekurang-kurangnya dari dua (atau tiga)⁵⁶ perspektif tersebut, tujuan perkawinan itu sangat “utuh:” berdimensi lahir-batin, spiritual-material; *sakinah, mawaddah warahmah*. Tampaknya terlalu simplikatif seandainya hanya bertujuan “memiliki anak/*litānāsul*”, sebab tidak sedikit pasangan keluarga, yang takdir sejarah keluarganya “harus tidak memiliki keturunan” tetapi hidup rukun mengarungi keluarga yang cukup panjang.

Tentu saja proses nalar (*legal reasoning*) yang melahirkan tujuan hukum pernikahan tersebut tak bisa lepas dari konsepsi awal (pra konsepsi) ketika makna nikah dirumuskan (*legal meaning*). Para ulama ahli fiqh berbeda pendapat mengenai hakikat nikah dan hukumnya. Kalangan ahli ushul al-fiqh (*ushūliyyin*) dan ahli bahasa (*lughawīyyin*), berpendapat bahwa redaksi/kata “nikah” berdenotasi (hakiki dalam)

makna “bersetubuh” dan berkonotasi (*majāzī*) makna “akad.” Sebaliknya, mayoritas ulama ahli fiqh termasuk empat imam madzhab (*madzāhib al-arba’ah*) kata “nikah” memiliki makna denotatif (hakikat) dalam “akad” dan berkonotasi makna “bersetubuh.”⁵⁷ Maknanya, hemat penulis, cara pandang *ahli usbul* dan ahli bahasa tersebut lebih bersifat *ta’abbudī* atau lebih dipengaruhi oleh watak dan pemenuhan kuantitatif reproduksi (*li ibqā’ jins al-insān/ li tawālūd*). Dan pada wilayah nalar seperti ini, subyektifitas nilai dari suatu pernikahan begitu tampak pada “sosok laki-laki” sebagai subyek dan perempuan sebagai obyek yang tersubordinasi (*plus* terdomestikasi) dalam sistem kerumah-tangga. Artinya “nikah” sebagai kategori “ibadah” ini memberikan peluang dan fungsi perempuan sebagai “pelayan” suami untuk memelihara sistem reproduksi. Pertanyaannya, bagaimana cara mengukur ekuivalensi nilai pernikahan ini dari tiga optik tujuan perkawinan di atas? Tentu tidak sedikit yang harus diharmonisasi.

Berbeda dengan kalangan *ushūliyyīn/ lugawīyyīn*, para *fuqahā’* tampaknya lebih rasional dalam mendefinisikan makna nikah. Bila “nikah” dipahami sebagai bentuk “akad,” artinya peluang ke arah formulasi kesetaraan antara suami-istri sangat terbuka. Mengapa? sebab salah satu karakteristik akad adalah tersedianya ruang bebas untuk memilih bagi kedua belah pihak (*al-bayy’ūni bi al-khiyār mā lam yatafarraqā*). Dengan redaksi yang lebih substantif, nikah mengharuskan adanya kerelaan antara dua pihak (*at-tarādli*) sebagai implikasi dari pengucapan *shigat* (ijab-qabul) yang sah. Jumhur ulama (minus *Hanāfiyyah*) berpendapat, bahwa pernikahan tidak sah tanpa ada kerelaan dari kedua belah pihak.⁵⁸ Menurut Wahbah Zuhailiy, pendapat *fuqahā’* ini termasuk pendapat yang “*masyhūr*” baik di dalam al-Qur’ān maupun di dalam sunnah.⁵⁹ Sementara al-Malaiybariy mengatakan “sebagai pendapat yang sah.”⁶⁰ Bahkan penulis menemukan cara berfikir seperti ini tidak hanya dikemukakan fuqaha yang eksoteris, sebagian kaum *esoteris* (ahli tasawuf) pun tidak sedikit yang berpandangan demikian. Misalnya, al-Makkiy dalam kitabnya, *Kifāyat al-Atqiyā’*, melantunkan dalam bentuk syair: “Istri-istri yang tak patuh seyogianya kau tinggalkan/ dan kau pilih membujang sebagai keutamaan.”⁶¹ Yang dimaksud “tidak patuh” dalam syair tersebut, istri tersebut tidak banyak membantu suami untuk taat kepada Allah sehingga istri demikian diakategorikan termasuk sosok pengganggu (*من جملة الشواغل*) yang karenanya harus diceraikan. Dengan mengutip pandangan Syafi’iyyah, al-Makky mempertegas pandangannya, bahwa sikap membujang dan fokus ibadah lebih

utama “sebab nikah itu termasuk kategori “hukum boleh” bukan kategori “ibadah.”⁶²” Tentu cara bernalar al-Makky ini tidak harus diletakkan dalam kerangka nalar ekstrim: kiri atau kanan (*tatharruf*) melainkan dalam konteks keseimbangan di antara ibadah semata (*tajrid*) dan etika berusaha (*asbab*) termasuk menikah sebagaimana dikemukakan Imam ‘Athaillah⁶³. Konsep keseimbangan (*al-muwāzanah*)⁶⁴ inilah barangkali yang dapat digunakan sebagai parameter “bahwa hubungan hukum” antara suami dan istri itu memberikan makna keutuhan, rasionalitas antara aspek material dan spiritual, bahagia dan kekal, *sakinah, mawaddah wa rahmah* sebagaimana yang menjadi tujuan perkawinan. Secara semantik, “hukum keseimbangan” ini dalam redaksi yang lebih populer diistilahkan para ulama disebut “masalahah.” Artinya, pelbagai frase, redaksi, terkait tujuan pernikahan akhirnya berujung pada “nilai masalahah” selama penyelenggaraan pernikahan berlangsung. Karena itu, tidak heran, kalau perbedaan prakondisi, prasyarat, dan prasarana (بحسب أحوال الناس) sebelum kedua mempelai melangsungkan pernikahan memberi warna perbedaan pada hukum suatu pernikahan mereka. “Wujud perbedaan hukum tersebut, menurut para ulama, akibat cara mereka memahami bentuk perintah “shīgat amar” dari al-Qur’ān/QS/al-Nisa:3 (فَاتَّكُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثِلَتَ وَرَبَاعَ). Sementara di antara ulama, semacam Ibnu Rusyd, berbendapat, bahwa perbedaan hukum itu karena memandang aspek “masalahah bagi kedua mempelai.”⁶⁵ Jadi, keragaman status hukum bagi para mempelai berupa: boleh (*ibāḥah*), sunnah, wajib, makruh (*karāḥah*), dan haram, tergantung kondisi dan faktor kesiapan mental dan material kedua calon mempelai.

Putusan MK Pasal 43 ayat (1) di Mata Nalar Diyānī

Sebagaimana telah diulas sebelumnya, dalam putusannya, mengenai Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974, MK menganggap bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1), Pasal 28B ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1), yang semula berbunyi: “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” harus dibaca “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”

Dalam pertimbangannya, MK menafsirkan bahwa makna “pertentangan UU dan UUD tersebut” sifatnya bersyarat (*conditionally unconstitutional*), dalam arti: dianggap inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai “menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau bukti lain menurut hukum, memiliki hubungan darah sebagai ayahnya.”

Bagaimana pandangan para ahli fiqh perihal putusan ini. Penulis mencoba memulai dari pengamatan fiqh terhadap Pasal 42 UU 1/1974 mengenai kualifikasi anak yang sah. Dalam pasal tersebut disebutkan, bahwa *anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah*.⁶⁶ Artinya, anak yang sah memiliki dua kualifikasi, yaitu: “anak yang dilahirkan dalam” perkawinan yang sah dan “anak yang dilahirkan sebagai akibat” perkawinan yang sah. Dalam *optik* nalar fiqh, kualifikasi yang kedua (*anak sah adalah anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah*) tidak problematik dan jelas. Artinya, seorang anak dipandang sah, manakala memiliki hubungan *nasab* dengan ayahnya dan dilahirkan dari pernikahan yang sah. Permasalahan tampak pada kategori pertama (anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah). Dalam kasus, ketika wanita hamil akibat perzinahan, menikah dengan laki-laki yang membuahnya, para ulama konsensus (*ittifāq*) mengenai kebolehan hukumnya. Mengenai status anaknya: Bila usia kehamilannya, saat ia menikah telah melewati waktu 6 (enam) bulan⁶⁷, maka status anak dapat dinisbahkan nasabnya kepada lelaki tersebut. Tapi kalau saat menikah, usia kehamilannya di bawah 6 (enam) bulan, maka status anak tidak dapat dinisbahkan nasabnya pada lelaki tersebut. Lain halnya, bila lelaki tersebut mengaku (*iqrār*) bahwa anak tersebut sebagai darah dagingnya, bukan akibat zina. Maka *iqrār* lelaki tersebut dapat mengokohkan (*mutshib*) status *nasab* anak tersebut, bahwa dialah sebagai ayahnya. Alasannya, sebab dimungkinkan telah terjadi akad nikah sebelumnya, atau boleh jadi akibat persetubuhan secara *syubḥa*⁶⁸ (dilakukan secara tidak sengaja/tidak disadari). Hal demikian itu dimungkinkan, tujuannya semata mencari kemaslahatan dan kehormatan.⁶⁹ Pengakuan semacam itu, menurut pendapat Ishaq bin Rahawaih, disebut *istilḥaq*.⁷⁰

Namun, pada kasus di mana laki-laki dari suami yang melahirkan tersebut diketahui bukan yang menghamilinya, ulama berbeda pendapat. Jumhur ulama memandang boleh menikahkan lelaki tersebut. Sementara sejumlah ulama lainnya, termasuk Hasan

Bashri, tidak memperkenankannya. Sumber utama perbedaan itu akibat penafsiran yang berbeda terhadap al-Qur'ān, QS al-Nur/24 ayat 3: *والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين*. Mayoritas ulama menafsirkan larangan pada ayat tersebut diarahkan pada makna “*dzamm*,” yaitu sifat tercela pelaku zina, bukan “diharamkan/*tabrim*.” Alasannya, adalah hadits riwayat Ibnu Abbas: *جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن امرأتي لا تمنع يد لامس* yang dipandang sebagai *kinayah* atau bentuk indikasi pejoratif tentang tidak terhormatnya (*adam al-'iffah*) tindakan zina. Sementara kelompok minoritas—yang melarang seseorang menikahi pelaku zina—memahami ayat tersebut sesuai zahirnya ayat, yaitu huruf “لا” sebagai “la” *li-nahyi*, larangan melangsungkan pernikahan (*li-taḥrīm*).⁷¹

Kebolehan hukum menikahi wanita zina oleh lelaki yang tidak menghamilinya, pada tataran detailnya terdapat perbedaan pendapat ulama. Abu Hanifah dan Muhammad bin Hasan berpendapat sekalipun diperbolehkan menikahi wanita zina, tapi laki-laki tersebut tidak diperkenankan melakukan hubungan seksual hingga perempuan tersebut melahirkan. Larangan *dukhul* tersebut antara lain didasarkan pada hadits: *“Barangsiapa beriman kepada Allah dan hari akhir, hendaklah orang tersebut tidak menumpahkan air spermanya di atas tanaman milik orang lain”* (H.R. Jama'ah selain Abu Hurairah). Senafas dengan pandangan Abu Hanifah adalah pendapat Malikiyah, yaitu tidak diperbolehkan menikahi orang hamil sampai dia bersih dulu (*istibra'*) berupa melewati 3 (tiga) kali masa haid atau melewati masa 3 (tiga) bulan. Hal senada pendapat Hanabilah, tidak diperbolehkan menikahi wanita hamil kecuali sudah habis 'iddah-nya. Berbeda dengan tiga imam madzhab lainnya, al-Syafi'i termasuk membolehkan pernikahan tersebut. Alasannya antara lain hadits Aisyah: *“tidak boleh mengharamkan sesuatu yang hukumnya halal.”*⁷²

Jika konsep “anak sah” dalam konvensi fiqh tersebut menjangkau anak yang lahir di dalam atau akibat perkawinan yang sah, sebagaimana dalam UU 1/1974 serta menjangkau wanita hamil yang dimungkinkan dinikahi laki-laki yang tidak menghamilinya, maka “pada tingkat tertentu” banyak kesamaan dengan hukum Perdata Barat (BW). Dalam BW, “anak sah” adalah anak yang lahir dalam perkawinan yang sah⁷³; anak luar kawin yang *diakui* dan anak luar kawin yang *disahkan*.⁷⁴ Menurut Subekti dalam penjelasannya, “pengakuan” merupakan perbuatan untuk meletakkan hubungan hukum antara anak dan orang tua yang mengakuinya. Sementara “pengesahan” hanya terjadi dengan perkawinan orang tuanya, yang

telah mengakuinya lebih dahulu atau mengakuinya pada saat perkawinan dilangsungkan.⁷⁵ Lebih lanjut Subekti menandaskan, bahwa dalam lembaga “pengakuan” termasuk pula gagasan bahwa yang diakui itu anaknya sendiri. Dikatakan “*naturlijk kind*,” anak natural, merujuk pada anaknya sendiri. Sebab, kalau anak akibat perzinahan tampaknya tidak termasuk yang dapat diakui. Karena itu, pada titik pengakuan terhadap anak di luar nikah, BW sejalan (*inline*) dengan norma hukum dalam putusan MK yang tengah kita bahas ini, karena pertimbangan hokum “aspek keperdataannya,” tidak semata *nisbah* hukum penasabannya”. Sementara kalau anak itu berasal dari hasil perbuatan zina, tampaknya terdapat perbedaan antara BW dengan putusan MK.

Dari penelusuran tersebut, secara materil, tekstual, penulis tidak (baca: belum) menemukan pandangan fuqaha yang memberikan justifikasi terhadap putusan MK yang secara substantif menisbahkan *hak keperdataan anak* (bukan *nisbah* kenasabannya) yang lahir di luar nikah, tidak hanya kepada ibunya tetapi juga kepada ayahnya. Penulis hanya menemukan sekurang-kurangnya, istilah *iqrar* dan *istilbaq* yang dikenal dalam tradisi fuqaha yang dalam pandangan ulama, *legal reasoning*-nya berbasis kemaslahatan sebagaimana diuraikan sebelumnya. Kecuali itu, dalam tradisi fiqh, kontra pengertian “anak sah” sering kita dapatkan dalam frase: anak zina (*walad al-zina*) yang hanya memiliki pertautan *nasab* dengan ibunya. Cara bernalar seperti inilah tampaknya yang diadopsi dalam Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 sebelum *judicial review* MK. Sehubungan putusan MK, secara substantif, menitik-beratkan pada hak konstitusional anak yang nyaris tak terakomodir dalam pasal 43 tersebut, maka diberikan tafsir sesuai dengan hak-hak/nilai-nilai asasi sesuai UUD Pasal 28 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1). Nilai-nilai yang tidak terakomodasi dalam Pasal 43 ayat (1) *aquo* tersebut: hak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan di bawah payung perkawinan yang sah; hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, serta terlindungi dari kekerasan dan diskriminasi; dan hak atas pengakuan, jaminan, perlindungan serta kepastian hukum secara adil dan setara di hadapan hukum.

Dengan demikian, putusan MK yang mencoba menafsirkan dan memberikan pemaknaan (*legal meaning*) hak konstitusional tersebut, dan substansinya terjabarkan dalam pasal 43 ayat (1) yang baru itu, sejalan dengan tujuan perkawinan, yaitu: berdimensi lahir-batin, spiritual-material; *sakinah, mawaddah wa rahmah* sebagaimana telah diulas sebelumnya. Nilai-nilai tersebut tak lain adalah “wajah

kemaslahatan” dalam bahasa fiqh, utamanya terkait hak-hak pengakuan, perlindungan, dan kelangsungan hidupnya (*hifdz al-nasl*) dari perspektif pengakuan “hak keperdataan anak,” yang seyogianya dia terima, bukan pokok material status hukum *nasab*-nya.

Integrasi Nalar Qadlāi dan Nalar Diyāni

Sebagai catatan akhir, penulis mencoba melihat aspek-aspek nilai atau norma yang memungkinkan secara konvergentif terjabarkan di dalam putusan MK tersebut, baik dari perspektif norma agama, hukum, tentu saja juga dari nilai-nilai atau hak-hak fundamental manusia (HAM).

Nilai-nilai yang termaktub dalam Pasal 28 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut jelas mempertegas kehadiran dan pengakuan terhadap Hak Asasi Manusia (HAM) yang pasca *judicial review* mewarnai Pasal 43 ayat (1) UU No 1 Tahun 1974 dalam bentuk pengakuan dan perlindungan terhadap anak yang lahir di luar pernikahan. Sesuai kewenangannya, hakim-hakim MK, secara progresif⁷⁶ telah berhasil melakukan ijtihad, berupa pengujian (*judicial review*) Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 terhadap UUD 1945, yang tentu tidak mudah dan tidak lumrah. Para hakim MK, meminjam istilah, Satjipto Rahardjo, dalam mengambil putusan hukum, tidak mengikuti prosedur hukum formal atau *business as usual* melainkan mempraktikkan ber hukum secara progresif, atau dalam kondisi tertentu mereka melakukan terobosan.⁷⁷

Menafsir kesadaran hukum terkait norma agama (*diyāni*), norma hukum (*qadlāi*), plus hak-hak asasi manusia (HAM) yang ada dalam Undang-Undang Dasar (UUD) jelas merupakan *crucial point* yang memerlukan ijtihad hukum yang bisa mewadahi nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum sesuai hak dan kewenangan konstiusionalitasnya. Melalui *ijtihad* yang diyakininya, hakim-hakim MK telah berhasil mengintegrasikan nilai-nilai dalam Pasal 43 ayat (1) *aquo* dengan tujuan perkawinan yang mencita-citakan terbentuknya keluarga bahagia yang kekal, yang dalam istilah Yahya Harahap, “keluarga bahagia yang sejahtera spiritual dan material”⁷⁸ atau redaksi KHI: *sakinah, mawaddah wa rahmah*. Tentu, di samping kelaikan memberikan apresiasi terhadap upaya keras MK, juga perlu memberikan catata kritis secara wajar atas upaya tersebut dari sudut pandang norma keagamaan.

Sehubungan materi *judicial review* pada putusan MK tersebut yang penulis dipandang *crucial point* atau berat (*hard cases*⁷⁹), maka tepat kalau hakim-hakim konstitusi mengikuti prosedur ber hukum

secara progresif, sebagai dikatakan Jatipto. Inilah bentuk aliran *legal realism* sebagai pilihan sikap dalam melakukan “ijtihad” di ruang pengadilan, di mana hakim melakukan *rechtsvinding*⁸⁰, “ijtihad” yang tidak hanya mengandalkan bunyi teknis undang-undang melainkan berpegang teguh juga pada hukum yang berlaku di tengah-tengah masyarakat. Inilah bentuk pemahaman dan pemaknaan hukum yang, tidak hanya menggunakan interpretasi hukum, melainkan konstruksi hukum.⁸¹ Dalam tradisi inferensi hukum Islam, tidak hanya mengambil *rasio legis* secara tekstual (العلة المنصوصة) tapi mengambil *legal reasoning* secara kontekstual melalui instrumen *ijtihad* lainnya (العلة المستنبطة). Pada tingkat ini, hukum dipahami sebagai nilai normatif yang bersumber dari kekuatan nilai agama, moral, ekonomi, kultur, kebiasaan, dan kepatutan. Kata Yahya Harahap, inilah bentuk *rule of law* dari suatu masyarakat bangsa⁸². Sehubungan kompetensi absolut dari putusan MK tersebut yang menjangkau nalar agama, hukum, dan nilai-nilai dasar lainnya, di mana pertanggungjawaban hakim yang bukan hanya secara formil kepada undang-undang, melainkan jauh lebih berat kepada Tuhan, maka mereka bukan hanya sekedar melakukan penggalian hukum berdasarkan teori *rechtsvinding* melainkan—meminjam istilah A. Qodri Azizy—*rechtsvinding plus* atau *legal realism plus*. Menurut Qodri, redaksi “plus” hendak mempertegas bobot pertanggungjawaban masing-masing hakim kepada Tuhan Yang Maha Esa.⁸³

Perspektif penilaian hakim-hakim MK dalam konteks aliran *legal realism/rechtsvinding plus* seperti itu jelas membantu mempermudah cara melihat dari *worldview* keagamaan (*ru'yat al-Islām li al-wujūd*): konvensi fiqh. Dua kata yang sering dipakai para fuqaha dalam konteks fiqh kenegaraan adalah *qadlāi* dan *diyāni* sebagaimana telah diulas pada pengantar tulisan ini.

Sebagaimana telah dikemukakan, kategorisasi *qadlāi* dan *diyāni* ini dimungkinkan akan terus berkembang sesuai dengan dinamika dan kebutuhan masyarakat. Sebuah masalah yang awalnya dipandang *qadlāi per se* pada suatu kesempatan barangkali akan dipandang sebagai *qadlāi* dan *diyāni* sekaligus. Artinya, memungkinkan terjadinya suatu integrasi dua nalar tersebutnya. Tentu saja, diskursus integrasi nalar *qadlāi* dan *diyāni* ini secara hipotetis, sangat mungkin mendapatkan justifikasi dari tradisi Islam, yaitu sepanjang mengandung nilai-nilai kemashlahatan (*conditionally usefull*). Pada titik ini, kerangka nalar hipotetis kemashlahatan ini sejalan dengan pertimbangan hukum MK yang menganggap

inkonstitusional Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Artinya, dianggap inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau bukti lain menurut hukum, memiliki hubungan darah sebagai ayahnya. Kalau dikonversi ke dalam bahasa fiqh: Pasal 43 ayat (1) *aquo* dipandang “mashlahat” manaka mengakui dan melindungi hubungan keperdataan anak di luar nikah yang nasabnya tidak hanya dinisbahkan kepada ibunya tetapi juga kepada ayahnya. Artinya, watak progresif putusan MK itu, sehubungan secara esoteris, nilai-nilai kemashlahatan anak terpenuhi. Dan norma agama sangat menjunjung tinggi nilai kemaslahatan ini.

Sebegitu urgennya nilai “kemaslahatan” dalam memberikan petunjuk bagi tatanan kehidupan baik pada tata nilai publik maupun privat. Putusan MK termasuk ranah publik dan sebagai hasil dari proses politik hukum di negeri ini. Pada aras pemikiran publik ini, “kemaslahatan” digunakan Islam sebagai *guideline* bagi pelembagaan dakwah dalam tata kenegaraan dan kebangsaan. Terbukti, salah satu konsep politik Islam sebagaimana didefinisikan Ibn Qayyim al-Jauziyah yang dikutipnya dari pandangan Abu al-Wafa Ibnu ‘Aqil berbunyi: “Politik (Islam) adalah sesuatu yang secara riil mendekatkan manusia pada kebaikan (*shalāh*) dan menghindarkan mereka dari kerusakan (*fasād*) sekalipun secara tegas tidak diatur Rasul dan wahyu.”⁸⁴ Menurut Ibn Qayyim, yang dimaksud dengan “tidak diatur oleh Rasul dan Wahyu” adalah “sepanjang siyasah tersebut sejalan dengan syara’ dan bukan karena tidak eksplisit redaksinya di dalam aturan syara’ (al-Qur’ān dan Sunnah). Begitu pula, kaidah *fiqhiyah* yang berbunyi: “tindakan seorang pemimpin terhadap rakyatnya diukur pada tingkat (*manuth*) kemashlahatannya.”⁸⁵ Redaksi al-Syafi’i dalam konteks fiqh ketatananegaraan tersebut juga sejalan dengan cara pandang al-Syafi’i dalam teori formulasi hukum Islam (*ijtihad*), yang ia sebut sebagai *al-hukm bi al-ihāthab*,⁸⁶ hukum yang komprehensif. Tentu saja, pemahaman konsep mashlahat, akan terlengkapi dengan teori *Maqāshid asy-Syari’ah* baik al-Syātibi (*ta’sīs al-ushul*)⁸⁷ maupun al-Ghazali, termasuk para pemikir hukum Islam kontemporer yang banyak menekuni pemikiran tentang penggalan (*istibān*) hukum melalui “*mashlahah al-mursalah*” dengan konsentrasi pada kemashlahatan “anak” (حفظ النسل). Dalam konteks putusan MK, proses *inferensi* hukumnya untuk mengkonstruksi status hukum anak tersebut, dapat dilihat dari keumuman ayat mengenai perlunya taat

kepada “*ulī al-amr*”⁸⁸ yang terepresentasi dalam norma hukum dari putusan MK. Ayat itu, memang tidak langsung menunjuk putusan MK, tapi memandang MK, sebagai salah satu institusi pelaku kehakiman di negara ini, yang dihasilkan melalui proses legislasi (politik hukum) wakil-wakil terbaik masyarakat bangsa ini, mengharuskan kewajiban untuk ditaati produk-produk hukumnya. Inilah “jalan tengah” yang para ulama, pada medio tahun 50-an, menyebutnya sebagai “pengakuan *dlarūri*,” atas eksistensi sejarah ketatanegaraannya yang dihuni mayoritas penduduknya beragama Islam. Penulis menyebutnya “jalan tengah” sehubungan sifat “ijtihad kenegaraan” jenis ini belum memenuhi kualifikasi dan persyaratan sepenuhnya sebagai “negara Islam”. Oleh karena itu, para ulama pada konferensi tahun 50-an itu—sebagai sudah diulas di awal pengantar tulisan ini—menyebutnya sebagai: “*walīy al-amr adl-dlarūri bi asy-syaukah*.”

Singkat kata, yang hendak dikatakan di sini, bahwa secara hipotetis, *legal reasoning* dalam putusan MK tersebut, pada kadar tertentu, dapat memiliki nilai persenyawaan dengan norma agama pada “aspek pengakuan hubungan keperdataannya,” yang sudah barang tentu berbeda dengan *nisbah* hubungan kenasabannya. Sudut pandang ini, penulis anggap “jalan tengah kemaslahatan” sebab putusan MK ini memberikan pengakuan terhadap keberlangsungan hak keperdataan anak dikemudian hari, sebagai bentuk pemeliharaan terhadap eksistensi nilai-nilai kemanusiaan (*hiḍāḥ al-nasī*). Tentu saja, kemungkinan integrasi norma agama, hukum dan nilai-nilai hak asasi manusia ini, dapat memberikan perspektif bagi pengembangan hukum dalam konteks berbangsa dan bernegara. Sehingga, kalau dulu ada salah seorang guru besar yang mengkritik sistem hukum termasuk perdata yang disebutnya sebagai “hukum perdata hibrida”⁸⁹, tak ketinggalan terdapat ahli pemikiran keislaman juga mengklaim adanya Islam hibrida,⁹⁰ semoga putusan MK tersebut memberikan inspirasi, bahkan solusi terhadap penataan konsep pluralism hukum, keadilan hukum beserta penegakannya di bumi Indonesia, dan tentu saja sebagai bagian dari jawaban terhadap sejenis kekhawatiran guru-guru besar tersebut.

Catatan Akhir:

**Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 ini diajukan para pemohon pada tanggal 10 Juni 2010 dan diputus oleh 9 (sembilan) Hakim MK pada Rapat

Tanggal 12 Februari 2012 dan dibacakan dalam Sidang Terbuka pada Tanggal 17 Februari 2012. Lebih detail dijelaskan dalam sub tema "Review Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 dalam tulisan ini.

¹ Ziya Gokalp, dalam Niyazi Berkes, *Turkish Nationalism and Western Civilization*, (New York: Columbia University Press, 1959), h. 200.

² Mushthafa Ahmad Al-Zarqa dalam *al-Madkhal al-Fiqh al-'Am*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1966-67), h. 58-59

³ Wahbah Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, (Dar al-Fikr: 2004), Vol. 1, Cet. ke 4, h. 147

⁴ Dalam redaksi Wahbah: *إن الأحكام الدينيّة تبنى على النوايا والوقائع والحقيقة وأما الأحكام القضائيّة فتبنى على ظاهر الأمر ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر* *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Musthafa al-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqh al-'Am*. h. 58

⁷ *Ibid.*

⁸ Ali Haidar, Disertasi Ali Haidar, (Pascasarjana IAIN Jakarta, 1991), h. 367

⁹ Pada tahun 2004, penulis pernah mengangkat tulisan sejenis ini, dengan tema "Fiqh Politik NU: Akar-akar Kelahiran Konsep Waliy al-Amr al-Dlaruriy bi al-Syaukah", *Jurnal Tashwir al-Afkar*, Lakpesdam NU, Edisi Oktober –November 2004

¹⁰ Emle Tyan, *Histoire de L' Organisation Judiciaire en Paysd' Islam* (Sejarah Susunan Peradilan di Negara-negara Islam) sebagaimana dikutip Daniel S. Lev, *Peradilan Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT Intermasa, 1986) cet. Ke-2, h. 68.

¹¹ Perdebatan menarik seputar labelisasi gelar ini dapat dilacak dalam harian Kompas pada tahun 1982-an. Misalnya, Gus Dur dalam tulisannya menawarkan pemikiran, "Dapatkah secara keagamaan dibenarkan adanya wewenang para penghulu yang menikahkan/menceraikan/merujukkan dengan mempergunakan patokan keagamaan? Dan seterusnya. Maka, kemudian muncullah respons yang menolak gagasan yang ditawarkan Gus Dur itu. Antara lain ditulis oleh Fachry Ali dan Ridwan Saidi. Pada pihak lain terdapat polemik yang cukup menarik di dalam Majalah Panji Masyarakat antara lain dapat dibaca dalam: tulisan A. Dahlan Ranuwiharjo, No. 357: "Mengapa Presiden Sukarno Diangkat Waliyul Amri?", Ivo Mardiah, No. 452-XXVI: "Waliyul Amri al-Dharuri bi al-Syauqati: Antara Fakta Historis dan Politik"; H. Zaini Ahmad Noeh, No. 456 Tahun 1985 dengan judul yang sama dengan Ivo Mardiah: "Waliyul Amri Dlaruri Bissyaukah, Antara Fakta Historis dan Politik".

¹² Lihat, Ali Haidar, *Op.Cit.* h. 368

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Uraian seputar ini dapat dibaca dalam Zaini Ahmad Noeh, Pengantar Buku Daniel S. Lev *Pengadilan Islam di Indonesia*, h. 2. Bahkan para ulama klasik pun memberi nama yang beragam terhadap istilah *ahl al-hall wa al-'aqd* ini. Ibnu Taymiyah menamakannya sebagai *ahl al-ryaukah*, al-Mawardi menamakainya sebagai *ahl al-ikhtiar*, ada lagi yang menamakan *ahl al-syura* dan seterusnya.

¹⁵ Menurut laporan Tahunan Departemen Agama, sebagai dikutip Ali Haidar, Konferensi diselenggarakan pada tanggal 3-7 Maret 1954. Sehari sebelumnya diselenggarakan pertemuan pendahuluan di Jakarta dan penutupan di tempat uang sama. Ulama yang diundang berasal dari 13 daerah di Indonesia, hadir

20 orang dan tidak hadir 18 orang. Pertemuan pendahuluan dihadiri 11 orang utusan, 6 orang dari Partai Perti, 3 orang dari NU, dan 2 orang dari Muhammadiyah. *Ibid*

¹⁶ Dawam Raharjo, "Ulil Amri," dalam *Jurnal Ulumul Qur'an*, No. 2, Vol. IV, Th. 1993, h. 26

¹⁷ Uraian yang lebih tuntas dapat dibaca dalam: Zaini Ahmad Noeh, "Waliyul Amri Dlaruri Bissyaukah: Antara Fakta Historis dan Politis", *Panji Masyarakat*, Th. 1985, No. 456, h. 63-65

¹⁸ Ali Haidar, *Op.Cit.* h. 372

¹⁹ Zaini Ahmad Noeh, "Waliyul Amri...", h. 63

²⁰ Diputuskan dalam Rapat Musyawarah Hakim Konstitusi pada Tanggal 13 Februari 2012 dan diucapkan secara terbuka dalam Sidang Pleno Hakim Konstitusi pada Tanggal 17 Februari 2012. *Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010*, h.37

²¹ Beberapa argumen Soepomo dalam menegaskan usulan Yamin tersebut antara lain: (i) konsep dasar yang dianut dalam UUD yang tengah disusun bukan konsep pemisahan kekuasaan (*separation of power*) melainkan konsep pembagian kekuasaan (*distribution of power*); selain itu (ii) tugas hakim adalah menerapkan undang-undang bukan mengujinya; dan (iii) kewenangan hakim untuk menguji undang-undang bertentangan dengan konsep supremasi Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR). Lihat, Anonim, *Profil Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Sekjen dan Kepaniteran MK, 2010), h. 1-2

²² *Ibid*, h. 8 Juga lihat, Soedarsono, SH, "Sewarsa Berjubah Merah", dalam Refly Harun, Zainal A.M. Husein, Bisariyadi, eds., *Menjaga Denyut Nadi Konstitusi: Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konsitusi*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2004), h 119-120

²³ Perubahan Pertama UUD 1945 tahun 1999 yang salah satu paradigmanya mengalami perubahan adalah perihal prinsip pebagian kekuasaan ke pemisahan kekuasaan yang menyebabkan struktur ketatanegaraan menjadi berubah; Perubahan Kedua tahun 2000 yang mengadopsi nilai-nilai HAM lebih kuat; Perubahan Ketiga tahun 2001 yang mengubah pemilihan presiden secara langsung; dan Perubahan Keempat tahun 2002 dengan perubahan. .

²⁴ Anonim, *Pofil Mahkamah Konstitusi*, h. 8

²⁵ M.H. Laila Marzuki, "Pengaduan Konstitusional (*Constitutional Complaint*)", sebuah Gagasan Cita Hukum, dalam Refly Harun, Zainal A.M. Husein, Bisariyadi, eds., *Menjaga Denyut Nadi Konstitusi*, h. 27-28

²⁶ Lihat Pasal 10 ayat (1) huruf a), b), c), dan d), dan ayat (2) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

²⁷ Lembar pertama sejarah praktik pengujian undang-undang (*judicial review*) ini bermula di Mahkamah Agung/MA (*Supreme Court*) Amerika Serikat saat dipimpin John Marshall dalam kasus *Marbury vs Madison* (1803). Walaupun saat itu, Konstitusi Amerika Serikat tidak mengatur kewenangan mengenai *judicial review* kepada MA, namun dengan menafsirkan substansi sumpah jabatan yang mengharuskannya untuk senantiasa menegakkan konstitusi, Marshall menganggap MA berwenang menyatakan bahwa suatu undang-undang bertentangan dengan konstitusi sehingga perlu dilakukan *review*. Berbeda dengan pengalaman historis, dari sudut nalar teoritis, MK baru hadir saat diintrodusir salah seorang pakar hukum asal Austria, Hans Kelsen (1881-1973), pada tahun 1919. Kata Kelsens,

pelaksanaan konstitusional tentang legislasi secara efektif dapat dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji: apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak, dan tidak memberlakukannya jika menurut organ ini tidak konstitusional. Untuk kepentingan tersebut, diperlukan organ khusus yang disebut *constitutional court*. Baca, Anonim, *Profil Mahkamah Konstitusi*, h.1

²⁸ Benny K. Harman, "Peranan Mahkamah Konstitusi dalam Mewujudkan Reformasi Hukum" dalam Refly Harun, Zainal A.M. Husein, Bisariyadi, eds., *Menjaga Denyut Nadi Konstitusi*, h. 222

²⁹ Soerjono Soekanto dan Pudji Santoso, *Kamus Kriminologi*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988), h. 54

³⁰ Benny K. Harman, "Peranan Mahkamah Konstitusi," h. 235

³¹ Bunyi Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan: "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan".

³² Yang berbunyi: "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah."

³³ Yang berbunyi: "Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi."

³⁴ Keputusan MK *a quo*, h. 4

³⁵ Yang berbunyi: "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya."

³⁶ Yang berbunyi: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum."

³⁷ Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Mr. Oetarid Sadino, (Pent.), "Inleidng tot de Studie van Het Nederlandse Recht", (Jakarta: Noordhoff-kaff, 1958) Cet. Ke-IV, h. 13

³⁸Teori etis (*etische theorie*) menyatakan bahwa hukum mengabdikan semata-mata bertujuan mewujudkan keadilan. Kelemahan teori ini, peraturan tidak mungkin dibuat untuk mengatur setiap orang dan setiap kasus, tetapi dibuat untuk umum, yang sifatnya abstrak dan hipotesis.

³⁹Teori utilitis (*utilities theorie*), hukum bertujuan mewujudkan semata-mata apa yang bermanfaat, berfaedah, dan kebahagiaan sebanyak-banyaknya. Kelemahannya, hanya memperhatikan yang umum-umum, dan terlalu individualistik, sehingga kurang memperhatikan perasaan hukum.

⁴⁰ Menurut Bellefroid, isi hukum harus ditentukan menurut dua asas: yaitu keadilan dan faedah. Utrecht berpendapat, hukum bertugas menjamin adanya kepastian hukum. Untuk melengkapi ulasan ini, penulis kutip pendapat Prof. Dr. Ahmad Ali, SH, yang merujuk *triangular concept* dari Werner Menski: "Saya sendiri jelas tidak mendukung pendapat yang menyatakan bahwa hukum hanyalah semata-mata untuk mewujudkan keadilan, karena bagaimana pun, nilai keadilan selalu subjektif dan abstrak. Saya setuju, andaikata pun kita harus mengikuti perspektif tujuan hukum Barat ini, maka seyoginyalah jika keadilan bersama-sama dengan kemanfaatan dan kepastian hukum, dijadikan tujuan hukum yang prioritas, sesuai kasus *in concreto*." Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, (Jakarta: Kencana Prenada Group, 2009), Vol.I, Cet ke-2, h. 223

⁴¹ Putusan MK *a quo*, h. 15

⁴² Ibid, h. 27

⁴³ Ibid, h. 22

⁴⁴ Ibid, h. 28

⁴⁵ Putusan MK *a quo*, h. 33

⁴⁶ Penjelasan UU 1/1974 tersebut berbunyi: "...bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan."

⁴⁷ Putusan MK *Op.Cit*, h.33

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ Ibid, h. 35

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid, h.36-37

⁵² al-Gazali, *Ihya' Ulum ad-Din* (Semarang: Maktabah Usaha Keluarga, tt.), Vol. II, h. 25. Menurut al-Ghazali, nikah memiliki lima faidah, yaitu: kehadiran anak, meningkatnya libido/syahwat, penataan keluarga, memperbanyak cakupan keluarga, dan fungsi pengendalian nafsu. Dalam redaksi al-Ghazali: وفيه فوائد خمسة: الولد وكثرة الشهوة وتدبير المنزل وكثرة العشرة ومجاهدة النفس بالقيام بهن

⁵³ Zainuddin al-Malaybary, *Fath al-Mu'in*, (Surabaya: Maktabah Shahabiah ilmu, tt), h. 97-98. Redaksi aslinya: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج وهو حقيقة في: العقد مجاز في الوطاء على الصحيح Hal menarik dalam pandangan al-Malaybary ini, sebab berpandangan bahwa nikah secara linguistik bermakna hakiki dalam akad dan alegoris (*majazi*) untuk pengertian "bersetubuh", dan diklaim sebagai pandangan yang sah.

⁵⁴ Bandingkan dengan tujuan perkawinan dalam Pasal 3 Inpres No. 1 Tahun 1991 KHI, yaitu: "Perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang *sakinah, mawaddah, dan rahmah*."

⁵⁵ Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, (Medan: Zahir Trading, 1975), h. 10

⁵⁶ Pandangan UU 1/1974; Inpres 1/1991; dan pendapat Yahya Harahap

⁵⁷ Wahbah Zuhaili, *Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, (Damaskus: Dar al-Fikr, 2004), Cet. ke4, Vol. 9, h. 6514-6515. Bahkan menurut al-Zamakhshary, sebagai dikutip Wahbah, di dalam al-Qur'an tidak pernah termaktub kata "nikah" bermakna "bersetubuh/*wathiy*" kecuali hanya dalam satu surat, yaitu QS al-Baqarah/230, yaitu: حتى تنكح زوجا غيره. Penafsiran demikian itu didasarkan pada hadits *Shahibain*: حتى تنكح عسلته

⁵⁸ Wahbah Zuhaili, Ibid, h. 6569. Bahkan menurut Wahbah, *al-ridla* dan *ikhtiar* merupakan merupakan syarat shah pernikahan nomor empat dari 10 (sepuluh) yang dipersyaratkan, yaitu: 1) *Mahaliyyah al-far'iyah* (calon istri bukan mahram baik *mu'at* maupun *syubhat*); 2) *Shighat* harus *muabbadah*; 3) *Syahadah*; 4) *al-Ridla wa al-Ikhtiyar min al-'aqidain*; 5) *Ta'yin al-Zaujain*; 6) *'Adam al-Ihram*; 7) *Shadaq*; 8) *'Adamu Tawathu al-zauj ma'a syuhud 'ala kitman al-zawaj*; 9) *An la yakun abad al-zaujain maridlan maradlan makhufan*; 10 *Hudhur al-Wali*.

⁵⁹ Ibid. h. 6515

⁶⁰ Lihat, Zainuddin al-Malaibairy, *Op.Cit.* h. 98. Lihat teks aslinya dalam catatan kaki no. 53

⁶¹ Sayyid Bakriy al-Makky, *Kifāyah al-Atqiyā wa Minhāj al-Ashfya*, (Surabaya: Maktabah Ahmad bin Sa'id bin Nabhan, tt.), h. 22. Teks Sya'imya: واترك من الأزواج من ما ساعدت * في طاعة واختار عزوبا فاضلا

⁶² Dalam redaksi al-Makky: فمذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه أن العزوب والمراد به التخلي للنواقل أفضل لأن النكاح عنده من المباحات لا من العبادات. Penjelasan serupa dapat dilihat dalam Wahbah Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami*, *Op.Cit.* h. 6519: "*al-Zawāj 'ind al-Syāfi'yyah min al-A'māl al-dunyāwiyyah ka al-bai' wa nahwih; Wa-huwa laisa min al-'ibādah*". Alasannya, karena al-Syāfi beranggapan, bahwa "nikah itu sekedar pemenuhan nafsu, sementara 'ibadah semata untuk Allah. Karenanya bertindak karena Allah lebih utama ketimbang sekedar memenuhi hajat nafsu"

⁶³ 'Athallah Shahib al-Hikam, *Syarh al-Hikam*, (Ttp: Syirkah Nur Asia, tt.) Vol. 1., h. 4.

إرادتك الجريد مع إقامة الله إياك في الأسباب من الشهوة الخفية وإرادتك الأسباب مع إقامة الله إياك في التجريد انحطاط من الهمة العلية

⁶⁴ Dalam bahasa Al-Qur'an: QS al-Rahman:55/7: "Allah meletakkan hukum keseimbangan:" ووضع الميزان"

⁶⁵ Ibnu Rusyd, *Bidayah al-Mujtahid wa Nihayah al-Muqtashid*, (Semarang: Thaha Putera, tt.) Vol. 2., h. 2 Dalam redaksi Ibnu Rusyd: "إنه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه وفي حق بعضهم مباح فهو إلتقاب إلى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل"

⁶⁶ Pasal ini juga sama dengan Pasal 99 huruf a. Inpres No. 1 Tahun 1991 tentang KHI, bahwa anak sah adalah: *Anak yang dilahirkan dalam akibat perkawinan yang sah*; dalam Pasal 99 huruf b. anak sah juga merupakan: *Hasil pembuahan suami istri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh istri tersebut.*

⁶⁷ Angka 6 (enam bulan) tersebut didapat dari kumulatif lamanya masa mengandung dan menyapih selama 30 (tiga puluh) bulan sebagaimana dalam Surat al-Ahqaf ayat 15, dikurangi batas maksimal menyapih 2 tahun (24 bulan). Jadi masa hamil minimal, sekurang-kurangnya 6 bulan (hasil pengurangan waktu mengandung/menyapih (30 bulan) dikurangi masa menyapih minimal (24 bulan). Artinya, sekurang-kurangnya, bayi membutuhkan waktu untuk dapat hidup 6 bulan (30-24 bulan) di dalam kandungan. Ahmad Rafiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Press, 1998), h. 224

⁶⁸ Terdapat sejumlah pembagian *syubhat* dari para ulama: ada *syubhat* dalam *aqad* atau *fi al-fail*/pelaku ada dalam caranya (*thariq*) ada pada mahalannya. Menurut al-Jurjani, *Syubhat* adalah sesuatu hukum yang tidak dapat diyakini kualifikasi dalilnya: halal atau haram (ما لم يتيقن كونه حراما أو حلالا). Lebih lanjut, ia membagi: *Syubhat fi al-fi'li*, *syubhat fi al-mahal*, dan *syubhat al-milk*. *Syubhat fi al-fi'li* adalah apa yang diduga kuat bukan sebagai dalil dianggap dalil, semacam menduga bolehnya menyeturahi budak perempuan milik ayahnya. *Subhat fi-al-al-mahal* adalah apa yang yang dijadikan dasar berdalil ternyata tidak menghilangkan substansi keharamannya. Sementara *Syubhat al-milk* adalah semisal mengira bahwa perempuan yang didukhul tersebut istrinya, ternyata bukan. Ali bin Muhammad Al-Jurjani, *al-Ta'rifat*, (Jeddah: al-Haramain, tt), h. 124-125

⁶⁹ Dalam redaksi Wahbah Zuhailiy: إن هذا الإقرار بالولد يثبت به نسبه منه لاحتمال عقد سابق أو دخول بشبهة حملا لحال المسلم على الصلاح وسترا على الأعراض. Wahbah Zuhailiy, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, Op.Cit, Vol.9, h.6648

⁷⁰ Lihat, Azhar Basyir, "Corak Lokal dalam Hukum Positif Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum*, (Jakarta: Ditbinpapera Depag, 1994), No. 13/Tahun V, h.33

⁷¹ Wahbah Zuhailiy, *Fiqh al-Islami wa Adillatuh*

⁷² HR. Ibnu Majah dari Ibnu Umar dan Baihaqi. Ulasan lebih lengkap, baca Wahbah Zuhailiy, *Ibid*.

⁷³ Bunyi dalam BW: "Anak yang dilahirkan atau dibesarkan selama perkawinan, memperoleh suami sebagai bapaknya." Lihat, Kitab Undang-undang Hukum Perdata Bab XII (Bebapakan dan Asal Usul Keturunan Anak-anak) Bagian 1 Pasal 250.

⁷⁴ Dalam BW bagian 2 (Pengesahan Anak-anak Luar Kawin), Pasal 272, tertulis: "Anak di luar kawin, kecuali yang dilahirkan dari perzinahan atau penodaan darah, disahkan oleh perkawinan yang menyusul dari bapak dan ibu mereka, bila sebelum melakukan perkawinan mereka telah melakukan pengakuan secara sah terhadap anak itu, atau bila pengakuan itu terjadi dalam akta perkawinannya sendiri."

⁷⁵ Prof. R. Subekti, SH., *Perbandingan Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1987), Cet. Ke-8., h. 21

⁷⁶ Menurut Satjipto Rahardjo, penegakan hukum progresif adalah cara hakim dalam melakukan penegakan hukum dengan menggunakan hati nurani: tidak semata-mata mengeja pasal dalam undang-undang, tetapi mencoba membebaskan diri dari situ dengan merasakan kebutuhan, penderitaan dan keinginan masyarakat. Satjipto menyebutnya *the concience of the law*, hukum dengan nurani. Satjipto Rahardjo, dalam *Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia*, (Jakarta: HuMa/The Ford Foundation, 2007), h. 60

⁷⁷ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010), Cet. Ke-1, h. 82-83

⁷⁸ Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, h. 10

⁷⁹ Hard Cases, *cases that produce decisions deviating from the true principles of law in order to meet the exigencies presented by the extreem hardship of one party*. Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, (Newyork: Baron's Educational Series Inc., 1991), h. 215

⁸⁰ Menurut Soeroso, apabila dijumpai perkara di pengadilan, maka hakim melakukan tindakan-tindakan berikut: 1) Ia menepatkan perkara dalam proporsi yang sebenarnya; 2) Kemudian ia melihat pada undang-undang: a) apabila undang-undang menyebutnya, maka perkara diadili menurut undang-undang; b) apabila undang-undangnya kurang jelas, ia mengadakan penafsiran; c) apabila ada ruang-ruang kosong, hakim mengadakan konstruksi hukum, *rechtsverfijning* atau *argumentum acontrario*; 3) Di samping itu, hakim juga melihat jurisprudensi dan dalil-dalil hukum agama, adat dan sebagainya yang berlaku di dalam masyarakat. R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2001), h. 92-93 Menurut, Kansil

⁸¹ Ahmad Ali menjelaskan pengertian interpretasi dan konstruksi sebagai metode penemuan hukum demikian yang ia kutip dari pendapat L.B. Curzon sebagai berikut: "...The process of interpreting a statute from that of constructing a statute. Interpretation refers generally to the assigning of meaning to words in a statute; constructions refers to the resolving of ambiguities, obscurities, and uncertainties in statute." Lebih dari itu, menurut Ahmad Ali, yang tergolong ke dalam konstruksi adalah: *argumentum*

penganalogian (analogi), argumentum a contrario, rechtsverwijning (pengkongkretan hukum), dan fiksi. Sekalipun Ahmad Ali memasukkan empat metode tadi ke dalam “konstruksi”, tapi Prof. Sudikno memasukkannya sebagai kriteria metode argumentasi. Lihat, Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2008), Ed. 2, h. 122-123

⁸² Yahya Harahap, *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama*, (Jakarta: Pustaka Kartini, 1997), Cet. Ke-3, h. 70

⁸³ A. Qodri Azizy, *Eklektisime Hukum Nasional: Kompetisi antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (Yogyakarta: Gama Media, 2002), h. 214-215

⁸⁴ Ibnu Qayyim al-Jauziyyah, *al-Thuruq al-Hukmiyyah fi al-Siyasah as-Syar'iyyah*, (Suabaya: Rabithah al-Ma'ahid al-Islamiyyah, tt.), h. 13. Redaksinya: ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى

⁸⁵ Jalaluddin al-Suyuthi, *Aybah wa al-Nadzâr*, (Indonesia: Syirkah Nur Asia, tt.), h. 83. Kata al-Syatibi: هذه الشريعة وضعت لتحقيق مقاصد الشارع في قيام مصالحهم في الدين والدنيا معا

⁸⁶ Imam al-Syafi'i, *al-Risâlah*, (Beirut: Maktabah al-'Imiyyah, tt.), h. 478

⁸⁷ Abû Ishaq al-Syâtibi, *al-Muwâfaqât fi Usûl al-Syar'ah*, (Kairo: Mustafâ Muhammad, tt.), h. 6

⁸⁸ Lihat QS: Annisa/4:59, yang berbunyi: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اطِيعُوا اللَّهَ
وطليعو الرسول وأولي الأمر منكم

⁸⁹ Menurut Prof. Dr. Bustanul Arifin, SH., konon kabarnya, Prof. Dr. H. Koesnoe, SH (almarhum), setelah mengamati kondisi hukum perdata yang rancu, beliau berkata, bahwa hukum perdata di Indonesia ini termasuk “hukum perdata hibrida.” Bahkan, tandas Bustanul, Guru Besar UGM, Prof. Mr. Koesoemadi (almarhum), pada tahun 1952 menunjukkan keheranannya: kenapa dalam masyarakat Indonesia yang telah merdeka, masih ada 3 mimbar kuliah hukum perdata di Perguruan Tinggi, yaitu: BW, hukum perdata Adat, dan hukum perdata Islam. Saran beliau: Seharusnya cukup satu mimbar kuliah yang dipegang oleh seorang guru besar yang menguasai ketiga sistem hukum perdata itu, agar suatu saat di Indonesia hanya berlaku satu sistem hukum perdata, yaitu hukum perdata Indonesia. Bustanul Arifin, *Masa Lampau yang Belum Selesai: Perkiraan Pikiran tentang Hukum dan Pelaksanaannya*, (Jakarta: OC. Kaligis & Associates, 2007), h. 99

⁹⁰ Bukan kebetulan, Nurcholish Madjid, salah seorang pemikir keislaman di negeri ini, pernah menulis salah satu artikel “Islam sebagai Agama Hibrida,” yang disiapkan saat Orasi Ilmiah di TIM Jakarta tahun 2001. Sekalipun, istilah “hibrida” di sini ditempatkan Cak Nur dalam konteks kebudayaan Islam. Katanya, “Budaya Islam bersifat amalgam, atau hibrida dari berbagai budaya. ... Yang murni Arab tidak ada. Di dalam Alquran banyak sekali bahasa-bahasa lain. Menurut seorang ulama Arab yang hidup 1100 tahun lalu, dalam bukunya *Al-Mu'arrab*, banyak sekali istilah-istilah yang sangat sentral dalam Islam yang berasal dari bahasa lain. Misalnya *shirath*, *al-shirath al-mustaqim*, jalan yang lurus. *Shirath* ternyata dari Bahasa Latin “strada”. Juga *al-qisth* (keadilan). *Qisth* ternyata berasal dari bahasa Yunani, yang setelah diadopsi ke dalam bahasa Inggris menjadi *just*, sebab perubahan dari Q ke G atau J itu biasa. Maka *qisth* itu adalah *just* dalam Bahasa Inggris. *Qisthash* itu adalah *justice*. Jadi jangan dikira bahwa bahasa Arab dalam Alquran itu semuanya Arab murni,” tandasnya.

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, Vol.I, Jakarta: Kencana Prenada Group, 2009
- , *Menguak Tabir Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2008
- Asshiddiqie, Jimly, *Pengujian Undang-undang*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006
- Ahmad Rafiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Press, 1998
- Akbar, Asep Opik, *Fiqh Politik NU: Akar-akar Kelahiran Konsep Waliy al-Amr al-Dlaruriy bi al-Syaukah*”, *Jurnal Tashwir al-Afkar*, Lakpesdam NU, Edisi Oktober –November 2004
- al-Ghazali, Muhammad bin Muhammad, *Ihya Ulûm al-Dîn*, Semarang: Maktabah Usaha Keluarga, tt, Vol. II
- Al-Hikam, ‘Athailah Shahib, *Syarh al-Hikam*, Ttp: Syirkah Nur Asia, tt. Vol. 1
- al-Jauziyyah, Ibnu Qayyim, *al-Thuruq al-Hukmiyyah fi al-Siyasah al-Syar’iyyah*, Surabaya: Rabithah al-Ma’ahid al-Islamiyyah, tt.
- al-Jurjani Ali bin Muhammad, *al-Ta’rifat*, Jeddah: al-Haramain, tt.
- al-Makky, Sayyid Bakriy, *Kifāyah al-Atqiyā wa Minhāj al-Ashfiyā*, Surabaya: Maktabah Ahmad bin Sa’id bin Nabhan, tt
- al-Malaybary, Zainuddin, *Fath al-Mu’in*, Surabaya: Maktabah Shahabah ilmu, tt.
- al-Suyuthi, Jalaluddin, *Asybah wa al-Nadzâir*, Indonesia: Syirkah Nur Asia, tt.
- al-Syâtibi, Abû Ishaq, *al-Muwâfaqât fi Uşûl al-Syar’i’ah*, Kairo: Mustafâ Muhammad, tt.
- Al-Zarqa, Mushthafa Ahmad, *al-Madkhal al-Fiqh al-‘Am*, Beirut: Dar al-Fikr, 1966-67
- Anonim, *Profil Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekjen dan Kepaniteran MK, 2010.
- Azizy , A. Qodri, *Eklektisime Hukum Nasional: Kompetisi antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, Yogyakarta: Gama Media, 2002.

-
- Bustanul Arifin, *Masa Lampau yang Belum Selesai: Periklanan Pkiran tentang Hukum dan Pelaksanaannya*, Jakarta: OC. Kaligis & Associates, 2007
- Dawam Raharjo, *Ulil Amri*, dalam *Jurnal Ulumul Qur'an*, No. 2, Vol. IV, Th. 1993
- Gifis, Steven H., *Law Dictionary*, Newyork: Baron's Educational Series Inc., 1991.
- Gokalp, Ziya, dalam Niyazi Berkes, *Turkish Nationalism and Western Civilization*, New York: Columbia University Press, 1959
- Harahap, Yahya, *Hukum Perkawinan Nasional*, Medan: Zahir Trading, 1975
- , *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama*, Jakarta: Pustaka Kartini, 1997, Cet. Ke-3.
- Harun, Refly, Zainal A.M. Husein, Bisariyadi, (ed.), *Menjaga Denyut Nadi Konstitusi: Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konsitusi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2004.
- Ibn Rusyd, *Bidayah al-Mujtahid wa Nihayah al-Muqtasbid*, Semarang: Thaha Putera, tt., Vol. 2
- Imam al-Syafi'i, *al-Risalah*, Beirut: Maktabah al-'Imiyyah, tt.
- Lev, Daniel S. dalam *Islamic Courts in Indonesia: A Study in Political Bases of Legal Institution*, Edisi bahasa Indonesia: *Peradilan Islam*, Jakarta: PT Intermedia, 1986, Cet. Ke-2.
- Madjid, Nurcholish, *Islam sebagai Agama Hibrida*, Makalah Orasi Ilmiah Taman Ismail Marzuki, Desember 2001.
- Noeh, Zaini Ahmad, "Waliyul Amri Dlaruri Bissyaukah: Antara Fakta Historis dan Politis" *Panji Masyarakat*, Th. 1985, No. 456.
- R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2001.
- R. Subekti, SH., *Perbandingan Hukum Perdata*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1987, Cet. Ke-8.
- Rahardjo, Satjiptio, dalam Donny Donardono, (ed.) *Wacana Pembabaruan Hukum di Indonesia*, Jakarta: HuMa/The Ford Foundation, 2007
-

-----, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2010, Cet. Ke-1.

Soekanto, Soerjono dan Pudji Santoso, *Kamus Kriminologi*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988

Zuhailiy, Wahbah, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, Dar al-Fikr: 2004, Vol. 1, 5, dan 9 Cet. ke 4.

Perundang-undangan:

Undang-undang Republik Indonesia Tahun 1945 (Amandemen 4);

Undang-undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Niniek Suparni, (Pen.), Andi Hamzah (Ed.), (Jakarta: Rineka Cipta, 1991), Cet.ke-1