

TRAINING TINGKAT LANJUT
RULE OF LAW DAN HAK ASASI MANUSIA
BAGI DOSEN HUKUM DAN HAM
Jakarta, 3-6 Juni 2015

MAKALAH PESERTA



HUKUM PERDATA ISLAM DI INDONESIA DAN HAK ASASI MANUSIA

Oleh:
Dr. Moh Sholeh

HUKUM PERDATA ISLAM DI INDONESIA DAN HAK ASASI MANUSIA

Oleh: Dr. Moh Sholeh¹

Membicarakan konsep hukum perdata Islam, baik disandingkan lebih-lebih dibandingkan dengan konsep Hak Asasi Manusia (HAM), memiliki daya pikat dan daya gugat yang kuat. Hal ini sebab, baik hukum perdata Islam maupun konsep HAM, hadir di Indonesia bukan dari rahim bumi Nusantara. Hukum perdata Islam, berawal dari konsep fiqh Islam yang berbasis syariat. Sementara konsep HAM berasal dari pergulatan tradisi, pengalaman dan pemikiran Barat, terkait martabat manusia. Makalah berikut mencoba mendudukkan dua konsep hukum ini secara konseptual, teoritik dan historis. Makalah tidak menyajikan bahasan yang bersifat empiris.

A. Konsep HAM

1. Definisi HAM

Hak Asasi Manusia dalam definisi sederhana dipahami sebagai hak yang dimiliki setiap orang sebagai manusia, yang dimiliki sejak lahir, dan tidak diberikan oleh pihak lain.² Ada sejumlah definisi lain tentang HAM yang menandakan luasnya spektrum HAM. Definisi tersebut saling melengkapi dan bisa pula dilihat sebagai ekspresi dari perdebatan apakah HAM universal (*universalist theory*) atau particular (*relativism theory*).³

Diantara definisi-definisi tentang HAM, adalah HAM versi Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM), “bahwa semua orang dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak-hak yang sama.”⁴ Sedang Undang-undang Republik Indonesia No 39/1999 mendefinisikan HAM dengan “seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum dan Pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.”⁵

¹ Penulis adalah Dosen Pascasarjana Institut Agama Islam “Sunan Giri” Ponorogo

² Andang L Binawan, *Problematika filosofis Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Pusham UII 2001).

³ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki dan Eko Riyadi (ed), *Hukum Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008), hal; 19-20

⁴ Pasal 1 Deklarasi Unversal HAM, naskah lengkap Deklarasi HAM, baik dalam bahasa Inggris dan terjemahannya dalam bahasa Indonesia tersedia pada lampiran

⁵ Pasal 1 UU No 39/1999 tentang HAM

Deklarasi Cairo yang merupakan manifesto HAM dalam Islam memaknai HAM dengan: “hak-hak dasar dan kebebasan menurut Islam yang merupakan bagian integral dari agama Islam dan tidak ada yang berhak menghapuskan sebagai masalah prinsip, baik secara keseluruhan atau sebagian atau melanggar atau mengabaikan.”⁶ Buku *Islam, HAM dan Keindonesiaan* terbitan Ma’arif Institute, menegaskan bahwa HAM Islam berawal dari khutbah wada’⁷ yang disampaikan Nabi pada tanggal 9 Dzulhijjah di Padang Arafah.⁸

Berikut adalah narasi hadits yang mengisahkan khutbah Nabi SAW tersebut:⁹

حدثني عبد الله بن محمد حدثنا أبو عامر حدثنا قرة عن محمد بن سيرين قال أخبرني عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبي بكر ورجل أفضل في نفسي من عبد الرحمن حميد بن عبد الرحمن عن أبي بكر رضي الله عنه قال: خطبنا النبي صلى الله عليه وسلم يوم النحر قال (أتدرون أي يوم هذا) . قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال (أليس يوم النحر) . قلنا بلى قال (أي شهر هذا) . قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال (أليس ذو الحجة) . قلنا بلى قال (أي بلد هذا) . قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال (أليست بالبلدة الحرام) . قلنا بلى قال (فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم ألا هل بلغت) . قالوا نعم قال: اللهم اشهد فليبلغ الشاهد الغائب

“Rasullah SAW memberi khutbah pada kami pada hari al-Nahr (pengorbanan); apakah kalian tahu hari apa sekarang? Kami menjawab: Allah dan rasulNya lebih mengetahui, kemudian Rasul diam sehingga kami menduga Rasul akan memberi nama lain, Rasul melanjutkan; bukankah hari al-nahr? Kami menjawab; ya benar, bulan apa sekarang? Tanya Rasul, Allah dan rasulNya lebih tahu, jawab kami, lantas Rasul diam sehingga kami menduga Rasul akan memberi nama lain dari bulan ini, ‘bukankah bulan Dzulhijjah? Tanya Rasul, ya benar, jawab kami, kota apa ini? Rasul melanjutkan pertanyaannya, Allah dan RasulNya lebih tahu, jawab kami,

⁶Deklarasi Kairo tentang Hak Asasi Manusia dalam Islam, 5 Agustus 1990,(Universal Islamic Declaration of Human Rights (UIDHR), baca juga, Irene Oh, *The Rights of God: Islam, Human Rights, and Comparative Ethics* (Georgetown: University Press / Washington, D.C. 2007), hal; 17,

⁷Secara Etimologi kata khutbah berasal dari bahasa arab yang merupakan akar kata dari *خطب*.Yang bermaknaungkapan berprosa dan bersaja’ yang digunakan oleh orang yang fasih yang ditujukan kepada sekelompok orang untuk meyakinkan mereka.(Al-Fairuz ‘Abadi, *al-Qamus al-Muhith*, (Muassasah ar-Risalah: Bairut Lubnan,1426 H/2005M), hal. 81,

⁸Fajar Riza ul Haq dan Endang Tirtana, *Islam, HAM dan Keindonesiaan*, (Jakarta: Ma’arif Institute, 2007), hal; 17-18

⁹Muhammad ibn Ismail Abu Abdullah al-Bukhari al-Ja’fi, *Shahih al-Bukhari*, (Beirut: Dar Ibn Katsir, 1987), Hadits no 1654. Maktabah al-Syamilah, *Mukhtashar Syirah Rasul*: 362.

kemudian Rasul diam sehingga kami menduga Rasul akan memberi nama lain, bukankah ini di kota suci? Tanya Rasul, ya benar, jawab kami, kemudian Rasulullah bersabda: “sesungguhnya darah dan harta kalian semua, adalah suci (haram), seperti sucinya (haramnya) hari ini di bulan ini di kota ini, hingga hari di mana kalian semua bertemu dengan Tuhanmu, tidakkah saya telah menyampaikan?kata Rasul, mereka menjawab: ya, semoga Allah menjadi saksi, maka bagi yang hadir agar menyampaikan hal ini kepada yang tidak hadir, kata Rasul, ”

2. Sejarah Kelahiran HAM

Berikut adalah kelahiran sejarah beberapa dokumen terkait dengan pergulatan manusia demi menghormati martabat sesama hingga kemunculan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM). *Pertama*, hukum Hamurabi yang mengajarkan kesamaan kedudukan dalam hukum, dimana hukum ditegakkan tanpa membedakan status sosial atau kelas masyarakat. Hukum ini adalah konsep hukum yang hadir untuk menata dan mengatur relasi manusia pada masa pra-sejarah. Hukum dipandang sebagai warisan keadaban masa lalu yang terus dikenang dan dibincangkan banyak orang.¹⁰

Kedua, Piagam Madinah,¹¹ merupakan karya monumental kepemimpinan nabi muhammad SAW di kota Madinah. Lahirnya piagam ini pun tidak luput dari

¹⁰Hammurabi berasal dari bahasa Akkadia, dari kata *Ammu* (saudara laki-laki pihak ayah, sama persis dengan bahasa Arab), dan *Rāpi*, seorang penyembuh; adalah raja keenam dari Dinasti Babilonia pertama (memerintah 1792-1750 SM), dan ia mungkin juga Amraphel, raja dari Sinoar menurut Bibel (Alkitab) (Kejadian 14:1). Hammurabi memimpin pasukannya menyerang Akkadia, Elam, Larsa, Mari dan Summeria, sehingga menjadikan Kekaisaran Babilonia hampir sama besar dengan Kerajaan Mesir kuno di bawah Firaun Menes, yang menyatukan Mesir lebih dari seribu tahun sebelumnya. Walaupun Hammurabi banyak sekali melakukan peperangan menaklukkan kerajaan lain, namun ia lebih terkenal karena pada masa pemerintahannya dibuat kode resmi (hukum tertulis) pertama yang tercatat di dunia, yang disebut sebagai Piagam Hammurabi (*Codex Hammurabi*). Richard Bauman, *A. Human rights in ancient Rome* (London: Routledge is an imprint of the Taylor, 2003), hal; 309. Baca juga, (Charles F. Horne: *The Code of Hammurabi: Introductio* <http://www.fordham.edu>)

¹¹Naskah lengkap Piagam Madinah bisa dijumpai di buku Ibnu Ishaq *Sirah an-Nabi SAW* juz II hal 119-123, Sistematisasi piagam tersebut ke dalam pasal-pasal dilakukan oleh Dr. AJ Wensinck, lihat: *Mohammad en de Yoden le Medina* (1928), 74-84, dan W Montgomery Watt dalam bukunya *Mohammad at Medina* (1956), 221-225. Piagam Madinah (Bahasa Arab: صحيفة المدينة, shahifatul madinah) juga dikenal dengan sebutan Konstitusi Madinah, ialah sebuah dokumen yang disusun oleh Nabi Muhammad SAW, yang merupakan suatu perjanjian formal antara dirinya dengan semua suku-suku dan kaum-kaum penting di Yathrib (kemudian bernama Madinah) pada tahun 622. Dokumen tersebut disusun sejelas-jelasnya dengan tujuan utama untuk menghentikan pertentangan sengit antara Bani 'Aus dan Bani Khazraj di Madinah. Untuk itu dokumen tersebut menetapkan sejumlah hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi kaum Muslim, kaum Yahudi, dan komunitas-

momentum hijrah Rasul dari Makkah ke Madinah. Pada tahun 622 M. Setelah berhijrah Rasul mulai membangun peradaban Madinah dengan serangkaian langkah dan kebijakan penting seperti membangun masjid sebagai pusat peradaban, mempersaudarakan umat muslim Anshar dan Muhajirin, serta satu kebijakan beliau yaitu memaklumkan Piagam Madinah.¹² Piagam Madinah mempunyai kekuatan konstitusional dalam bentuk perjanjian formal antara beliau sebagai representasi umat muslim dengan seluruh penduduk Madinah yang bertujuan menghentikan perseteruan antar-bani (suku) karena penduduk Madinah terbagi dalam empat kelompok; yaitu umat Muslim Muhajirin yang berhijrah dari Makkah, Kelompok Anshar yakni penduduk Muslim pribumi Madinah, lalu kelompok pemeluk Yahudi yang secara garis besar terdiri atas beberapa suku; Qainuqa`, Nadhir, dan Quraizhah. Yang terakhir ialah komunitas pemeluk tradisi nenek moyang atau penganut paganisme (penyembah berhala). mengatur kebebasan beragama (Islam, Yahudi, Kristen), jaminan sosial, prinsip pertahanan dalam dan luar negeri, kesetaraan hak Muslim, Yahudi dan Kristiani.

Inisiator utama piagam ini adalah Nabi Muhammad SAW. Nurcholish Madjid menyebut piagam ini sebagai terlalu maju untuk ukuran zaman itu.¹³ Belajar dari pemberlakuan piagam itu sebagai konsensus yang harus dihormati semua *stakeholder*, dibutuhkan figur kuat yang disegani para fihak yang ter-cover konsensus itu. Jika tidak, bisa jadi relasi tripartit: Islam-Yahudi-Kristen di Madinah kala itu, tak beda dengan hubungan Islam-Yahudi-Kristen di Palestina kala kini.

*Ketiga, Magna Charta*¹⁴ pada tahun 1215 di Inggris, yang berisi pembatasan kekuasaan absolut raja dan raja diminta pertanggungjawaban dan tidak kebal hukum.

komunitas pagan Madinah, sehingga membuat mereka menjadi suatu kesatuan komunitas. Montgomery Watt. *Muhammad at Medina and R. B. Serjeant* "The Constitution of Medina." *Islamic Quarterly* 8 (1964), hal; 4

¹² Naskah lengkap Piagama Madinah ada di lampiran

¹³ Nurcholish Madjid, *Islam: Doktrin dan Peradaban* (Jakarta: Paramadina, 1992), hal; 309

¹⁴ Magna Carta dalam bahasa Latin berarti Piagam Besar, adalah piagam yang dikeluarkan di Inggris pada tanggal 15 Juni 1215 yang membatasi monarki Inggris, sejak masa Raja John, dari kekuasaan absolut. Magna Carta adalah hasil dari perselisihan antara Paus, Raja John, dan baronnya atas hak-hak raja. Magna Carta mengharuskan raja untuk membatalkan beberapa hak dan menghargai beberapa prosedur legal, dan untuk menerima bahwa keinginan raja dapat dibatasi oleh hukum. Magna Carta adalah langkah pertama dalam proses sejarah yang panjang yang menuju ke pembuatan hukum konstitusional. Isi Magna Carta: Raja beserta keturunannya berjanji akan menghormati kemerdekaan, hak, dan kebebasan Gereja Inggris. Raja berjanji kepada penduduk kerajaan yang bebas untuk memberikan hak-hak. Para petugas keamanan dan pemungut pajak akan menghormati hak-hak penduduk. Polisi ataupun jaksa tidak dapat menuntut seseorang tanpa bukti dan saksi yang

Keempat, Bill of Rights di Inggris pada tahun 1689, yang menjelaskan bahwa manusia sama di muka hukum (*equality before the law*). *Kelima, The French Declaration* pada tahun 1789 di Prancis, yang melarang adanya penangkapan dan penahanan yang semena-mena, (*presumption of innocence*), *freedom of expression* (kebebasan ber-eskpresi), *freedom of religion* (kebebasan beragama), *the right of property* (perlindungan terhadap hak milik) dan hak-hak dasar lainnya.

Keenam, International Bill of Rights,¹⁵ yang disahkan oleh sidang tahunan Majelis Umum Persrikatan Bangsa-bangsa (PBB), pada 10 Desember 1948. *International Bill of Rights* dibagi dalam tiga kelompok besar pengaturan,¹⁶ yakni: *pertama*, hak sipil dan politik (Pasal 3-Pasal 21). *Kedua*, hak ekonomi, sosial, dan budaya (Pasal 22-Pasal 27). *Ketiga*, ketentuan penutup (Pasal 28-Pasal 30), ICCPR dan ICESCR Tahun 1966. (A) ICESCR, 1966 mulai berlaku pada 3 Januari 1976 (sesuai dengan Pasal 27) sudah diratifikasi pada 28 Oktober 2005 melalui UU No. 11 tahun 2005. (B). ICCPR, 1966 mulai berlaku pada 23 Maret 1976 (sesuai dengan

sah.Seseorang yang bukan budak tidak akan ditahan, ditangkap, dinyatakan bersalah tanpa perlindungan negara dan tanpa alasan hukum sebagai dasar tindakannya. Apabila seseorang tanpa perlindungan hukum sudah terlanjur ditahan, raja berjanji akan mengoreksi kesalahannya. Magna Carta dianggap sebagai lambang perjuangan hak-hak asasi manusia, dan dianggap sebagai tonggak perjuangan lahirnya hak asasi manusia. Diakses dari wikipidea bahasa Indonesia pada 9 September 2012

¹⁵ Term *bill of rights*" berawal dari Inggris, pada tahun 1689, parlemen Inggris mengacu pada the *Glorious Revolution*, yang menyebut supremasi parlemen atas monarki dengan mendaftar sejumlah hak-hak dasar dan kebebasan. Setelah itu *bill of rights* menjadi bahasa umum kehidupan politik di eropa daratan dan belahan dunia Barat lainnya. Berikut adalah *List of bills of rights*: Golden Bull of 1222 (1222; Hungary), Statute of Kalisz (1264; Kingdom of Poland) Jewish residents' rights, Dušan's Code (1349; Serbia), Twelve Articles (1525; Germany), Pacta conventa (1573; Poland), Henrician Articles (1573; Poland), Petition of Right (1628; England), Bill of Rights 1689 (England) and Claim of Right Act 1689 (Scotland) This applied to all British Colonies of the time, and was later entrenched in the laws of those colonies that became nations - for instance in Australia with the Colonial Laws Validity Act 1865 and reconfirmed by the Statute of Westminster 1931, Virginia Bill of Rights (June 1776), Preamble to the United States Declaration of Independence (July 1776), Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789; France), Bill of Rights of the United States Constitution (completed in 1789, ratified in 1791), Constitution of Greece (1822; Epidaurus), Hatt-ı Hümayun (1856; Ottoman Empire), Basic rights and liberties in Finland (1919), Universal Declaration of Human Rights (1948), Fundamental rights and duties of citizens in People's Republic of China (1949), European Convention on Human Rights (1950), Fundamental Rights of Indian citizens (1950), Implied Bill of Rights (a theory in Canadian constitutional law), Canadian Bill of Rights (1960), Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982), Article III of the Constitution of the Philippines (1987), Article 5 of the Constitution of Brazil (1988), New Zealand Bill of Rights Act (1990), Charter of Fundamental Rights and Basic Freedoms of the Czech Republic (1991), Hong Kong Bill of Rights Ordinance (1991), Chapter 2 of the Constitution of South Africa (entitled "Bill of Rights") (1996), Human Rights Act 1998 (United Kingdom), Charter of Fundamental Rights of the European Union (2005), diakses pada 2 Januari 2013 dari: en.wikipedia.org/wiki/Bill_of_rights

¹⁶Majda El Muhtaj, *Quo Vadis Konstitusionalisasi HAM di Indonesia* (Medan: Pusham Unimed, 2005), hal. 25

Pasal 49) sudah diratifikasi pada 28 Oktober 2005 melalui UU No. 12 Tahun 2005. Klausul ini disebut juga dengan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM). DUHAM diakui dan merupakan kesadaran Barat atas kesalahan sendiri melakukan penjajahan (kolonialisasi) dan peperangan.¹⁷

3. Kewajiban Negara Atas HAM

Dalam hukum HAM, negara c.q. pemerintah mempunyai kedudukan sebagai pemangku kewajiban (*duty bearer*). Kewajiban yang diemban negara terdiri atas tiga bentuk, yaitu menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfil*).¹⁸ Jika dibandingkan kewajiban negara dalam perspektif HAM tersebut dengan kewajiban negara versi khilafah Islamiyah (baca syari'ah) bisa disebut sebagai parallel, perhatikan komentar al-Mawardi berikut:¹⁹

الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا ، وعقدتها لمن يقوم بها في الأمة واجب بالإجماع

“Tugas Pemerintahan dalam khilafah kenabian berfungsi sebagai pelindung (kebebasan agama) dan menata perpolitikan dunia (kekuasaan). Kontrak atas kepemimpinan menjadi tanggung jawab pemegang kekuasaan, hal ini wajib menurut ijma ulama”.

Kewajiban menghormati (*obligation to respect*), yakni kewajiban berdasarkan tindakan. Kewajiban ini meliputi: Negara menghormati HAM dengan tidak ikut campur tangan (intervensi) individu warga Negara dalam menjalankan hak yang bersangkutan. Kemudian, Negara mengakui hak yang bersangkutan sebagai hak asasi manusia. Terakhir, Negara tidak mengambil tindakan yang dapat mengakibatkan terhambatnya akses terhadap hak yang bersangkutan.

Sedang, kewajiban melindungi (*to protect*), yakni kewajiban berdasarkan hasil. Lingkup kewajiban ini adalah: Negara menjamin bahwa pihak ketiga (individu atau entitas lain) tidak melanggar hak individu lain. Jika terjadi pelanggaran, Negara memberi sanksi terhadap pihak ketiga yang melanggar hak individu lain. Termasuk dalam hal ini adalah melindungi hak-hak individu yang bersangkutan.

¹⁷ Scott Davidson, *Human Rights*, (Buckingham: Open university Press, 1993), hal. 77

¹⁸ Michael J. Perry, *Toward a Theory of Human Rights: Religions, Law and Courts*, (Cambridge: University Press, 2007), hal. 4

¹⁹ AL-Mawardi, *al-Ahkam al-Sulthaniyah*:3, maktabah syamilah, <http://www.al-islam.com>

Terakhir, kewajiban memenuhi (*to fulfil*), yaitu, kewajiban yang bersifat progresif dan segera. Setidaknya ada tiga kewajiban Negara pada hal ini; Negara harus melakukan intervensi sesuai dengan kekuatan maksimal sumberdaya yang tersedia. Juga, Negara harus mengerahkan sumberdaya untuk memenuhi hak individu warga Negara. Yang tidak kalah penting, Negara menjamin setiap individu untuk mendapatkan haknya yang tidak dapat dipenuhi sendiri.

Ada tiga kewajiban negara terhadap warganya terkait HAM.²⁰ *Pertama*, kewajiban untuk menghormati HAM, yang berarti negara tidak boleh melakukan intervensi. *Kedua*, kewajiban untuk memastikan terpenuhinya HAM dengan langkah-langkah positif (legislatif, administratif, yudisial dan praktis) yang diperlukan untuk memastikan terpenuhinya HAM. *Ketiga*, kewajiban untuk melindungi, hal ini merujuk pada perlindungan negara bagi individu dari pelanggaran yang dilakukan oleh pihak-pihak lain.

Kewajiban negara bersifat: absolut dan segera dalam hak-hak sipil dan politik (Sipol). Serta bersifat relatif dan progresif dalam hak-hak ekonomi, sosial dan budaya (Ekosob). Dalam hak-hak Sipil dan politik, negara berkewajiban untuk: menghormati dan memastikan bahwa semua individu yang berada dalam wilayahnya dan terikat oleh yuridiksinya memperoleh hak-hak yang diakui dalam kovenan ini.²¹

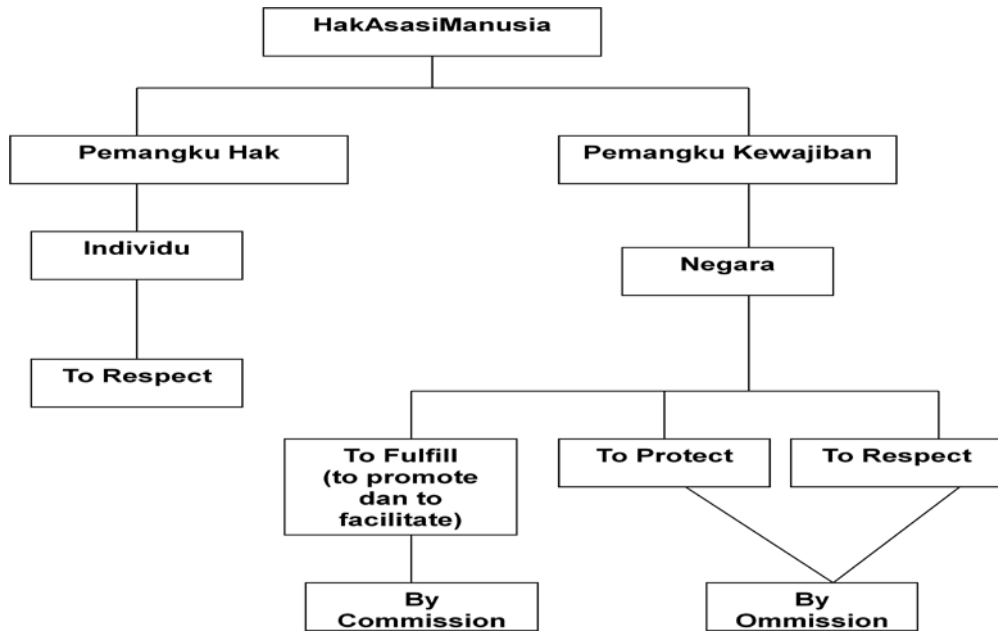
Dalam hak-hak ekonomi, sosial dan budaya, negara berkewajiban untuk: mengambil langkah-langkah dengan menggunakan sebesar-besarnya sumber-daya yang dimilikinya dengan tujuan untuk mencapai secara progresif realisasi penuh dari hak-hak yang diakui dalam kovenan ini.²² Berikut adalah skema pemangku kewajiban (*duty bearer*) dan pemangku hak (*rightholder*) dalam HAM.²³

²⁰ Richard. B Bilder, *Tinjauan Umum Hukum Hak Asasi Manusia*, (Jakarta: Elsam, 2005), hal. 2-3

²¹ Kovenan Hak Sipil dan Politik (ICCPR), Pasal: 2.1

²² Kovenan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (ICESCR), Pasal: 2.1

²³ Eko Riyadi, *Prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Pusham UII, 2010), hal. 29



4. Pembagian Hak Dalam HAM

Dalam perspektif HAM, hak asasi dibagi menjadi dua: hak sipil dan politik (sipol), serta hak ekonomi sosial dan budaya (ekosob). Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik atau *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) merupakan produk Perang Dingin: ia merupakan hasil dari kompromi politik yang keras antara kekuatan negara blok Sosialis melawan kekuatan negara blok Kapitalis. Saat itu situasi politik dunia berada dalam Perang Dingin (*Cold War*). Situasi ini mempengaruhi proses legislasi perjanjian internasional hak asasi manusia yang ketika itu sedang digarap Komisi Hak Asasi Manusia PBB.

Hasilnya adalah pemisahan kategori hak-hak sipil dan politik dengan hak-hak dalam kategori ekonomi, sosial dan budaya ke dalam dua kovenan atau perjanjian internasional -yang tadinya diusahakan dapat diintegrasikan ke dalam satu kovenan saja. Tapi realitas politik menghendaki lain. Kovenan yang satunya lagi itu adalah Kovenan Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya atau *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR). Dua kovenan ini merupakan anak kembar yang dilahirkan di bawah situasi yang tidak begitu kondusif itu, yang telah membawa implikasi-implikasi tertentu dalam penegakan ke dua kategori hak tersebut.²⁴

²⁴Ifdhal Kasim, *Hak Sipil dan Politik: Sebuah Sketsa* (Jakarta: Komnas HAM, 2009), hal. 23

Hak sipil dan politik (sipol), yakni hak yang menekankan kewajiban negara untuk tidak mencampuri integritas dan kebebasan individu. Hak ini bersifat absolut dan segera dalam pemenuhannya. Disahkan pada 16 Desember 1966 dan efektif berlaku pada 23 Maret 1976. Diratifikasi oleh 152 Negara (Negara Pihak).²⁵ Indonesia menjadi Negara Pihak pada 2005. Kovenan hak sipil dan politik ini terdiri dari; pembukan dan 6 Bagian: Bagian I-III (pasal 1-27) berisi tentang ketentuan umum (larangan diskriminasi, derogation, reservasi, dll) dan hak-hak yang dilindungi; Bagian IV-VI (pasal 28-53) berisi tentang pengawasan internasional, prinsip-prinsip penafsiran, dan penutup.²⁶

Kemudian hak ekonomi, sosial dan budaya (ekosob), yaitu, hak yang menekankan pada tuntutan agar Negara memberikan perlindungan dan bantuan (memberikan kesejahteraan pada individu). Hak ini bersifat bertahap pemenuhannya (programatik).²⁷ Hak ekosob meliputi: hak ekonomi, yang meliputi: hak atas pekerjaan, hak atas kebebasan berserikat dan hak atas jaminan social. Kemudian hak social, yakni: hak hidup yang layak, ketersediaan pangan papan dan sandang, serta hak keluarga. Sedang hak budaya mencakup hak atas pendidikan, hak untuk turut ambil bagian dalam kehidupan budaya, menikmati iptek, perlindungan hak cipta, juga, hak untuk melestarikan kebudayaan kelompok.²⁸

Lebih jelasnya berikut adalah komponen hak ekosob; Hak ekonomi: Hak atas pekerjaan (Pasal 6) dan kondisi kerja yang adil dan menguntungkan (Pasal 7). Hak atas kebebasan berserikat (Pasal 8). Hak atas jaminan sosial (Pasal 9). 2) Hak sosial: Hak atas standar kehidupan yg layak, mencakup hak atas pangan dan gizi, sandang dan perumahan (pasal 11). Hak keluarga terhadap bantuan (Pasal 10). 3) Hak budaya: Hak atas pendidikan (Pasal 13 dan 14). Hak untuk ambil bagian dlm kehidupan budaya, menikmati manfaat kemajuan IPTEK, perlindungan hak cipta, hak utk melestarikan identitas kebudayaan kelompok minoritas, dan lainnya (Pasal 15)

²⁵ Negara pihak adalah negara yang meratifikasi kovenan internasional, baik kovenan tentang hak sipol maupun kovenan hak ekosob.

²⁶ Ifdhal Kasim, *Hak Sipil dan Politik: Sebuah Sketsa* (Jakarta: Komnas HAM, 2009), hal. 3

²⁷ Soetandyo Wignjosoebroto, *HAM dalam Aspek Historis dan Sosiologis: konsep Dasar dan Perkembangan dari Masa ke Masa*, (Jakarta: Elsam, 2005), hal. 2-3

²⁸ Sri Palupi, *Mengenal dan Memahami Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, (Jakarta: Elsam, 2011), hal. 29

Indikator terpenuhinya hak ekosob adalah empat hal berikut: ketersediaan (*available*), keterjangkauan (fisik, ekonomi, non diskriminasi, dan informasi) (*accessible*), dapat diterima/kualitas (*acceptable*), dan fleksibilitas/diterima secara budaya (*adaptable*). Sedang kewajiban negara terhadap hak ekosob adalah; kewajiban menghormati (*to respect*), kewajiban melindungi (*to protect*), dan kewajiban memenuhi (*to fulfill*). Sifat dari kewajiban melindungi adalah tindakan segera. sifat dari kewajiban melindungi adalah berdasar hasil. Sedang sifat dari kewajiban memenuhi tindakan progresif, yakni; kewajiban untuk secepatnya mengambil langkah-langkah maju ke arah realisasi sepenuhnya hak yang dijamin dalam Kovenan dengan semua sarana/sumberdaya yang memadai. Kewajiban segera/kewajiban pokok minimum: Kewajiban untuk memastikan hak penghidupan subsistensi minimal untuk bisa survive (bertahan hidup) bagi semua orang, terlepas dari tingkat ketersediaan sumberdaya dan tingkat ekonomi negara. Misalnya, negara menjamin tidak ada warga negara mati karena kelaparan- syarat minimum hak atas pangan.²⁹

Hak sipil politik (sipol) lebih banyak mendapat perhatian (dalam teori dan praktik), kodifikasi hukum, dan interpretasi melalui penafsiran pengadilan. Hak ekosob masih dipandang sebagai hak yang tidak dapat dituntut. Ada dugaan salah bahwa hanya hak sipol yg dapat dilanggar, yg dapat diberi upaya penyelesaian dan yg dapat diselidiki menurut hukum internasional. Hak ekosob sering digambarkan sebagai hak “kelas dua” (hak yg tidak dapat ditegakkan, tidak dapat disidangkan/diadili dan hanya dapat dipenuhi secara bertahap), dan karenanya dipandang bukan merupakan masalah hak.

Padahal, ada keutuhan dan kesalingtergantungan antara hak sipol dan ekosob (Hak ekosob dan hak sipol tak dapat dipisah-pisahkan). Hak sipol dan hak ekosob dirancang untuk menjamin perlindungan individu secara sepenuhnya berdasarkan pandangan bahwa manusia berhak menikmati hak atas kebebasan dan keadilan sosial secara bersamaan. Sangat memungkinkan untuk membuat hak ekosob semakin bisa dituntut (misal, pengalaman India dan Afrika).

Dengan memperhatikan hak ekosob secara sungguh-sungguh berarti menunjukkan komitmen pada integrasi, solidaritas, dan kesetaraan sosial, termasuk

²⁹ Sri Palupi, *ibid*, hal. 69

pemerataan pendapatan dan perlindungan kelompok rentan. Keutuhan dan kesalingtergantungan hak sipil dan hak ekososob ditegaskan lagi dalam Deklarasi Wina (1993). Kini hak ekososob mulai mendapat perhatian. Tahun 2005 Indonesia meratifikasi kovenan Hak Ekososob

5. Prinsip-Prinsip HAM

Stanley Adi Prasetyo³⁰ mencatat sejumlah prinsip HAM berikut: universalitas, martabat manusia, kesetaraan, non-diskriminasi, tak dapat dicabut, tak bisa dibagi, saling berkaitan & bergantung dan tanggungjawab negara. Eko Riyadi menjabarkan sejumlah hal tersebut seperti uraian berikut.³¹*Pertama*, universalitas (*universality*), yakni beberapa moral dan nilai-nilai etik tersebar di seluruh bagian dunia. Pemerintah dan komunitas seharusnya memahami dan menjunjung tinggi hal ini. Univesalitas hak diartikan bahwa hak tidak dapat berubah atau dia dialami dalam cara yang sama oleh semua orang.

Kedua, kesetaraan (*equality*). Konsep ekualiti mengekspresikan gagasan menghormati martabat yang melekat pada seluruh umat manusia. Secara spesifik dalam pasal 1 DUHAM, ini adalah dasar HAM: “semua manusia dilahirkan bebas, setara dalam martabat dan hak. *Ketiga*, martabat manusia (*human dignity*). Prinsip-prinsip HAM ditemukan pada pikiran semua individu, tanpa memperhatikan umur, budaya, keyakinan, etnis, ras, gender, orientasi seksual, bahasa, kemampuan atau kelas sosial, berhak dihormati atau dihargai. *Keempat*, non-diskriminasi (*Non discrimination*) terintegrasi dalam kesetaraan. Ini memastikan bahwa tidak seorang pun meniadakan perlindungan hak mereka berdasarkan faktor-faktor luar. Mengacu pada beberapa faktor yang berkontribusi pada diskriminasi termaktub di dalam perjanjian HAM international, diantaranya: ras, warna kulit, seks, bahasa, agama, politik atau pandangan berbeda, kebangsaan, pemilikan, kelahiran, atau status lainnya.

Kelima, tak terbagi (*Indivisibility*). HAM seharusnya ditujukan sebagai sebuah indivisible body (tidak terbagi), termasuk hak sipil, politik, sosial, ekonomi,

³⁰Stanley Adi Prasetyo, *Sejarah dan Pengertian HAM*, (Jakarta: Komnas HAM, 2011), hal. 23:

³¹Eko Riyadi, *Prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia*, (Yogyakarta: Pusham UII, 2007), hal. 22

budaya, dan hak kolektif. *Keenam*, tak dapat dicabut (*inalienability*). Hak-hak yang individual tidak dapat direnggut, dilepaskan, dan dipindahkan dengan cara apapun dan sistem hukum apapun. *Ketujuh*, saling berkaitan (*interdependency*). Kepedulian HAM dihadirkan dalam seluruh bidang kehidupan -rumah, sekolah, tempat kerja, pengadilan, pasar, dan di mana saja. Pelanggaran HAM saling bertalian; hilangnya satu hak mengurangi hak lainnya. *Kedelapan*, tanggung jawab negara (*responsibility*). Pemerintah harus bertanggungjawab (*responsible*): HAM bukan hadiah yang diberikan dengan senang hati oleh pemerintah. Apabila pemerintah menunda atau menunaikannya pada beberapa orang saja, maka ia dapat diminta pertanggungjawaban.

6. Sumber-Sumber HAM

HAM bersumber dari tiga hal utama:³² agama, budaya dan hukum. HAM merujuk pada Agama sebagai sumbernya untuk hal-hal terkait tata nilai baik buruk dalam pergaulan hidup manusia sesuai dengan dogma/ajaran agama. Sedang sumber budaya, mengisi tata nilai yang dijadikan pedoman dalam komunitas tertentu dalam berhubungan dengan sesama manusia maupun mengatur kehidupan komunitas tersebut. Terakhir HAM yang bersumber dari hukum, sebagai hasil dari deklarasi, konvensi internasional maupun aturan perturan perundang-undangan nasional yang dijadikan pedoman dalam kehidupan bernegara maupun bermasyarakat.

7. Deklarasi, Konvensi, Kovenan DAN Traktat HAM

Nomenklatur HAM mengenal dan membedakan deklarasi, kovenan, konvensi dan traktat, sebagai pembentuk hukum dan kelembagaan HAM. Deklarasi, kovenan, konvensi dan traktat adalah sebagai element pembentuk hukum dan kelembagaan HAM. Dalam nomenklatur HAM, deklarasi, kovenan³³ dan konvensi³⁴ merupakan jangkar dan instrument dari deklarasi universal HAM. Tiga istilah ini biasa disebut dengan *Bill Of Rights*.³⁵ Deklarasi, Charter, Covenan dan Convention adalah

³²Jeff Malpas (ed), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation* (Tasmania: University of Tasmania, 2007), hal. 202

³³ Naskah kovenan Hak Sipol dan kovenan Hak Ekosob ada di lampiran

³⁴ Naskah konvensi ada di lampiran

³⁵ Penyusunan daftar perjanjian Hak Asasi Manusia baru-baru ini yang berlaku dan negara-negara peserta kepadanya dapat ditemui dalam *Status of Multilateral Treaties on Human Rights Concluded under the Auspices of the United Nations*, UN Doc. E/CN.4/907/Rev. (direvisi secara berkala).

kesepakatan-kesepakatan yang mengikat secara hukum antara negara-negara merdeka yang meratifikasinya.

Sedang Traktat atau treaties adalah *agreements that create binding legal obligations for states*.³⁶ Traktat bisa berupa bi-lateral: kesepakatan antara dua negara, maupun multi-lateral: aturan-aturan yang disepakati banyak negara. Peraturan-peraturan tentang HAM termasuk jenis multi-lateral treaties. Sebelum sebuah treaty diberlakukan, isi dan ketentuan-ketentuannya didiskusikan dalam sebuah forum internasional seperti PBB atau badan/forum regional. Setelah draft teks disepakati, traktat bisa disahkan oleh forum. Negara menjadi terikat secara hukum oleh ketentuan-ketentuan dalam *treaty* itu setelah mereka meratifikasinya. Ratifikasi adalah salah satu cara di mana negara menerima untuk terikat secara hukum oleh sebuah treaty.³⁷

Covenan lebih menyerupai anggaran dasar, sebagaimana konvensi berbentuk lebih teknis, sebab berfungsi sebagai anggaran rumah tangga, atas pelaksanaan HAM. Sedang deklarasi menampakan wujud asli sebagai spirit, pembukaan dan *preambule* dari kovenan dan konvensi, serta traktat (*treaty*). Hukum HAM mengenal dua kovenan: kovenan hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*), serta kovenan Hak Sipil Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*). Sedang konvensi dalam hukum HAM terdiri dari: konvensi anti diskriminasi rasial (*Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CRD)*), konvensi anti diskriminasi terhadap perempuan (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*), konvensi anti penyiksaan (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)*), konvensi perlindungan hak-hak anak (*Convention on the Rights of the Child (CRC)*), dan konvensi perlindungan hak-hak buruh migrant (*Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (MWC)*).³⁸

³⁶ Andrew Clapham, *Human Rights A Very Short Introduction*, (Oxford: Oxford University Press Inc, 2007), hal. 23

³⁷ Untuk suatu daftar Hak Asasi Manusia dan perjanjian-perjanjian lain serta perjanjian internasional lihat *Treaties in Force*, diterbitkan setiap tahun oleh Departemen Luar Negeri A.S.

³⁸ Lihat pada umumnya United Nations Action in the Field of Human Rights, UN Doc.ST/HR/2/Rev.1, UN sales no. e.79.XIV.6 (1980).

Tabel berikut bisa membantu memudahkan pemahaman terkait kelembabagaan badan HAM internasional, dalam bentuk konvensi, kovenan maupun traktat, berikut tahun pengesahannya oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-bangsa dan ratifikasi sekaligus pengesahannya sebagai undang-undang oleh Indonesia:³⁹

1	ICCPR (1966)	<i>International Covenant on Civil and Political Rights</i>	Human Rights Committee/ Komite HAM	UU 12/2005
2	ICESCR (1966)	<i>International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights</i>	Committee on Economic, Social and Cultural Rights/Komite EKOSOB	UU 11/2005
3	CERD (1969)	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination</i>	Committee on the Elimination of of Racial Discrimination/Komite Penghapusan Diskriminasi Rasial	UU 29/1999
4	CEDAW (1981)	<i>Convention on the Elimination of All Forums of Discrimination against Women</i>	Committee on the Elimination of Discrimination against Women	UU 7/1984
5	CAT (1987)	<i>Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment</i>	Committee Against Torture/Komite Anti Penyiksaan	UU 5/1998
6	CRC (1989)	<i>Convention on the Rights of the Child</i>	Committee on the Rights of the Child/Komite Hak Anak	Kepres 36/1990

³⁹Majda El Muhtaj, *Quo Vadis Konstitusionalisasi HAM di Indonesia*, (Medan: Pusham Unimed, 2000), hal. 9

7	MWC (1990)	<i>Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families</i>	Komite Hak Buruh Migran	-
---	---------------	--	-------------------------	---

8. Pemahaman Hermeneutik Atas Naskah HAM

Seperti dijelaskan diatas, bahwa dalam analisis model hermenutika dikenal istilah triangle hermeneutika: *teks*, *author* dan *reader*. Perpaduan makna antara ketiganya terletak pada *fusion of horizon*.⁴⁰ Dalam bahasa Gadamer; *A horizon is a range of vision that includes everything that can be seen from a particular vantage point*. Dengan melihat teks tentang HAM, kemudian saya padukan dengan *author*,⁴¹ saya sebagai *reader*, menemukan *fusion of horizon*, bahwa HAM adalah konsep hidup dengan kualitas tinggi, layaknya “Negeri di Awan-nya” Katon Bagaskara.

Dengan pemahaman model *fusion of horizon*, HAM bukan semata soal tentara yang menembak warga sipil di Papua atau soal pelarangan konser Lady Gaga. HAM juga tidak bisa direduksi dengan pemberian *grasi* kepada terpidana kasus narkoba oleh Presiden. HAM adalah soal proteksi, *respect* dan pemenuhan lima hak dan kebutuahn dasar negara kepada warganya. Lima hak dasar itu adalah: sipil, politik, ekonomi, social dan budaya. Menjadi negara, artinya harus sanggup memenuhi, melindungi dan menghormati lima hak tersebut.

Juga, HAM adalah relasi hak dan kewajiban antara negara dengan warganya. HAM bukan soal warga Palestina yang terbunuh oleh serdadu Israel. Negara yang abai dan rendah apresiasinya terhadap HAM, kadang bahkan sering, mememojokkan para aktivis HAM sebagai “penjual negara” kepada fihak asing. Tak beda dengan negara otoriter, yang memandang dan menganggap isu HAM sebagai pengganggu

⁴⁰Gregory Leyh (ed), *legal Hermeneutics, History, Theory and Practice* (Berkeley: University of California Press, 1992), hal. 105-106

⁴¹ Dalam konteks kajian hermeneutika, *author* bisa jadi merupakan sosok pengarang sebenarnya, tetapi bisa pula, ia adalah *pseudo author* (wawancara dengan Syahiron Syamsudin, Yogyakarta 6 Juni 2012). Dalam konteks teks tentang HAM dalam penelitian ini, sejumlah *pseudo author* itu yakni; peristiwa-peristiwa yang melahirkan hukum dan konsep HAM, juga para konseptor dan peserta sidang Majelis Umum Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) yang bertindak mewakili agama, negara, dan etnik dari seluruh dunia, yang mengesahkan deklarasi universal Hak Asasi Manusia (Duham)

stabilitas. Sebaliknya, negara demokratis, menggunakan HAM sebagai instrumen untuk melindungi, menghormati dan menyejahterakan warganya.

Sebagaimana syariah yang membutuhkan khilafah sebagai instrumen implementasi dalam kehidupan sehari-hari, HAM membutuhkan lembaga negara untuk mengaplikasikan nilai-nilainya dalam kehidupan nyata. Negara dalam konteks syariah dan HAM adalah institusi pemangku kewajiban (*duty bearer*), paralel dengan warga negara sebagai pemangku hak (*rights holder*).

Menjadi negara artinya wajib dan harus sanggup melindungi, menghormati dan memenuhi hak-hak politik, sipil, ekonomi, sosial dan budaya semua warganya. Hak sipil dan politik adalah *non-deregable rights* (hak yang tidak bisa dikurangi). Sebagaimana hak ekonomi, sosial dan budaya (ekosob) adalah bersifat programatik (pemujuhannya bisa dilakukan secara bertahap, berdasar kemampuan negara).

Hak sipil menyangkut hak hidup dan beragama. Berdasar hak ini, seorang warga negara tidak bisa dihilangkan hak hidupnya dengan alasan apapun. Kebebasan hidupnya harus dilindungi dan dihormati oleh negara. Negara juga tidak boleh dan tidak bisa membatasi pilihan keyakinan warganya, termasuk pilihan untuk tidak beragama sekalipun. Hak-hak yang sama sifatnya juga berlaku pada wilayah politik. Dalam konteks HAM, warga negara bebas memilih ideology politik manapun. Memeperjuangkan, mengoransisir kepentingan politiknya secara leluasa dan tidak bisa dibatasi oleh negara, kecuali oleh alasan mengganggu kebebasan politik warga negara yang lain.⁴²

Hak ekonomi mewajibkan negara untuk menyediakan lahan dan lapangan yang memadai bagi warga negara untuk memperoleh penghasilan yang layak. Negara wajib menyiapkan semua sarana untuk pengembangn ekonomi, dan bukan sekedar lapangan pekerjaan. Pekerjaan dari sudut pandang HAM, di samping menghasilkan pendapatan, ia juga merupakan kebangggan akan profesi. Menjadi negara tidak boleh hanya memungut pajak tanpa dibarengi dengan pemenuhan kewajibannya untuk memenuhi hak ekonomi warga sebagai wujud dari pengelolalaan pajak tersebut. Sebagaimana hak ekonomi, sosial dan budaya (ekosob)

⁴² Ifdhal Kasim, *ibid*, hal. 96

adalah bersifat programatik (pemenuhannya bisa dilakukan secara bertahap, berdasar kemampuan negara).⁴³

B. Hukum Perdata Islam Indonesia

Istilah hukum Islam merupakan terminologi khas Indonesia. Dalam nomenklatur *Islamic Studies*,⁴⁴ hukum Islam dikenal dengan *al-hukm al-Islam* (*Islamic law*). Baik *al-hukm al-Islam* maupun *Islamic law*, merupakan terminologi yang tidak dikenal dalam al-Qur'an dan as-Sunnah. Padanan yang agak ganjil dan sedikit dipaksakan dari istilah "Hukum Islam" adalah *al-fiqh al-Islamy* atau *al-Syari'ah al-Islamy*.

1. Pengertian Hukum Perdata Islam

Sementara terminologi "Hukum Perdata Islam" adalah sebagian dari hukum Islam yang telah berlaku secara yuridis formal atau menjadi hukum positif dalam tata hukum Indonesia. Hukum perdata Islam di Indonesia, isinya "hanya" sebagian dari lingkup mu'amalah. Mu'amalah menjadi hukum positif berdasarkan atau karena "diadopsi" oleh peraturan perundang-undangan Indonesia. Di antara sejumlah contoh hukum mu'amalah adalah hukum perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, zakat dan perwakafan serta ekonomi syari'ah.⁴⁵

2. Sejarah Belakunya Hukum Perdata Islam di Indonesia

Berikut penulis paparkan sejarah singkat tentang nomenklatur dan penerapan hukum perdata Islam di bumi Nusantara. Pemberlakuan hukum perdata Islam pertama kali terjadi pada zaman kerajaan Islam. Selanjutnya *kedua*, pada masa

⁴³Sri Palupi, *Mengenal dan Memahami Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, (Jakarta: Elsam, 2011), hal. 9

⁴⁴Islamic studies biasa dihadapkan dengan oriental dan oksidental studies. Tiga Tahap kajian Islam Versi Amien Abdullah: *pertama* tahun 1950 – 1970 disebut periode *ulum al-din*. *Kedua*, tahun 1970 – 1990 atau disebut *al-fikr al-Islamy*, dan ketiga tahun 1991 – 2011 atau *dirasat Islamiyyah*. Menurut Amin Abdullah, kajian keislaman era kontemporer di Indonesia perlu melibatkan *ulum al-din*, *al-fikr al-Islamy*, dan *dirasat Islamiyyah*. (Amien Abdullah: ACIS 2011: Pendekatan Islam Monodisiplin Tidak Lagi Memadai). Di sisi lain, menurut Charles J. Adam, mulanya kajian-kajian keislaman, didasarkan pada keilmuan tradisi warisan pemikiran Islam zaman klasik. Berikutnya, Islam didekati dengan metode kesejarahan dan filologi yang menekankan kajian atas teks (*tekstual analysis*). Dalam perkembangannya kemudian muncul berbagai pendekatan baru yang memberikan peluang bagi tumbuhnya pemahaman lebih komprehensif terhadap Islam. Disiplin-disiplin seperti semiotika, strukturalisme, fungsionalisme dan fenomenologi, telah melahirkan banyak perspektif baru tentang Islam. Richard C Martin (ed), *Approaches to Islam in Religious Studies*, (Tucson: the Arizona State University Press, 1985), hal. 7. Baca juga, Akh. Minhaji, *Sejarah Sosial dalam Studi Islam*, (Yogyakarta: Suka Press, 2010), hal. 50-70

⁴⁵(Pasal 49 UU No.7/89 jo UU no 3/06)

penjajahan Belanda. Diteruskan *ketiga*, pada masa pendudukan Jepang. *Keempat*, hukum Islam Pada Masa Kemerdekaan. *Kelima*, Hukum Islam Pada Masa Pemerintahan Orde Baru. *Keenam*, Hukum Islam Pada Masa Reformasi.

a. Hukum Islam Pada Masa Kerajaan/kesultanan Islam di Nusantara

Pada masa ini hukum Islam dipraktekkan oleh masyarakat dalam bentuk yang hampir bisa dikatakan sempurna (*syumul*), mencakup masalah mu'amalah, ahwal al-syakhsyyah (perkawinan, perceraian dan warisan). Hukum Islam juga menjadi sistem hukum mandiri yang digunakan di kerajaan-kerajaan Islam Nusantara. Tidaklah berlebihan jika dikatakan pada masa jauh sebelum penjajahan Belanda, hukum Islam menjadi hukum yang positif di Nusantara.

2. Hukum Islam Pada Masa Penjajahan Belanda

Perkembangan hukum Islam di Indonesia pada masa penjajahan Belanda dapat diklasifikasi kedalam dua bentuk, Pertama, adanya toleransi pihak Belanda melalui VOC yang memberikan ruang agak luas bagi perkembangan hukum Islam. Kedua, adanya upaya intervensi Belanda terhadap hukum Islam dengan menghadapkan pada hukum adat. Pada fase kedua ini Belanda ingin menerapkan politik hukum yang sadar terhadap Indonesia, yaitu Belanda ingin menata kehidupan hukum di Indonesia dengan hukum Belanda, dengan tahap-tahap kebijakan strategiknya yaitu:

a. *Receptie in Complexu* (Salomon Keyzer & Christian van Den Berg (1845-1927), teori ini menyatakan hukum menyangkut agama seseorang. Jika orang itu memeluk Islam maka hukum Islamlah yang berlaku baginya, namun hukum Islam yang berlaku tetaplah hanya dalam masalah hukum keluarga, perkawinan dan warisan.

b. *Teori Receptie* (Snouck Hurgronje (1857-1936) disistemisasi oleh C. Van Vollenhoven dan Ter Harr Bzn). Teori ini menyatakan bahwa hukum Islam baru diterima memiliki kekuatan hukum jika benar-benar diterima oleh hukum adat, implikasi dari teori ini mengakibatkan perkembangan dan pertumbuhan hukum Islam menjadi lambat dibandingkan institusi lainnya. di Nusantara.

3. Hukum Islam Pada Masa Penjajahan Jepang

Menurut Daniel S. Lev Jepang memilih untuk tidak mengubah atau mempertahankan beberapa peraturan yang ada.⁴⁶ Adat istiadat lokal dan praktik

⁴⁶Daniel S. Lev, Kebijakan Hukum Jepang di Indoensia, (Jakarta: LP3ES, 1977), 22

keagamaan tidak dicampuri oleh Jepang untuk mencegah resistensi, perlawanan dan oposisi yang tidak diinginkan. Jepang hanya berusaha menghapus simbol-simbol pemerintahan Belanda di Indonesia, dan pengaruh kebijakan pemerintahan Jepang terhadap perkembangan hukum di Indonesia tidak begitu signifikan.

4. Hukum Islam Pada Masa Kemerdekaan

Salah satu makna terbesar kemerdekaan bagi bangsa Indonesia adalah terbebas dari pengaruh hukum Belanda. Menurut Prof. Hazairin, setelah kemerdekaan, walaupun aturan peralihan UUD 1945 menyatakan bahwa hukum yang lama masih berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan UUD 1945, seluruh peraturan pemerintahan Belanda yang berdasar teori *receptie*, tidak berlaku lagi karena jiwanya bertentangan dengan UUD 1945.⁴⁷

Teori *receptie* ditolak karena bertentangan dengan al-Qur'an dan sunnah Rosul. Disamping Hazairin, Sayuti Thalib juga mencetuskan teori *Receptie a Contrario*, yang menyatakan bahwa hukum adat baru berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam.⁴⁸

5. Hukum Islam Pada Masa Pemerintahan Orde Baru

a. Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan

Politik hukum memberlakukan hukum Islam bagi pemeluk-pemeluknya oleh pemerintah orde baru. Hal ini diberlakukan pada hukum perkawinan, pembentukan peradilan Agama.⁴⁹ Pasal 2 Undang-undang Peradilan Agama menyebut: "Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan itu." Pada pasal 63 UU yang sama menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan pengadilan dalam UU ini adalah Pengadilan Agama (PA) bagi yang beragama Islam dan Pengadilan Negeri (PN) bagi pemeluk agama lainnya.

b. Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama

Dengan disahkannya UU PA tersebut, maka terjadi perubahan penting dan mendasar dalam lingkungan PA. Berikut adalah sejumlah perubahan dimaksud:

1). PA telah menjadi peradilan mandiri, kedudukannya benar-benar telah sejajar dan sederajat dengan peradilan umum, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara.

⁴⁷Hazairin, Mengenal Hukum Perdata Islam (Jakarta: Bulan Bintang, 1980), 3

⁴⁸Sayuti Thalib, Teori *Receptie a Contrario*: Antara Hukum Syariat dan Hukum Adat, Makalah Seminar tidak dipublikasikan

⁴⁹ UU No 27/1989 tentang Peradilan Agama

2). Nama, susunan, wewenang, kekuasaan dan hukum acaranya telah sama dan seragam diseluruh Indonesia. Dengan univikasi hukum acara PA ini maka memudahkan terjadinya ketertiban dan kepastian hukum dalam lingkungan PA.

c. Kompilasi Hukum Islam Inpres no. 1 tahun 1991 (KHI)

Pada Maret 1985 Presiden Soeharto mengambil prakarsa sehingga terbitlah Surat Keputusan Bersama (SKB) Ketua Makamah Agung dan Departemen Agama. SKB itu membentuk proyek kompilasi hukum islam dengan tujuan merancang tiga buku hukum, masing-masing tentang Hukum perkawinan (Buku I), tentang Hukum Kewarisan (Buku II), dan tentang Hukum Perwakafan (BUKU III).

Bulan Februari 1988 ketiga buku itu dilokakaryakan dan mendapat dukungan luas sebagai inovasi dari para ulama di seluruh Indonesia. Pada tanggal 10 Juni 1991 Suharto menandatangani Intruksi Presiden No. 1 tahun 1991 sebagai dasar hukum berlakunya KHI tersebut.

6. Hukum Islam Pada Masa Reformasi

Diantara produk hukum yang positif di era reformasi bermuatan hukum Islam (Hukum Perdata Islam) ini antara lain:

- a. Undang-undang No. 38 tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat.
- b. Undang-undang No. 41 tahun 2004 tentang Wakaf
- c. Undang-undang No. 3 tahun 2006 tentang Perubahan terhadap Undang-undang No. 7 tahun 1999 tentang Peradilan Agama.

3. Undang-undang No. 1/1974, UU No 3/2006 dan Kompilasi Hukum Islam: Jangkar Hukum Perdata Islam

UU ini, secara konstruktif membentuk dan menempatkan posisi Peradilan Agama (PA) menjadi kokoh. Ada sejumlah indikator kenapa posisi PA menjadi kokoh dengan hadirnya UU ini. Juga, Kompilasi Hukum Islam (KHI) kian mendapat tempat dengan hadirnya UU tersebut. KHI seakan mewujud sebagai argumen legal penting berbasis Islam terkait penerapan UU tersebut. Di samping dua UU tersebut dan KHI, bisa disebut sebagai jangkar konsep Hukum Perdata Islam di Indoensia.

Berikut adalah sejumlah perubahan yang menjadikan PA kian kokoh dengan UU tersebut. Undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Pasal 49 ayat (1) Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan

menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:

a. perkawinan;b. kewarisan, wasiat, dan hibah, yang dilakukan berdasarkan hukum Islam;c. wakaf dan shadaqah.

Undang-undang No. 3 tahun 2006 tentang Perubahan terhadap Undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Pasal 49 ayat (1) berubah menjadi sebagaiberikut:Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:a. perkawinan;b. waris;c. wasiat;d. hibah;e. wakaf;f. zakat;g. infaq;h. shadaqah; dani. ekonomi syari'ah.

Yang dimaksud dengan “antara orang-orang yang beragama Islam” adalah termasuk orang atau badan hukum yang dengan sendirinya menundukkan diri dengan sukarela kepada hukum Islam mengenai halhal yang menjadi kewenangan Peradilan Agama sesuai dengan ketentuan Pasal ini.

Huruf a Yang dimaksud dengan “perkawinan” adalah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku yang dilakukan menurut syari'ah,antara lain: 1. izin beristri lebih dari seorang; 2. izin melangsungkan perkawinan bagi orang yang belum berusia 21 (dua puluh satu) tahun, dalam hal orang tua wali, atau keluarga dalam garis lurus ada perbedaan pendapat; 3. dispensasi kawin; 4. pencegahan perkawinan; 5. penolakan perkawinan oleh Pegawai Pencatat Nikah; 6. pembatalan perkawinan; 7. gugatan kelalaian atas kewajiban suami dan istri; 8. perceraian karena talak; 9. gugatan perceraian; 10. penyelesaian harta bersama; 11.penguasaan anak-anak; 12. ibu dapat memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan anak bilamana bapak yang seharusnya bertanggung jawab tidak mematumhinya; 13. penentuan kewajiban memberi biaya penghidupan oleh suami kepada bekas istri atau penentuan suatu kewajiban bagi bekas istri; 14. putusan tentang sah tidaknya seorang anak; 15. putusan tentang pencabutan kekuasaan orang tua;16. pencabutan kekuasaan wali; 17. penunjukan orang lain sebagai wali oleh pengadilan dalam hal kekuasaan seorang wali dicabut; 18. penunjukan seorang wali dalam hal seorang anak yang belum cukup umur 18 (delapan belas) tahun yang ditinggal kedua orang tuanya; 19. pembebanan kewajiban ganti kerugian atas harta benda anak yang ada di bawah kekuasaannya; 20. penetapan

asal-usul seorang anak dan penetapan pengangkatan anak berdasarkan hukum Islam; 21. putusan tentang hal penolakan pemberian keterangan untuk melakukan perkawinan campuran; 22. pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan dijalankan menurut peraturan yang lain.

Huruf b Yang dimaksud dengan “waris” adalah penentuan siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai harta peninggalan, penentuan bagian masing-masing ahli waris, dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut, serta penetapan pengadilan atas penentuan bagian masing-masing ahli waris.

Huruf c Yang dimaksud dengan “wasiat” adalah perbuatan seseorang memberikan suatu benda atau manfaat kepada orang lain atau lembaga/badan hukum, yang berlaku setelah yang memberi tersebut meninggal dunia.

Huruf d Yang dimaksud dengan “hibah” adalah pemberian suatu benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seseorang atau badan hukum kepada orang lain atau badan hukum untuk dimiliki.

Huruf e Yang dimaksud dengan “wakaf” adalah perbuatan seseorang atau sekelompok orang (wakif) untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syari’ah.

Huruf g Yang dimaksud dengan “infaq” adalah perbuatan seseorang memberikan sesuatu kepada orang lain guna menutupi kebutuhan, baik berupa makanan, minuman, mendermakan, memberikan rezeki (karunia), atau menafkahkan sesuatu kepada orang lain berdasarkan rasa ikhlas, dan karena Allah Subhanahu Wata’ala.

Huruf f Yang dimaksud dengan “zakat” adalah harta yang wajib disisihkan oleh seorang muslim atau badan hukum yang dimiliki oleh orang muslim sesuai dengan ketentuan syari’ah untuk diberikan kepada yang berhak menerimanya

Huruf h Yang dimaksud dengan “shadaqah” adalah perbuatan seseorang memberikan sesuatu kepada orang lain atau lembaga/badan hukum secara spontan dan sukarela tanpa dibatasi oleh waktu dan jumlah tertentu dengan mengharap ridho Allah Subhanahu Wata’ala dan pahala semata.

Huruf I Yang dimaksud dengan “ekonomi syari’ah” adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari’ah, antara lain meliputi:a. bank syari’ah;b. lembaga keuangan mikro syari’ah.c. asuransi syari’ah;d. reasuransi syari’ah;e. reksa dana syari’ah;f. obligasi syari’ah dan surat berharga berjangka menengah syari’ah;g. sekuritas syari’ah;h. pembiayaan syari’ah;i. pegadaian syari’ah;j. dana pensiun lembaga keuangan syari’ah;k. bisnis syari’ah.

Pengertian perkawinan/pernikahan, Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.⁵⁰

Menurut Kompilasi Hukum Islam, perkawinan yaitu akad yang sangat kuat atau mitsaqan galizian untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.⁵¹Pernikahan dianggap sah apabila dilakukan menurut hukum perkawinan masing-masing agama dan kepercayaan serta tercatat oleh lembaga yang berwenang menurut perundang-undangan yang berlaku.Perkawinan adalah salah satu bentuk ibadah yang kesuciannya perlu dijaga oleh kedua belah pihak baik suami maupun istri.⁵²

Perkawinan bertujuan (UU NO. 1/1974) untuk membentuk keluarga yang bahagia sejahtera dan kekal selamanya. Perkawinan memerlukan kematangan dan persiapan fisik dan mental karena menikah / kawin adalah sesuatu yang sakral dan dapat menentukan jalan hidup seseorang. Sedangkan (KHI Inpres No 1/1991) tujuan perkawinan adalah untuk mewujudkan rumah tangga yang sakinah (mawadah warahmah). Menurut al-Qur’an, Tujuan Pernikahan / perkawinan; “Dan di antara tanda-tanda kekuasaannya ialah Dia menciptakan untukmu pasangan hidup dari jeniismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan dijadikanNya diantaramu rasa kasih dan sayang. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda bagi kaum yang berfikir.”⁵³

⁵⁰Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

⁵¹Kompilasi Hukum Islam Inpres no. 1 tahun 1991 (KHI)

⁵²Kompilasi ,,,

⁵³Q.S. 30-An Ruum : 21

Dasar pernikahan menurut al-Qur'an: "Dan kawinlah orang-orang yang sendirian di antara kamu dan mereka yang berpekerti baik. Termasuk hamba-hamba sahayamu yang perempuan."⁵⁴

Sementara prinsip-prinsip atau asas-asas perkawinan menurut Undang-undang Perkawinan, disebutkan didalam penjelasan umumnya sebagai berikut:⁵⁵

a. Tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal. Untuk itu suami istri perlu saling membantu dan melengkapi agar masing-masing dapat mengembangkan pribadinya, membantu dalam mencapai kesejahteraan spiritual dan material.

b. Perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, dan disamping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut perturan 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 resmi yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.

c. Undang-undang ini menganut asas monogami, hanya apabila dikehendaki oleh yang bersangkutan, karena hukum dan agama dari yang bersangkutan mengijinkannya, seorang suami dapat beristri lebih dari seorang. Namun demikian perkawinan seorang suami dengan lebih dari seorang istri, meskipun hal itu dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan hanya dapat dilakukan apabila dipenuhi berbagai persyaratan tertentu dan diputuskan oleh Pengadilan Agama.

d. Undang-Undang ini mengatur prinsip, bahwa calon suami istri itu harus batas umur untuk kawin baik bagi pria maupun bagi wanita, ialah 19 tahun bagi pria dan 16 tahun bagi wanita.

e. Karena tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga yang bahagia dan kekal dan sejahtera, maka Undang-Undang ini menganut prinsip untuk mempersukar terjadinya perceraian. Untuk memungkinkan perceraian harus ada alasan-alasan tertentu serta harus dilakukan di depan sidang Pengadilan Agama.⁵⁶

f. Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami baik dalam kehidupan rumah tangga maupun dalam pergaulan bermasyarakat, sehingga

⁵⁴Q.S. 24-An Nuur : 32

⁵⁵Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

⁵⁶(pasal 19 P P No. 9 tahun 1975)

dengan demikian segala sesuatu dalam keluarga dapat dirundingkan dan diputuskan bersama suami istri.

Lamaran (melamar dan meminang)

Menurut KHI Pasal 11 Peminangan dilakukan secara langsung oleh laki-laki yang hendak menikah atau wakilnya yang dipercaya. KHI Pasal 12 Peminangan dilakukan terhadap seorang perempuan yang belum pernah menikah atau perempuan yang sudah pernah menikah yang iddah-nya telah habis.

Larangan Meminang

KHI Pasal 12 ayat (2): Peminangan dilarang terhadap:

- a. Perempuan yang masih berada dalam iddah, kecuali yang ditinggal mati suaminya dapat dipinang secara sendirian (ta'ridl);
- b. Perempuan yang sedang dipinang laki-laki lain selama pinangan tersebut belum putus atau belum ada penolakan dari pihak perempuan.

Pencegahan dan Pembatalan Perkawinan

a. Pencegahan

1. Menurut UU No. 1/1974

Pasal 13

Perkawinan dapat dicegah apabila ada orang yang tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan.

Pasal 14

(1) Yang dapat mencegah perkawinan adalah para keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dan ke bawah, saudara, wali nikah, wali pengampu dari salah seorang calon mempelai dan pihak-pihak yang berkepentingan.

(2) Mereka yang tersebut dalam ayat (1) pasal ini berhak juga mencegah berlangsungnya perkawinan apabila salah seorang dari calon mempelai berada di bawah pengampuan, sehingga dengan perkawinan tersebut nyata-nyata mengakibatkan kesengsaraan bagi calon mempelai yang lain, yang mempunyai hubungan dengan orang-orang seperti yang tersebut dalam ayat (1) pasal ini.

Pasal 15

Barang siapa yang karena perkawinan dirinya masih terikat dengan salah satu dari kedua belah pihak dan atas dasar masih adanya perkawinan, dapat mencegah

perkawinan yang baru dengan tidak mengurangi ketentuan pasal 3 ayat (2) dan pasal 4 Undang-undang ini.

Pasal 16

(1) Pejabat yang ditunjuk berkewajiban mencegah berlangsungnya perkawinan apabila ketentuan-ketentuan dalam Pasal 7 ayat (1), Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, dan Pasal 12 Undang-undang ini tidak dipenuhi.

Pasal 17

(1) Pencegahan perkawinan diajukan kepada Pengadilan dalam daerah hukum dimana perkawinan akan dilangsungkan dengan memberitahukan juga kepada pegawai pencatat perkawinan.

(2) Kepada calon-calon mempelai diberitahukan mengenai permohonan pencegahan perkawinan dimaksud dalam ayat (1) pasal ini oleh pegawai pencatat perkawinan.

Pasal 18

Pencegahan perkawinan dapat dicabut dengan putusan Pengadilan atau dengan menarik kembali permohonan pencegahan pada Pengadilan oleh yang mencegah.

Pasal 19

Perkawinan tidak dapat dilangsungkan apabila pencegahan belum dicabut.

Pasal 20

Pegawai pencatat perkawinan tidak diperbolehkan melangsungkan atau membantu melangsungkan perkawinan bila ia mengetahui adanya pelanggaran dari ketentuan dalam Pasal 7 ayat (1), Pasal 8, Pasal 9

Pasal 21

(1) Jika pegawai pencatat perkawinan berpendapat bahwa terhadap perkawinan tersebut ada larangan menurut Undang-undang ini, maka ia akan menolak melangsungkan perkawinan.

(2) Di dalam hal penolakan, maka permintaan salah satu pihak yang ingin melangsungkan perkawinan yang oleh pegawai pencatat perkawinan akan diberikan suatu keterangan tertulis dari penolakan tersebut disertai dengan alasan-alasan penolakannya.

(3) Para pihak yang perkawinannya ditolak berhak mengajukan permohonan kepada Pengadilan di dalam wilayah mana pegawai pencatat perkawinan yang mengadakan

penolakan berkedudukan untuk memberikan putusan, dengan menyerahkan surat keterangan penolakan tersebut di atas.

(4) Pengadilan akan memeriksa perkaranya dengan acara singkat dan akan memberikan ketetapan, apakah ia akan menguatkan penolakan tersebut ataukah memerintahkan, agar supaya perkawinan dilangsungkan.

(5) Ketetapan ini hilang kekuatannya, jika rintangan-rintangan yang mengakibatkan penolakan tersebut hilang dan pada pihak yang ingin kawin dapat mengulangi pemberitahuan tentang maksud mereka.

2. Menurut Kompilasi Hukum Islam

Pasal 60

(1) Pencegahan perkawinan bertujuan untuk menghindari suatu perkawinan yang dilarang hukum Islam dan Peraturan Perundang-undangan

(2) Pencegahan perkawinan dapat dilakukan bila calon suami atau calon istri yang akan melangsungkan perkawinan tidak syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan menurut hukum Islam dan Peraturan Perundang – undangan.

Pasal 61

Tidak sekufu tidak dapat dijadikan alasan untuk mencegah perkawinan, kecuali tidak sekufu karena perbedaan agama atau ikhtilaafu ad dien.

“Sekufu” = Sederajat (dalam hal harta , kedudukan , pendidikan dll)

Pasal 62

(1) Yang dapat mencegah perkawinan adalah para keluarga dalam garis keturunan lurus keatas dan ke bawah, saudara, wali nikah, wali pengampu dari salah seorang calon mempelai dan pihak-pihak yang bersangkutan.

(2) Ayah kandung yang tidak pernah melaksanakan fungsinya sebagai kepala keluarga tidak gugur hak kewaliannya untuk mencegah perkawinan yang akan dilakukan oleh wali nikah yang lain.

Pasal 63

Pencegahan perkawinan dapat dilakukan oleh suami atau istri yang masih terikat dalam perkawinan dengan salah seorang calon istri atau calon suami yang akan melangsungkan perkawinan.

Pasal 64

Pejabat yang ditunjuk untuk mengawasi perkawinan berkewajiban mencegah perkawinan bila rukun dan syarat perkawinan tidak dipenuhi.

Pasal 65

(1) Pencegahan perkawinan diajukan kepada Pengadilan Agama dalam daerah hukum di mana perkawinan akan dilangsungkan dengan memberitahukan juga kepada Pegawai Pencatat Nikah.

(2) Kepada calon-calon mempelai diberitahukan mengenai permohonan pencegahan perkawinan dimaksud dalam ayat (1) oleh Pegawai

Pasal 66

Perkawinan tidak dapat dilangsungkan apabila pencegahan belum dicabut.

Pasal 67

Pencegahan perkawinan dapat dicabut dengan menarik kembali permohonan pencegahan pada Pengadilan Agama oleh yang mencegah atau dengan putusan Pengadilan Agama.

Pasal 68

Pegawai Pencatat Nikah tidak diperbolehkan melangsungkan atau membantu melangsungkan perkawinan bila ia mengetahui adanya pelanggaran dari ketentuan pasal 7 ayat (1), pasal 8, pasal 9, pasal 10 atau pasal 12 Undang-undang no 1 Tahun 1974 meskipun tidak ada pencegahan perkawinan.

Pasal 69

(1) Apabila Pegawai Pencatat Nikah berpendapat bahwa terhadap perkawinan tersebut ada larangan menurut Undang-undang No. 1 Tahun 1974 maka ia akan menolak melangsungkan perkawinan.

(2) Dalam hal penolakan, maka permintaan salah satu pihak yang ingin melangsungkan perkawinan oleh Pegawai Pencatat Nikah akan diberikan surat keterangan tertulis dari penolakan tersebut disertai alasan-alasan penolakannya.

(3) Para pihak yang perkawinannya ditolak berhak mengajukan permohonan kepada Pengadilan Agama dalam wilayah mana Pegawai Pencatat Nikah yang mengadakan penolakan berkedudukan untuk memberikan keputusan, dengan menyerahkan surat keterangan penolakan tersebut di atas.

(4) Pengadilan Agama akan memeriksa perkaranya dengan acara singkat dan akan memberikan ketetapan, apakah ia akan menguatkan penolakan tersebut ataukah memerintahkan agar supaya perkawinan dilangsungkan.

(5) Ketetapan ini hilang kekuatannya, jika rintangan-rintangan yang mengakibatkan penolakan tersebut hilang dan para pihak yang ingin kawin dapat mengulangi pemberitahuan tentang maksud mereka.

Prosedur Pencegahan

- a. Pemberitahuan kepada PPN setempat.
- b. Mengajukan permohonan pencegahan ke Pengadilan Agama setempat.
- c. PPN memberitahukan hal tersebut kepada calon mempelai.

B. Pembatalan Perkawinan

1. Menurut UU No1 Tahun 1974

Definisi Pembatalan Perkawinan

Pembatalan berasal dari kata batal, yaitu menganggap tidak sah, menganggap tidak pernah ada (Kamus Umum Bahasa Indonesia; Badudu – Zain). Jadi pembatalan perkawinan berarti menganggap perkawinan yang telah dilakukan sebagai peristiwa yang tidak sah, atau dianggap tidak pernah ada.

Pasal 22

Perkawinan dapat dibatalkan apabila para pihak tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan.

Dalam Penjelasan Pasal 22 disebutkan bahwa pengertian "dapat" pada pasal ini diartikan bisa batal atau bisa tidak batal, bilamana menurut ketentuan hukum agamanya masing-masing tidak menentukan lain. Dengan demikian, jenis perkawinan di atas dapat bermakna batal demi hukum dan bisa dibatalkan.

Lebih lanjut menurut Peraturan Menteri Agama (PMA) Nomor 3 Tahun 1975 ditentukan bahwa. Apabila pernikahan telah berlangsung kemudian ternyata terdapat larangan menurut hukum munakahat atau peraturan perundang-undangan tentang perkawinan, maka Pengadilan Agama dapat membatalkan pernikahan tersebut atas permohonan pihak-pihak yang berkepentingan.

Pihak-Pihak Yang Dapat Mengajukan Permohonan Pembatalan Perkawinan (pasal 23 UU No. 1 tahun 1974)

Para keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dari suami atau istri; Suami atau istri; Pejabat yang berwenang hanya selama perkawinan belum diputuskan; Pejabat pengadilan.

2. Menurut KHI

Pasal 73

Yang dapat mengajukan pembatalan perkawinan adalah:

- a. Para keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dan ke bawah dari suami atau istri
- b. Suami atau isteri
- c. Pejabat yang berwenang mengawasi pelaksanaan perkawinan menurut undang-undang
- d. Para pihak yang berkepentingan yang mengetahui adanya cacat dalam rukun dan syarat perkawinan menurut hukum Islam dan peraturan perundang-undangan sebagaimana tersebut dalam pasal 67

Alasan Pembatalan Perkawinan

Perkawinan dapat dibatalkan, bila:

- a. Perkawinan dilangsungkan di bawah ancaman yang melanggar hukum (pasal 27 UU No. 1/1974).
- b. Salah satu pihak memalsukan identitas dirinya (pasal 27 UU No. 1/1974). Identitas palsu misalnya tentang status, usia atau agama.
- c. Suami/istri yang masih mempunyai ikatan perkawinan melakukan perkawinan tanpa seijin dan sepengetahuan pihak lainnya (pasal 24 UU No. 01 tahun 1974).

Perkawinan yang tidak sesuai dengan syarat-syarat perkawinan (pasal 22 UU Perkawinan)

Sementara menurut Pasal 71 KHI, perkawinan dapat dibatalkan apabila:

- a. Seorang suami melakukan poligami tanpa izin Pengadilan Agama;
- b. Perempuan yang dikawini ternyata kemudian diketahui masih menjadi isteri pria lain yang mafqud (hilang);
- c. Perempuan yang dikawini ternyata masih dalam masa iddah dari suami lain;
- d. Perkawinan yang melanggar batas umur perkawinan, sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 7 Undang-undang No 1 Tahun 1974;

e. Perkawinan dilangsungkan tanpa wali atau dilaksanakan oleh wali yang tidak berhak;

f. Perkawinan yang dilaksanakan dengan paksaan.

Pengajuan Pembatalan Perkawinan

Permohonan pembatalan perkawinan dapat diajukan ke Pengadilan (Pengadilan Agama bagi Muslim dan Pengadilan Negeri bagi Non-Muslim) di dalam daerah hukum di mana perkawinan telah dilangsungkan atau di tempat tinggal pasangan (suami-istri). Atau bisa juga di tempat tinggal salah satu dari pasangan baru tersebut.

Batas Waktu Pengajuan

Ada batas waktu pengajuan pembatalan perkawinan. Untuk perkawinan anda sendiri (misalnya karena suami anda memalsukan identitasnya atau karena perkawinan anda terjadi karena adanya ancaman atau paksaan), pengajuan itu dibatasi hanya dalam waktu enam bulan setelah perkawinan terjadi. Jika sampai lebih dari enam bulan anda masih hidup bersama sebagai suami istri, maka hak anda untuk mengajukan permohonan pembatalan perkawinan dianggap gugur (pasal 27 UU No. 1 tahun 1974).

Pemberlakuan Pembatalan Perkawinan

Batalnya perkawinan dimulai setelah keputusan Pengadilan mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan berlaku sejak saat berlangsungnya perkawinan. Keputusan Pembatalan Perkawinan tidak berlaku surut terhadap anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut. Artinya, anak-anak dari perkawinan yang dibatalkan, tetap merupakan anak yang sah dari suami anda. Dan berhak atas pemeliharaan dan pembiayaan serta waris (pasal 28 UU No. 1 Tahun 1974).

Akibat Hukum

a. Pembatalan perkawinan berarti adanya putusan pengadilan yang menyatakan bahwa perkawinan yang dilaksanakan adalah tidak sah. Akibat hukum dari pembatalan tersebut adalah bahwa perkawinan tersebut menjadi putus dan bagi para pihak yang dibatalkan perkawinannya kembali ke status semula karena perkawinan tersebut dianggap tidak pernah ada dan para pihak tersebut tidak mempunyai hubungan hukum lagi dengan kerabat dan bekas suami maupun isteri.

b. Batalnya perkawinan dimulai setelah putusan Pengadilan Agama mempunyai kekuatan hukum tetap, tetapi berlaku surut sejak saat berlangsungnya perkawinan.

c. Keputusan pembatalan tidak berlaku surut terhadap :

- 1) Perkawinan yang batal karena suami atau isteri murtad;
- 2) Anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut;
- 3) Pihak ketiga yang mempunyai hak dan beritikad baik.;
- 4) Batalnya perkawinan tidak memutus hubungan hukum anak dengan orang tua.

d. Perbedaan dengan perceraian dalam hal akibat hukum :

- 1) Keduanya menjadi penyebab putusnya perkawinan, tetapi dalam perceraian bekas suami atau isteri tetap memiliki hubungan hukum dengan mertuanya dan seterusnya dalam garis lurus ke atas, karena hubungan hukum antara mertua dengan menantu bersifat selamanya.
- 2) Terhadap harta bersama diserahkan kepada pihak-pihak yang berkepentingan untuk bermusyawarah mengenai pembagiannya karena dalam praktik tidak pernah diajukan ke persidangan dan di dalam perundang-undangan hal tersebut tidak diatur.