

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

2.1. Perkawinan dan Pencatatan Perkawinan

Perkawinan dan pernikahan sebenarnya memiliki makna yang sama secara prinsip. Meskipun ada beberapa pandangan yang mencoba membedakan keduanya, perbedaan tersebut umumnya hanya berkaitan dengan asal kata.²⁴ Perkawinan adalah sebuah perjanjian yang menjadikan sahnya hubungan intim antara seorang pria dan seorang wanita, membentuk ikatan keluarga yang kokoh, damai, bahagia, dan abadi baik secara fisik maupun emosional.²⁵

Perkawinan merupakan sebuah akad tercantum dalam firman Allah suah An-Nur ayat 32 sebagai berikut :

وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ

Artinya :” Nikahkanlah orang-orang yang masih membujang di antara kamu dan juga orang-orang yang layak (menikah) dari hamba-hamba sahayamu, baik laki-laki maupun perempuan. Jika mereka miskin, Allah akan memberi kemampuan kepada mereka dengan karunia-Nya. Allah Mahaluas (pemberian-Nya) lagi Maha Mengetahui.”

Undang-undang nomor 1 Tahun 1974 mengartikan perkawinan sebagai ikatan resmi antara seorang pria dan seorang wanita, yang bertujuan untuk membangun sebuah rumah tangga yang bahagia dan abadi, yang didasarkan pada prinsip-prinsip agama. Hal yang serupa dinyatakan dalam pasal 2 kompilasi hukum Islam, yang menegaskan bahwa perkawinan dalam hukum Islam adalah

²⁴ Mukhtar Kamal, *Asas-Asas Hukum Islam Tentang Perkawinan* (Jakarta: Bulan Bintang, 1974).

²⁵ Ramulyo M. Idris, “Hukum Perkawinan Islam Suatu Analisis dari Undang-Undang no. 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam” (Jakaarta, Bumi Aksara, 1996).

pernikahan, yaitu kesepakatan yang kuat untuk taat kepada perintah Allah dan menjalankannya sebagai bentuk ibadah.

Menurut Sayyid Sabiq, perkawinan dianggap sebagai salah satu ketetapan Allah yang berlaku untuk seluruh makhluk-Nya, termasuk manusia, hewan, dan tumbuhan. Allah tidak membiarkan manusia hidup dalam kebebasan tanpa aturan seperti makhluk lainnya. Untuk menjaga kehormatan umat manusia, Allah telah mengatur hubungan antara pria dan wanita dengan cara yang terhormat, yang didasarkan pada kebahagiaan bersama, melalui ijab qabul dan kesaksian saksi bahwa hubungan tersebut merupakan ikatan lahir dan batin yang sah.²⁶

Dari beberapa penjelasan mengenai definisi dan dasar hukum perkawinan di atas, jika diuraikan kita dapat mencatat hal-hal berikut:

- a. Perkawinan merupakan ikatan yang sangat kuat, baik secara fisik maupun emosional, antara seorang pria dan seorang wanita yang bertujuan untuk menjadi suami dan istri.
- b. Tujuan dari ikatan lahir dan batin tersebut adalah untuk membentuk sebuah rumah tangga yang memberikan kedamaian, kebahagiaan, dan kesejahteraan.
- c. Dasar dari ikatan tersebut adalah ketentuan yang ditetapkan oleh Allah SWT.

Melihat pada pengertian perkawinan, maka unsur-unsur perkawinan dapat dilihat sebagai berikut :

²⁶ Halimatusa'diyah Halimatusa'diyah, "POLIGAMI TANPA IZIN PENGADILAN AGAMA YANG MELIBATKAN ISTRI PERTAMA PERSPEKTIF HUKUM ISLAM DAN UU NO. 1 TAHUN 1974 TENTANG PERKAWINAN" (diploma, UNUSIA, 2022), <https://unusia.ac.id/>.

- a. Ikatan Lahir Batin: Perkawinan adalah perjanjian yang mengikat secara fisik dan emosional antara pasangan suami istri.
- b. Pria dan Wanita: Perkawinan tradisional di banyak sistem hukum dan agama adalah antara seorang pria dan seorang wanita.
- c. Tujuan Membentuk Keluarga: Tujuan utama dari perkawinan adalah membentuk sebuah keluarga yang harmonis dan berkesinambungan.
- d. Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa: Perkawinan sering kali dianggap sakral dan didasarkan pada nilai-nilai keagamaan.

Dari segi sosial dan budaya, maka unsur pernikahan diantaranya:

- a. Penyatuan Keluarga: Perkawinan tidak hanya menyatukan dua individu tetapi juga dua keluarga besar, mempererat hubungan kekerabatan.
- b. Nilai Budaya: Tradisi dan adat istiadat lokal sangat mempengaruhi cara perkawinan dilaksanakan dan diakui dalam masyarakat.
- c. Peran Agama: Banyak agama memandang perkawinan sebagai perjanjian suci yang diberkati dan dipandu oleh ajaran agama masing-masing.

Akad perkawinan merupakan tahap yang sangat krusial dalam pembentukan sebuah rumah tangga. Akad tersebut bisa menjadi sah atau bisa juga menjadi batal atau tidak berlaku. Syarat-syarat dan rukun-rukun perkawinan harus dipenuhi untuk menjadikan suatu akad perkawinan sempurna. Tentu saja, semua persyaratan dan rukun perkawinan tersebut harus sesuai dengan ketentuan hukum syariah. Para ulama memiliki pendapat yang berbeda mengenai jumlah rukun perkawinan, karena ada yang memasukkan beberapa unsur sebagai rukun,

sementara pendapat lain menyatakan bahwa unsur-unsur tersebut merupakan syarat-syarat perkawinan.

Rukun perkawinan merupakan hal yang sangat penting dan tidak boleh diabaikan karena merupakan bagian substansial dari suatu perbuatan yang dilakukan. Sedangkan syarat-syarat merupakan hal-hal yang harus dipenuhi agar suatu perbuatan dapat dilakukan, meskipun tidak secara langsung terkait dengan perbuatan itu sendiri.

Imam Syafi'i mengelompokkan rukun nikah menjadi lima, yaitu keberadaan calon suami, calon istri, wali, dua orang saksi, dan sighth taklik. Sementara itu, Imam Malik mengelompokkan rukun nikah menjadi empat, yaitu keberadaan wali, keberadaan mahar dari kedua mempelai, serta sighth taklik.²⁷

Menurut Sayyid Sabiq, syarat-syarat dalam melakukan ijab qabul adalah sebagai berikut:

- a. Semua pihak yang terlibat dalam akad harus memiliki kapasitas yang memadai, tidak mengalami gangguan jiwa, sudah dewasa, dan bebas.
- b. Setiap pihak memiliki hak yang mutlak untuk melakukan ijab dan qabul.
- c. Antara ijab dan qabul haruslah konsisten, kecuali jika wali memberikan manfaat kepada pihak yang melakukan ijab.

²⁷ Alifia Wahyuni dkk., "Pernikahan Dini Menurut Perspektif Madzhab Imam Syafi'I," *Jurnal Imtiyaz* 4, no. 1 (2020): 64.

- d. Disarankan agar semua pihak yang akan melakukan ijab dan qabul hadir dalam satu majelis dan memahami sepenuhnya apa yang diucapkan.²⁸

Pendapat yang berkembang diantara pakar hukum islam di Indonesia memunculkan kesimpulan yang banyak dijadikan sebagai dasar hukum tentang rukun-rukun serta persyaratan-persyaratan yang wajib dimiliki dalam pelaksanaan akad perkawinan, rukun dan syaratnya yaitu :

- a. Bagi pengantin baik pria maupun wanita harus sudah akil baligh, dewasa, dan tidak gila.
- b. Calon mempelai wanita wajib memiliki wali.
- c. Mempelai pria wajib menyediakan mahar untuk diberikan setelah akad dilaksanakan.
- d. Saat melakukan akad dihadiri minimal 2 orang saksi laki-laki yang dianggap adil oleh kedua belah pihak, serta saksi harus beragama islam.
- e. Dilaksanakannya akad dimana ijab dari wali pengantin perempuan dan qabul dari pengantin pria disertai penyebutan besaran mahar yang akan diberikan.
- f. Hendaknya diadakan *Walimatul 'ursy* sebagai pertanda telah dilaksanakannya akad nikah.
- g. Pasangan yang sudah menikah, diharuskan untuk mendaftarkan pernikahannya di Kantor Urusan Agama, untuk mendapatkan bukti

²⁸ Syaikh Sulaiman Ahmad Yahya Al-Faifi, *Ringkasan Fikih Sunnah Sayyid Sabiq* (Pustaka Al-Kautsar, 2013).

otentik telah dilaksanakan perkawinan. Hal ini merupakan penganalogian dari ayat 282 surah Al-Imran yang disebutkan sebagai *I'lan Annikah* atau pencatatan nikah. Hal ini juga merupakan perintah sebagaimana yang dibunyikan dalam pasal 7 Kompilasi Hukum Islam serta Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang perkawinan.²⁹

Begitu pula jika kita merujuk pada Kompilasi Hukum Islam tentang Rukun Perkawinan tercantum di pasal 14, untuk melangsungkan prosesi perkawinan hendaknya ada mempelai pria, dan mempelai wanita, hadirnya wali , adanya dua orang saksi, serta akad (ijab dan qabul). Persyaratan ini tidak boleh ada yang tertinggal. Kemudian pasal 15 hingga pasal 29 Kompilasi Hukum Islam merupakan Penjabaran persyaratan dalam perkawinan. Syarat dalam perkawinan adalah sebagai berikut :

a. Persyarat mempelai pria :

- 1) Beragama Islam;
- 2) Pria yang memenuhi kriteria tertentu;
- 3) Tidak memiliki hubungan darah ataupun sepersusuan dengan mempelai wanita (mahram);
- 4) Tidak dalam melaksanakan ihram haji ataupun umrah;
- 5) Tidak dalam keadaan terpaksa.
- 6) Mengetahui bahwa yang dijadikan wali adalah orang yang sah;
- 7) Memahami bahwa mempelai wanita adalah orang yang sah dan diperbolehkan untuk dinikahi;

²⁹ Idris, "Hukum Perkawinan Islam Suatu Analisis dari Undang-Undang no. 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam."

- 8) Saat melaksanakan akad tidak dalam keadaan memiliki empat orang istri yang sah baik secara agama dan aturan negara.

b. Persyaratan mempelai wanita ;

- 1) Beragama Islam;
- 2) Wanita yang memenuhi kriteria tertentu;
- 3) Bukan dalam keadaan masa iddah;
- 4) Tidak dalam melaksanakan ihram haji ataupun umrah;
- 5) Dengan kerelaan hati tanpa ada paksaan kecuali masih gadis.
- 6) Tidak memiliki hubungan darah ataupun sepersusuan dengan mempelai pria (mahram);
- 7) Saat melaksanakan akad tidak berstatus memiliki suami.

c. Persyaratan wali

- 1) Dianggap Adil oleh pihak pria dan wanita;
- 2) Beragama Islam.
- 3) Dewasa dan sudah baligh;
- 4) Pria.
- 5) Tidak dalam kekuasaan orang lain (merdeka);
- 6) Bukan orang yang fasik, bukan beragama islam, dan murtad
- 7) Tidak dalam melaksanakan ihram haji ataupun umrah;
- 8) Tidak gila atau sehat akal fikiran;
- 9) Dengan kerelaan sendiri tanpa paksaan siapapun
- 10) Bukan orang yang bangkrut, dimana hartanya dikuasai oleh pihak lain.

d. Persyaratan saksi

- 1) Beragama Islam.
- 2) Pria.
- 3) Dewasa dan sudah baligh;
- 4) Tidak gila atau sehat akal fikiran;
- 5) Tidak dalam kekuasaan orang lain (merdeka);
- 6) Minimal sejumlah 2 (dua) orang;
- 7) Mengerti makna yang terkandung dalam ucapan akad (ijab dan qabul);
- 8) Sebisa mungkin tidak tuna netra, tuna rungu, atau tuna wicara;
- 9) Orang yang dianggap adil;
- 10) Orang yang memiliki kriteria sebagai wali;

e. Persyaratan akad (ijab dan qabul):

- 1) Mempelai pria dan Mempelai wanita mengucapkan *Tamyiz*;
- 2) Dalam akad ijab dan qabul harus dilaksanakan pada majelis yang sama, selain itu lafadz ijab dan qabul tidak boleh disisipi oleh lafadz lain baik menurut adat kebiasaan yang memberikan selingan pada lafadz ijab dan qabul.

Mengenai persyaratan pelaksanaan perkawinan juga tercantum pada BAB II pasal 6 Undang-undang nomor 1 Tahun 1974 tentan Perkawinan, yang dapat diuraikan sebagi berikut:

- a. Hendaknya perkawinan yang terjadi merupakan kerelaan dari kedua mempelai, didasari persetujuan, keikhlasan tanpa ada paksaan;

- b. Bagi pasangan yang akan melaksanakan perkawinan jika belum berumur 21 Tahun, wajib memiliki izin dari orang tua masing-masing;
- c. Jika salah satu orang tua telah terlebih dahulu wafat atau dalam keadaan yang tidak memungkinkan memberi izin seperti sakit dan lain sebagainya, maka cukup memperoleh izin dari salah satu orang tua yang masih hidup atau dari orang tua yang masih memiliki kemampuan memberikan izin dan restu;
- d. Jika kedua orang tua sudah terlebih dahulu wafat ataupun dalam kondisi yang tidak memungkinkan memberikan izinnya kepada anak yang akan menikah, maka wali dapat memberikan izin, atau seseorang yang memiliki hubungan seadara yang masih dalam garis keturunan garis keatas masih hidup dan mampu memberikan izin;
- e. Apabila terjadi silang pendapat diantara orang-orang yang telah disebutkan pada penjelasan diatas, ataupun salah satu atau lebih menyatakan tidak memberikan izin, maka kedua mempelai dapat mengajukan izin melalui Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggal mempelai pria ataupun mempelai wanita, dan pengadilan terlebih dahulu memanggil serta mendengarkan keterangan dari orang-orang yang telah disebutkan dalam penjelasan a,b, c dan d.
- f. Ketetapan yang ada dalam penjelasan diatas mengikat para pihak jika hukum agama masing-masing calon mempelai tidak menentukan hukum lain.

Perlu dipahami hukum dasar dalam melaksanakan perkawinan adalah boleh, akan tetapi jika disesuaikan antara keadaan orang yang akan menikah maka akan berubah juga hukumnya, jumbuh ulama membagi hukum perkawinan menjadi lima, yaitu :

- a. Wajib apabila seseorang sudah memiliki kemampuan. Secara ekonomi sudah memiliki penghasilan yang memadai, secara fisik sehat dan memiliki nafsu syahwat yang apabila tidak segera disalurkan maka dikhawatirkan dirinya terjerumus dalam perbuatan dosa. Diharuskannya menikah untuk mempertahankan kehormatan dan menghindarkan diri dari perbuatan zina. Menikah adalah salah satu cara menghindarkan diri dari perbuatan haram.³⁰
- b. Sunnah jika seseorang sudah memiliki kemampuan secara ekonomi, sehat jasmani maupun rohani, dan memiliki nafsu syahwat. Namun ia merasa mampu untuk menahan hawa nafsunya untuk tidak melakukan perbuatan zina. Kondisi seperti ini, tetap dianjurkan untuk menikah walaupun merasa mampu memelihara nafsunya dari perbuatan tercela.³¹
- c. Haram yaitu kondisi perkawinan yang apabila tetap dilanjutkan akan menimbulkan kemudharatan, karena sudah diketahui sejak sebelum perkawinan calon suami tidak mampu memberikan nafkah kepada calon istri, atau calon suami akan sering melakukan kekerasan kepada calon istri disebabkan kebiasaannya dalam mengkonsumsi narkoba dan

³⁰ H. Khoirul Abror, "Hukum perkawinan dan Perceraian" (Ladang Kata, Bantul Yogyakarta, 2020), <http://repository.radenintan.ac.id/12665/1/Hukum%20Perkawinan%20dan%20Perceraian.pdf>.

³¹ *Ibid*, h. 48

minuman keras. Disyariatkannya perkawinan bertujuan untuk memberikan kemaslahatan baik dunia maupun akhirat.³²

- d. Makruh jika kondisinya pasangan yang melaksanakan perkawinan belum memiliki kemampuan finansial dalam membiayai nafkah istri, walaupun secara biologis sudah dikatakan mampu. Begitupapun sebaliknya, secara biologi pasangan masih belum mampu, walaupun dalam segi finansial sudah memadai ataupun berlebih. Hal ini perlu diperhatikan biarpun ketidakmampuan secara biologis dan finansial ini tidak sampai menimbulkan kerugian, namun akan berpengaruh terhadap kondisi rumah tangga. Bisa menjadi penyebab terjadinya perselisihan dan pertengkaran diakibatkan ada hal yang belum terpenuhi dari salah satu pihak ataupun keduanya dalam hal biologis dan finansial ekonomi.
- e. Mubah adalah keadaan pernikahan yang tidak ada sesuatu yang urgent yang memaksa pasangan untuk menikah. Pernikahan ini yang umum terjadi dalam masyarakat dan oleh para ulama dijadikan sebagai hukum dasar perkawinan.³³

Agar diakui secara hukum, perkawinan harus dicatatkan di instansi pemerintah yang berwenang, seperti Kantor Urusan Agama (KUA) bagi umat Islam atau Kantor Catatan Sipil bagi umat non-Islam di Indonesia. Setelah menikah, suami dan istri memiliki hak dan kewajiban yang diatur oleh undang-undang, seperti hak waris, hak nafkah, dan kewajiban untuk saling menghormati dan menjaga. Perkawinan membawa berbagai konsekuensi hukum, termasuk

³² Abdul Aziz Muhammad Azzam dan Abdul Wahhab Sayyed Hawwas, *Fiqh Munakahat: Khitbah, Nikah dan Talak* (Amzah, 2011).

³³ Abror, "Hukum perkawinan dan Perceraian."

pengaturan hak asuh anak, pembagian harta, dan status hukum dalam berbagai aspek kehidupan sosial dan ekonomi.

Didalam Kamus Besar Bahasa Indonesia belum ditemukan kata *Sirri* karena kata *Sirri* sendiri belum menjadi kata serapan pada bahasa Indonesia. Walaupun demikian istilah *sirri* sudah sangat masyhur dikalangan masyarakat Indonesia bila dihubungkan dengan pernikahan bahkan sebelum Undang-Undang Perkawinan ditetapkan. Jika ditinjau melalui sudut pandang kebahasaan perkawinan *Sirri* adalah perkawinan yang dilaksanakan secara sembunyi-sembunyi atau rahasia.³⁴ Namun jika ditinjau dari sudut pandang hukum fiqh didapatkan pengertian bahwa perkawinan seperti ini merupakan perkawinan yang saksi-saksinya telah dikondisikan oleh mempelai pria untuk menyembunyikan dari masyarakat setempat.³⁵

Mahmudin Bunyain mendefinisikan Perkawinan *Sirri* merupakan perkawinan yang telah memenuhi persyaratan perkawinan, namun pengantin pria dan wanita tidak memberitahukan kepada pihak orangtua atau wali bahkan disyngalir tanpa ada restu dari kedua keluarga.³⁶ Kemudian Beni Ahmad Saebani menambahkan perkawinan *Sirri* adalah perkawinan dibawah tangan yang administrasi perkawinannya tidak dicatatkan melalui Lembaga kenegaraan seperti Kantor Urusan Agama dan perkawinan seperti ini merupakan perkawinan liar atau *Illegal wedding*.³⁷

³⁴ Muhamad Yunus, *Kamus Arab Indonesia* (Jakarta: Hidakarya Agung, 1998).

³⁵ Wahab Al-Zuhaily, *Al-Fiqih Al-Islam Wa Adillatuhu* (Damaskus: Dar Al-Fikr, 1989).

³⁶ Mahmudin Bunyamin dan Agus Hermanto, *Hukum Perkawinan Islam* (Bandung: Pustaka Setia, 2017).

³⁷ Beni Ahmad Saebani dan Samsul Falah, *Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Bandung: Pustaka Setia, 2011).

Satri Effendi menyamakan istilah Perkawinan sirri dengan istilah *Zawaj al-Urfi*. *Zawaj al-Urfi* merupakan perkawinan yang tidak dicatatkan mengikuti peraturan yang berlaku pada suatu negara. Ketentuan yang mengatur perkawinan dibagi menjadi 2 kategori, yaitu :

- a. Peraturan *Syara'*, yaitu kaidah yang digunakan sebagai penentuan sah atau tidaknya suatu perkawinan. Kaidah ini bersumber pada syariat islam yang dirumuskan oleh pakar-pakar hukum islam yang dikodifikasi dalam dokumen fiqh.
- b. Peraturan *Tausiqi*, adalah kaidah tambahan yang hadir sebagai usaha agar perkawinan yang dilakukan oleh umat islam tidak liar, mendorong pencatatan perkawinan dan memiliki akta nikah secara resmi.³⁸

Dari beberapa definisi diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa perkawinan sirri merupakan perkawinan yang dilaksanakan oleh calon suami dan calon istri namun perkawinan tersebut dilaksanakan secara sembunyi-sembunyi dengan penghulu tidak resmi serta tidak dicatatkan ke Kantor Urusan Agama.

Abdul Gani dalam bukunya menjelaskan bahwa perkawinan sirri jika ditinjau dari *Maqashid Syari'ah* banyak terjadi ketidaksesuaian, hal ini terjadi karena banyaknya tujuan yang hilang sebagai berikut :

- a. Perkawinan haruslah diumumkan kepada masyarakat sekitar, tetangga dan karib kerabat. Hal ini dimaksudkan agar masyarakat mengetahui bahwa perkawinan antara mempelai pria dan mempelai wanita sudah dilaksanakan didaerah mereka dan sudah memiliki setatus sah menjadi

³⁸ Satria Effendi M. Zein dan Jaenal Aripin, *Problematika hukum keluarga Islam kontemporer: analisis yurisprudensi dengan pendekatan ushuliyah* (Jakarta: Prenanda Media Group, 2004).

suami istri, hal ini dimaksudkan agar tidak ada orang lain yang datang untuk melamar. Namun, perkawinan sirri yang notabene merupakan perkawinan dibawah tangan umumnya selalu disembunyikan dari hak layak ramai sehingga tidak diketahui oleh masyarakat, dan keabsahan perkawinan antara laki-laki dan perempuan diragukan, mungkin saja tidak memenuhi rukun dan syarat perkawinan;

- b. Hilangnya asas perlindungan terhadap hak-hak wanita, hal ini terjadi karena perkawinan sirri tidak pernah tercatat oleh negara, hingga hak-hak wanita pasca perceraian tidak akan didapatkan seperti nafkah selama iddah, nafkah mutah, atau bahkan nafkah anak;
- c. Jika dinilai antara masalah dan mudharat, perkawinan *Sirri* lebih banyak memberikan mudarat, tidak hanya kepada pasangan namun juga kepada keturunan yang lahir dalam perkawinan. Anak yang lahir akan sulit untuk mendapatkan administrasi kenegaraan, seperti akta kelahiran. Bahkan, jika orang tua meninggal, anak tidak memiliki *legal standing* untuk dijadikan sebagai ahli waris, sehingga haknya yang seharusnya mendapatkan warisan dari almarhum orang tuanya tidak bisa didapatkan;
- d. Sebagaimana yang diketahui, apabila suami hendak berpoligami menurut aturan wajib memiliki izin dari istrinya. Dikarenakan aturan yang ada dianggap sangat menyulitkan, banyak suami yang melakukan poligami dengan menikahi istri kedua dan seterusnya secara *Sirri*, dan tidak diketahui oleh istri pertama. Perkawinan seperti ini adalah

perkawinan yang penuh dengan penipuan dan kebohongan, lagi-lagi yang menjadi korban adalah pihak perempuan.³⁹

Masih maraknya perkawinan dibawah tangan yang terjadi hampir diseluruh daerah Indonesia tentunya dapat menimbulkan masalah serta tidak jarang menimbulkan efek negative yang paling utama adalah negara tidak dapat melindungi hak-hak perempuan dan juga anak apabila dalam masa perkawinan mempunyai anak sebagai bentuk konsekwensi dari perceraian, seperti, nafkah iddah, mut'ah dan warisan bagi anak tidak dapat di cover oleh negara.⁴⁰ Hal yang sama juga disampaikan oleh Ali Uraidy, beberapa poin tentang akibat hukum perkawinan dibawah tangan, yaitu :

- a. Karena perkawinan yang dilakukan adalah perkawinan yang ilegal, maka tidak memiliki kekuatan hukum jika terjadinya pelanggaran hak-hak sebagai istri yang dilakukan oleh suaminya. Istri tidak memiliki *legal standing* untuk menuntut suami ke Pengadilan agar memberikan hak-hak istri;
- b. Pasangan suami-istri yang melakukan Perkawinan *Sirri* dikhawatirkan tidak akan mampu membuktikan keabsahan perkawinannya, tidak mampu membuktikan bahwa perkawinan yang dilaksanakan sudah sesuai dengan rukun dan syarat perkawinan. bisa jadi saksi yang hadir dalam perkawinan *sirri*, tidak mampu lagi menjadi saksi dipengadilan atau tidak mau. Bisa jadi kehidupan rumah tangga pasangan akan berpindah-pindah dari satu tempat ke tempat yang lain, bisa jadi

³⁹ Abdul Gani Abdullah, *Himpunan Perundang-undangan dan Peraturan Peradilan Agama* (Jakarta: Intermasa, 1991).

⁴⁰ Asrorun Ni'am Sholeh, *Fatwa-fatwa masalah pernikahan dan keluarga* (Jakarta: Elsas, 2008).

menghadirkan saksi akan sangat sulit karena keterbatasan waktu dan jarak;

- c. Hak-hak sebagai pasangan suami dan istri, seperti pembuatan administrasi-administrasi kenegaraan akan sulit didapatkan, dan tidak ada perlindungan dari negara;
- d. Hak untuk dilayani dalam pembuatan administrasi kenegaraan seperti Kartu Keluarga, Kartu tanda Penduduk, akta kelahiran anak hingga pasport. Walaupun bisa diberikan, akan tetap tercantum sebagai “kawin tidak tercatat”. Lebih dari itu hak dalam berpolitik juga akan terbatas tidak bisa ikut dalam prosesi pemilihan umum. Karena apabila seorang pasangan jika ingin mendapatkan kartu keluarga dan kartu tanda penduduk kuncinya harus memiliki bukti perkawinan seperti buku nikah atau minimal register akta nikah, dan untuk membuat akta kelahiran anak, kuncinya harus ada kartu keluarga dan kartu tanda penduduk. Untuk membuat pasport, persyaratannya, harus ada kartu keluarga, kartu tanda penduduk, dan akta kelahiran. Masalah menjadi semakin pelik, diakibatkan perkawinan yang tidak tercatat;
- e. Ada kecenderungan yang umumnya dilakukan pihak suami untuk tidak melaksanakan kewajibannya sebagai suami, karena merasa tidak memiliki ikatan yang kuat untuk memenuhi kwajibannya. Yang lebih dikhawatirkan suami melakukan kekerasan kepada istrinya;
- f. Pernikahan dibawah tangan juga berpotensi akan terjadinya penyelundupan hukum agama, sebagaimana diketahui salah satu akibat

dari perceraian adalah bagi istri memiliki masa iddah selama lebih kurang 3 bulan. Dan selama masa iddah tersebut, mantan istri tidak boleh menikah dengan lelaki lain. Namun sebaliknya, tidak ada batas waktu bagi mantan suami, apabila sudah bercerai maka kapanpun ia bisa menikah lagi dengan wanita lain. Yang menjadi masalah adalah, jika suami sudah menikah dengan wanita lain, dan setelah itu ia rujuk dengan istri pertama, dan dengan kata lain, suami tersebut sudah memiliki 2 orang istri tanpa melewati proses izin poligami. Maka dari itu, perkawinan dibawah tangan tidak bisa dikontrol oleh negara dan berpengaruh terhadap kemaslahatan beragama ;

- g. Sebagai masyarakat, negara memberikan perlindungan kepada masyarakatnya untuk bisa mengikuti jenjang pendidikan. Yang perlu difahami adalah, sekolah memiliki aturan yang ketat mengenai administrasi yang membuktikan asal usul anak, salah satunya adalah akta kelahiran. Akta kelahiran diperoleh masyarakat dari dinas kependudukan dan pencatatan sipil dengan terlebih dahulu melampirkan bukti autentik perkawinan, yaitu buku nikah. Sedangkan perkawinan sirri tidak memiliki buku nikah, karena tidak memiliki buku nikah, tidak bisa memiliki bukti untuk memperoleh akta kelahiran anak. Maka anak tidak dapat melanjutkan pendidikan kesekolah tertentu karena tidak memiliki akta kelahiran. Secara psikologis ini menjadi ancaman yang nyata, namun tbelum sepenuhnya difahami oleh

masyarakat luas. Namun yang terpenting, perkawinan sirri dengan alasan apapun mempengaruhi kemaslahatan psikologis keluarga;

- h. Didalam masyarakat indonesia pada umumnya masih mengenal konsep anak haram, anak haram ini dimaksudkan dengan anak lahir diluar masa perkawinan. anak-anak secara akal belum memahami konsep perkawinan, dikarenakan belum memiliki kemampuan secara akal, sedangkan masyarakat sudah menganggapnya sebagai anak haram. Tentunya ini akan sangat berpengaruh terhadap perkembangan anak, karena selalu dihantui perasaan sebagai aib dalam keluarga dan masyarakat. Inilah mengapa perkawinan dibawah tangan juga sangat berpengaruh terhadap kemaslahatan akal anak yang lahir ;
- i. Akibat yang paling jelas karena perkawinan sirri adalah ketidakjelasan identitas asal muasal anak, siapa orang tua yang sebenarnya karena data-data yang tentang asal usul keluarga tidak dimiliki. Terlebih secara hukum tidak akan dapat dibuktikan, inilah yang disebut, perkawinan dibawah tangan berpengaruh terhadap kemaslahatan keturunan. Perlunya kehati-hatian dalam menentukan langkah bagi pasangan yang menikah, karena tidak hanya perkawinannya yang menjadi masalah, juga terhadap keturunan yang lahir;
- j. Dalam hal warisan juga akan terpengaruhi diakibatkan perkawinan dibawah tangan, sebagaimana disebutkan bahwa seseorang dianggap memiliki hubungan darah apabila memiliki bukti autentik sebagai anak ataupun sebagai orang tua. Pengadilan membagi wwarisan sesuai

dengan ketentuan, yaitu hanya kepada ahli waris yang berhak, apabila sebagai ahli waris namun tidak bisa membuktikan dengan akta Autentik, maka akan dikeluarkan dari ahli waris yang berhak. Disini jelas bahwa perkawinan sirri mempengaruhi kemaslahatan harta keluarga.

Dari begitu banyaknya akibat hukum yang mungkin akan terjadi, menjadi dasar bagi pegiat kaum feminis menolak praktek Perkawinan Sirri. Karena secara hukum yang paling banyak dirugikan adalah pihak perempuan. Keadaan-keadaan yang digambarkan adalah ketidakadilan gender. Yang dimaksud ketidakadilan gender yaitu *pertama*, perkawinan sirri menjadikan termarginalnya kaum perempuan di rumah tangga, pekerjaan, ataupun dalam kehidupan sosial masyarakat yang lain. *Kedua*, Stereotipe masyarakat yang menganggap perempuan yang mau dinikahi secara sirri merupakan *gundik*, wanita simpanan, wanita yang merebut suami orang, bahkan jika ada kekerasan yang terjadi dalam rumah tangga masyarakat akan mengaitkan hal tersebut dengan label ini. Masyarakat acap kali menyalahkan perempuan sebagai korban persepsi tersebut. *Ketiga*, dengan tidak adanya perlindungan hukum membuat laki-laki bisa leluasa melakukan kekerasan terhadap istri sirrinya baik secara psikologis maupun fisik.

Pemberlakuan sebuah peraturan perundang-undangan mengalami proses (*tadriġ*). Secara historis, pemerintah RI atas persetujuan Badan Pekerja Komite Nasional, telah memberlakukan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk (selanjutnya disebut UU Nomor 22 Tahun 1946). Undang-undang ini hanya berlaku untuk daerah Jawa dan Madura. Pada

1954, diberlakukan UU Nomor 32 Tahun 1954 tentang Penetapan Berlakunya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk di seluruh daerah Luar Jawa dan Madura.⁴¹

Dalam undang-undang tersebut dinyatakan secara eksplisit bahwa nikah diawasi oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN) yang diangkat oleh Menteri Agama. Talak dan rujuk yang dilakukan berdasarkan syariat Islam diberitahukan kepada PPN. Dalam UU nomor 22 Tahun 1946 tidak ada pernyataan eksplisit yang menyatakan bahwa nikah yang dilakukan tanpa dicatat oleh PPN tidak sah, akan tetapi dalam undang-undang tersebut terdapat ketentuan yang mengatur bahwa seseorang yang menikah diwajibkan membayar biaya pencatatan yang jumlahnya ditetapkan oleh Menteri Agama. Biaya pencatatan perkawinan dimasukan ke dalam kas negara menurut aturan yang ditetapkan oleh Menteri Agama. Dalam Pasal 3 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 ditetapkan bahwa pihak yang melakukan akad nikah tidak di bawah pengawasan PPN atau wakilnya, dihukum denda sebanyak-banyaknya lima puluh rupiah.⁴²

Dalam UUP ditetapkan, bahwa perkawinan yang dilakukan menurut agama dan kepercayaan pihak-pihak yang melakukan perkawinan adalah sah dan tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2)). Ahli hukum dapat dikelompokkan menjadi dua kelompok dalam memahami pasal tersebut yaitu ahli hukum yang berpegang pada cara penafsiran legisme (kebahasaan). Mereka berpendapat bahwa perkawinan yang dilakukan berdasarkan aturan agama dan keyakinan dua belah pihak yang

⁴¹ Jaih Mubarak, *Pembaruan Hukum Perkawinan di Indonesia* (Bandung: Simbiosis Rekatama Media, 2015).

⁴²*Ibid.* hlm.65-66

melakukan perkawinan adalah sah, pencatatan perkawinan bukan syarat sah perkawinan, melainkan hanya sebagai syarat kelengkapan administrasi perkawinan, sedangkan kelompok lainnya yaitu ahli hukum yang berpegang pada cara penafsiran sistematis (penafsiran undang-undang dengan asumsi bahwa antara pasal yang satu dengan pasal yang lain saling menjelaskan dan merupakan satu kesatuan). Mereka berpendapat bahwa pencatatan perkawinan adalah syarat sah sebuah perkawinan. Oleh karena itu, perkawinan yang tidak dicatat (perkawinan di bawah tangan) dianggap tidak mempunyai kekuatan hukum.⁴³

Berdasarkan penjelasan atas UUP mengenai sahnya perkawinan dan pencatatan perkawinan tidak dipisahkan sebagaimana terdapat dalam batang tubuh UUP. Dalam penjelasan UUP menetapkan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut masing-masing agamanya dan kepercayaannya, dan tiap tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Kecenderungan menjadikan pencatatan sebagai salah satu syarat perkawinan dipertegas lagi dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut PP Nomor 9 Tahun 1975). Dalam PP Nomor 9 Tahun 1975 ditetapkan bahwa pencatatan perkawinan yang dilakukan menurut agama Islam, dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah (selanjutnya disebut PPN). Setiap yang akan melangsungkan perkawinan memberitahukan kehendaknya kepada PPN di tempat perkawinan yang akan dilangsungkan sekurang-kurangnya sepuluh hari kerja

⁴³*Ibid.* hlm. 67-69

sebelum perkawinan dilangsungkan. Pemberitahuan dapat dilakukan secara lisan atau pun tertulis oleh yang bersangkutan, orang tua, atau wakilnya. Perkawinan dilaksanakan di hadapan PPN dan dihadiri oleh dua orang saksi. Penyimpangan terhadap ketentuan tersebut dikelompokkan sebagai pidana pelanggaran yang dihukum denda setinggi-tingginya tujuh ribu lima ratus rupiah. Artinya, perkawinan yang dilakukan tanpa pengawasan PPN termasuk pidana pelanggaran, dengan demikian ketentuan ini semakin menguatkan penafsiran struktural yang menghendaki pencatatan nikah dijadikan

Dalam KHI ditetapkan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UUP, setiap perkawinan harus dicatat oleh PPN, setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan PPN, dan perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan PPN tidak mempunyai kekuatan hukum.⁴⁴

2.2. Isbat Nikah

Melaksanakan perkawinan yang sah merupakan kewajiban bagi seluruh masyarakat Indonesia dan sudah tercantum di beberapa peraturan negara yang dijadikan sebagai alas hukum melaksanakan perkawinan. Mengutip Pasal 2 Undang-undang nomor 1 Tahun 1974 pada ayat (1) menyatakan "*Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu*". Dilanjutkan pada ayat (2) berbunyi "*tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*". Terkhusus pada masyarakat yang beragama Islam Kompilasi Hukum Islam memberikan

⁴⁴*Ibid.* hlm. 69-70

mekanisme pencatatan perkawinan, sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 5 ayat (2) berbunyi “*Pencatatan perkawinan tersebut apada ayat (1), dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No.22 Tahun 1946 jo Undang-undang No. 32 Tahun 1954*”.

Didalam dunia hukum, perkawinan sirri disebut sebagai perkawinan yang tidak tercatat, untuk perkawinan seperti ini, negara membuka peluang untuk mengesahkan perkawinannya melalui permohonan *Isbat Nikah*. *Isbat* adalah bentuk Masdar yang berarti Penetapan. Sedangkan *Nikah* didefinisikan sebagai seorang pria dan seorang wanita yang memiliki ikatan secara lahir dan batin yang memiliki tujuan membangun rumah tangga yang penuh kebahagiaan serta abadi dan berlandaskan terhadap agama serta ketuhanan yang maha esa. Jumhur ulama mendefinikan *Nikah* sebagai lampu hijau bagi seseorang untuk melakukan persetubuhan (*Istimta'*), persetubuhan yang dibenarkan adalah persetubuhan antara seorang pria dan seorang wanita, serta diperbolehkan hidup bersama selama bukan orang-orang yang diharamkan karena hubungan darah ataupun sepersusuan.⁴⁵

Isbat nikah merupakan kata yang disebarluaskan dan tercantum didalam Kompilasi Hukum Islam. Dalam kurun waktu sebelum disahkannya Kompilasi Hukum Islam, UU Peradilan Agama kata *Isbat* nikah belum diberlakukan, didalam penjelasannya Undang-Undang tersebut menyematkan keterangan bahwa salah satu kewenangan pengadilan agama di bidang perkawinan adalah pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-undang nomor 1 Tahun

⁴⁵ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000).

1974 tentang perkawinan dan dijalankan menurut peraturan. Maka sebelum diberlakukannya kata *Isbat* nikah peradilan agama lazim menggunakan istilah “pernyataan tentang sahnya perkawinan”.

Isbat nikah diatur dalam Pasal 7 Kompilasi Hukum Islam :

1. Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah;
2. Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan *Isbat* nikahnya ke Pengadilan Agama;
3. *Isbat* nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan :
 - a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian;
 - b. Hilangnya akta nikah;
 - c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan;
 - d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya Undang-Undang RI. No. 1 Tahun 1974; dan,
 - e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974;
4. Yang berhak mengajukan permohonan *Isbat* nikah ialah suami atau istri, anak-anak mereka, wali nikah dan pihak yang berkepentingan dengan perkawinan itu.

Maka dapat disimpulkan bahwasannya *Isbat* nikah merupakan ketetapan dari Pengadilan karena adanya permohonan, menyebabkan sahnya akad

perkawinan dan menghalalkan hubungan suami istri. Merujuk pada Keputusan Mahkamah Agung RI Nomor KMA/032/SK/2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan, *Isbat* Nikah disebut sebagai bentuk pengesahan terhadap perkawinan yang sah. Namun sah secara hukum syara, namun belum dilakukan pencatatan ke Kantor Urusan Agama setempat.

Pembukaan peluang pengesahan perkawinan melalui permohonan *Isbat* Nikah adalah konsekuensi dari lahirnya Undang-undang nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Meskipun sebelumnya pada masa Indonesia masih dikuasai oleh penjajah, sudah ada Pengadilan Agama namun nomenklatur *Isbat* Nikah belum ada peraturannya.⁴⁶

Pada dasarnya *Isbat* Nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama, haruslah perkawinan yang dilakukan oleh pasangan sebelum ditetapkan Undang-undang nomor 1 Tahun 1974 sebagaimana yang tercantum pada pasal 64 “*untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan yang terjadi sebelum Undang-undang ini berlaku yang dijalankan menurut peraturan-peraturan lama adalah sah*”. Sedangkan perkawinan yang dilakukan setelahnya bisa saja dibenarkan saat berkembangnya dan diperluasnya pemakaian Kompilasi Hukum Islam. Pada pasal 7 ayat (3) disebutkan pengajuan *Isbat* nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan :

- (a) Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian;
- (b) Hilangnya Akta Nikah;

⁴⁶ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2006).

- (c) Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan;
- (d) Adanya perkawinan yang terjadisebelum berlakunya Undang-undang No.1 Tahun 1974 dan;
- (e) Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No.1 Tahun 1974;

Terhadap perkawinan yang dilakukan sebelum berlakunya UU perkawinan, pasal 39 ayat (4) Peraturan Menteri Agama Nomor 3 Tahun 1975 disebutkan jika masyarakat tidak dapat memperoleh bukti autentik telah terjadinya perkawinan yaitu duplikat akta nikah dari Kantor Urusan Agama dengan alasan sudah terjadi kerusakan, kehilangan atau alasan-alasan lain, maka untuk membuktikan adanya perkawinan, talak dari suami, perceraian suami dan istri, ataupun rujuk setelah bercerai wajib terlebih dahulu melampirkan putusan dari pengadilan. perlu dicatat, ketentuan ini hanya berlaku bagi perkawinan sebelum berlakunya UU Perkawinan Tahun 1974, tidak untuk perkawinan yang dilakukan setelahnya.

Legal Standing pasangan atau seseorang dapat mengajukan Permohonan *Isbat* Nikah apabila bukti autentik perkawinan yang ada di Kantor Urusan Agama tempat pasangan menikah rusak atau hilang, alasan lain karena Kantor Urusan Agama menyatakan tidak dapat mengeluarkan duplikat akta nikah sebagaimana yang tercantum dalam pasal 7 ayat (3) huruf (b). Pada huruf (c) ditambahkan alasan lain pengajuan Permohonan *Isbat* Nikah karena terjadi keraguan akan

terpenuhi atau tidaknya rukun dan syarat perkawinan yang menjadi syarat sahnya perkawinan.⁴⁷

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, *Isbat* nikah berasal dari bahasa Arab yang terdiri *Isbat* dan nikah. Kata *Isbat* berarti penetapan, penyungguhan, penentuan. Meng*Isbatkan* artinya menyungguhkan, menentukan, (kebenaran sesuatu).⁴⁸ Menurut wawancara yang dilakukan dengan hakim Pengadilan Agama, *Isbat* adalah penetapan / pengesahan dengan kata lain menetapkan pengesahan nikah. *Isbat* nikah merupakan suatu cara yang dapat ditempuh oleh pasangan suami istri yang telah menikah secara sah (memenuhi rukun-rukun, syarat-syarat, dan tidak melanggar peraturan yang berlaku) untuk mendapat pengakuan dari negara atas pernikahan yang telah mereka lakukan beserta anak-anak yang lahir selama pernikahan, sehingga pernikahannya memiliki kekuatan hukum.

Pasal 7 ayat (3) KHI menyatakan:

“*Isbat* nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan :

- a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian;
- b. Hilangnya akta nikah;
- c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan;
- d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya Undang-Undang No.1 Tahun 1974; dan
- e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No.1 Tahun 1974.”

Tidak semua orang dapat mengajukan permohonan *Isbat* nikah, pihak yang dapat mengajukan *Isbat* nikah diatur dalam Pasal 7 ayat (4) KHI yang menyatakan:

⁴⁷ Salim Nasrudin, “*Isbat* Nikah Dalam Kompilasi Hukum Islam (Tinjauan Yuridis, Filosofis dan Sosiologis), dalam Mimbar Hukum Aktualisasi Hukum Islam” (Jakarta: Al-Hikmah, 2003).

⁴⁸ “KBBI VI Daring.”

“Yang berhak mengajukan permohonan *Isbat* nikah ialah suami atau istri, anak-anak mereka, wali nikah, dan pihak yang berkepentingan dengan perkawinan itu.”

Syarat-syarat yang harus dipenuhi seseorang untuk mengajukan *Isbat* nikah:

1. Menyerahkan Surat Permohonan *Isbat* nikah kepada Pengadilan Agama setempat;
2. Surat keterangan dari Kantor Urusan Agama (KUA) setempat yang menyatakan bahwa perkawinan tersebut belum dicatatkan;
3. Surat keterangan dari Kepala Desa/Lurah yang menerangkan bahwa Pemohon telah menikah;
4. Foto Copy KTP Pemohon *Isbat* nikah;
5. Membayar biaya perkara;
6. Lain-lain yang akan ditentukan hakim dalam persidangan.

2.3. Disparitas Penerapan Hukum dan Penafsiran Hakim

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), disparitas berarti perbedaan. Disparitas ini mencerminkan independensi hakim. Dalam bukunya, Andrew Ashwort menyatakan bahwa variasi putusan dalam kasus yang serupa tidak dapat dihindari karena merupakan hasil dari keputusan diskresi hakim.⁴⁹ Disparitas putusan adalah fenomena yang memang terjadi dalam realitas, dan hal ini sering kali menimbulkan persepsi masyarakat akan ketidakadilan yang nyata. Dalam hukum positif, disparitas putusan tidak dianggap sebagai pelanggaran

⁴⁹ Andrew Ashworth dan Rory Kelly, *Sentencing and Criminal Justice* (New York: Bloomsbury Publishing, 2021).

hukum. Dalam konteks hukum, penting untuk memastikan adanya keseragaman perlakuan hukum antara kasus yang serupa. Disparitas, dalam hal ini, mengacu pada perbedaan antara perkara yang serupa dalam situasi dan kondisi yang sama.

Disparitas dalam putusan merupakan kontra dari prinsip proporsionalitas, yang menegaskan bahwa setiap perkara yang serupa harus memiliki putusan yang serupa untuk mencegah ketidakadilan. Namun, dalam praktiknya, perbedaan dalam penjatuhan putusan atau disparitas putusan adalah hal yang wajar, mengingat hampir tidak ada dua perkara yang sama persis. Meskipun jenis perkara sama, karakteristik, alur, dan fakta yang terlibat dapat berbeda. Disparitas menjadi masalah ketika perbedaan antara perkara terlalu besar sehingga menimbulkan ketidaksesuaian dan menimbulkan kecurigaan di kalangan masyarakat.⁵⁰

Disparitas dalam putusan dipengaruhi oleh proses persidangan dari awal hingga putusan akhir yang memiliki kekuatan hukum tetap. Dalam praktek persidangan, disparitas dapat diklasifikasikan ke dalam beberapa kategori, yaitu:

1. Disparitas antara perkara serupa;
2. Disparitas dalam kasus dengan tingkat serius yang setara;
3. Disparitas dalam kasus yang ditangani oleh satu panel hakim;
4. Disparitas dalam kasus yang ditangani oleh panel yang sama untuk perkara yang serupa;⁵¹

⁵⁰ *KEDUDUKAN DAN RELEVANSI YURISPRUDENSI UNTUK MENGURANGI DISPARITAS PUTUSAN PENGADILAN* (Jakarta: Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI, 2022), <https://ebook.bldk.mahkamahagung.go.id/index.php/product/147-kedudukan-dan-relevansi-yurisprudensi-untuk-mengurangi-disparitas-putusan-pengadilan/>.

⁵¹ Mahrus Ali, *Hukum Pidana Korupsi di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2011).

Disparitas penerapan hukum mengacu pada perbedaan atau ketidakseragaman dalam cara hukum diterapkan oleh hakim dalam kasus yang serupa. Hal ini bisa disebabkan oleh beragam faktor, termasuk perbedaan penafsiran terhadap hukum yang berlaku, pandangan pribadi hakim, atau faktor-faktor eksternal seperti budaya, agama, atau kebiasaan lokal. Penafsiran hakim memainkan peran kunci dalam menciptakan disparitas penerapan hukum. Setiap hakim memiliki latar belakang, pengalaman, dan pandangan yang unik, yang dapat memengaruhi cara mereka memahami dan menerapkan hukum dalam kasus yang mereka hadapi. Terkadang, perbedaan ini dapat menghasilkan putusan yang berbeda, bahkan dalam kasus-kasus yang serupa.

Beberapa faktor yang dapat mempengaruhi disparitas penerapan hukum meliputi:

- a. Perbedaan interpretasi terhadap teks hukum yang sama.
- b. Perbedaan pemahaman terhadap prinsip-prinsip hukum yang relevan.
- c. Pengaruh faktor-faktor eksternal seperti budaya, agama, atau kebiasaan lokal.
- d. Ketidakkonsistenan dalam aplikasi hukum oleh hakim-hakim yang berbeda.

Disparitas penerapan hukum dapat memiliki dampak yang signifikan, termasuk:

- a. Ketidakpastian hukum bagi para pihak yang terlibat dalam kasus hukum.

- b. Ketidakadilan dalam perlakuan hukum antara individu atau kelompok yang serupa.
- c. Pengurangan kepercayaan masyarakat terhadap sistem peradilan.
- d. Mendorong kebutuhan akan reformasi hukum atau panduan yang lebih jelas untuk mengurangi disparitas tersebut.

Kajian mengenai disparitas melibatkan proses membandingkan dua atau lebih objek yang menunjukkan adanya perbedaan yang signifikan. Dalam konteks putusan hukum, disparitas sering diartikan sebagai perbedaan dalam sanksi yang dijatuhkan, namun sebenarnya dapat memiliki makna yang lebih luas. Disparitas juga bisa terkait dengan variasi dalam sudut pandang hakim dalam menafsirkan hukum, yang kemudian memengaruhi proses pengambilan keputusan. Ideologi aliran modern mensyaratkan bahwa disparitas dapat dibenarkan jika setiap perkara yang serupa memiliki dasar hukum yang jelas dan transparan, sementara ketidakpastian akan muncul jika hal tersebut tidak terpenuhi.

Proses penentuan keputusan oleh hakim dalam suatu perkara melibatkan prosedur yang panjang dan mempengaruhi pola pikir hakim dalam menafsirkan fakta-fakta yang disajikan dalam persidangan. Penafsiran hakim terhadap hukum bukanlah sekadar menerapkan peraturan yang ada, tetapi juga mencari solusi bagi situasi yang mungkin tidak tercakup oleh hukum yang berlaku saat itu. Oleh karena itu, penafsiran hakim memiliki peran yang sangat penting, dengan beragam

teori yang dikembangkan oleh pakar hukum untuk menjelaskan fenomena tersebut:⁵²

1. Teori penafsiran harfiah fokus pada makna asli kata-kata dalam peraturan.
2. Teori penafsiran gramatikal menekankan pada makna teks yang mengandung kaidah hukum, dengan menggunakan bahasa yang baku.
3. Teori penafsiran *historical* meneliti sejarah pembuatan naskah perundang-undangan dan kondisi masyarakat saat itu.
4. Teori penafsiran sosiologis memperhatikan kondisi sosial masyarakat saat pembuatan naskah hukum.
5. Teori penafsiran sosio-historis menitikberatkan pada sejarah masyarakat saat pembuatan naskah hukum.
6. Teori penafsiran filsafat menggunakan pendekatan filosofis untuk menerjemahkan teks naskah hukum.
7. Teori penafsiran teleologis menganalisis tujuan dan penerimaan naskah hukum.
8. Teori penafsiran holistik mengintegrasikan konteks hukum dalam naskah hukum secara menyeluruh.
9. Teori penafsiran holistik tematis menggabungkan pendekatan holistik dengan tema tertentu dalam naskah hukum..⁵³

⁵² Jimly Asshiddiqie, *Teori dan aliran penafsiran hukum tata negara* (Jakarta: Ind Hill-Company, 1997).

⁵³ Asshiddiqie.

Utrecht dalam bukunya yang disadur oleh Moh. Saleh Djindang dalam bukunya pengantar dalam hukum Indonesia juga memberikan beberapa klasifikasi mengenai penafsiran hakim terhadap undang-undang sebagai berikut :

1. *Taalkundige Interpretasi*

Hakim perlu mengartikan kata-kata dalam undang-undang dengan cermat, seringkali menggunakan KBBI atau berkonsultasi dengan ahli bahasa. Jika masih ragu, hakim dapat memeriksa struktur kalimat dalam undang-undang atau merujuk pada aturan hukum lainnya. Penafsiran ini merupakan langkah awal dalam usaha untuk memahami hukum dari segi bahasa.

2. *Historis Interpretatie*

Penafsiran ini bisa dilakukan melalui dua metode. Pertama, *rechtshistorische interpretatie*, yang berlandaskan pada sejarah pembentukan hukum, dan kedua, *wetshistorische interpretatie*, yang melibatkan penelitian sejarah saat suatu ketentuan hukum disahkan. Metode ini melibatkan analisis laporan perselisihan yang terjadi selama pembentukan naskah hukum, serta mempelajari sejarah awal pembentukan hukum dalam dan luar negeri. Memahami tujuan di balik pembentukan suatu naskah hukum sangat krusial bagi seorang hakim dalam memahami hukum yang berlaku. Mengingat perkembangan dinamis hukum sejalan dengan perubahan masyarakat, makna kata-kata dalam naskah hukum juga bisa berubah dari waktu ke waktu. Oleh karena itu, penafsiran dengan memeriksa sejarahnya menjadi acuan,

meskipun harus tetap disesuaikan agar tidak kehilangan esensi dari penetapan suatu peraturan hukum.

3. *Systematische Interpretative*

Penafsiran ini melibatkan pemahaman tentang sistem hukum secara keseluruhan. Hakim dapat membandingkan dan menghubungkan berbagai naskah hukum yang mengatur jenis hukum yang sama. Misalnya, jika hakim akan menafsirkan suatu pasal dalam Peraturan A, ia harus menggunakan redaksi yang serupa dalam Peraturan B sebagai pedoman dalam penafsiran.

4. Penafsiran Sosiologis

Dalam menafsirkan undang-undang, langkah terakhir adalah melakukan penafsiran secara sosiologis agar putusan yang dihasilkan dapat sesuai dengan realitas masyarakat. Setiap peraturan harus memiliki fungsi sosial yang menciptakan kepastian hukum, yang disebut oleh Utrecht sebagai hukum sebagai fenomena sosial. Terkadang, fungsi sosial suatu peraturan hukum tidak selalu dapat dipahami dari teksnya secara langsung. Oleh karena itu, hakim bertanggung jawab untuk menggali makna tersebut melalui penafsiran sosiologis, sehingga hukum dapat disesuaikan dengan kondisi sosial yang ada dalam masyarakat. Tujuannya adalah agar putusan yang dihasilkan tidak bertentangan dengan keadaan atau tradisi yang berlaku di masyarakat.

5. *Authentieke* atau *Officiele Interpretatie*

Dalam konteks ini, penafsiran mengacu pada apa yang telah disampaikan oleh pembuat undang-undang dalam teks undang-undang itu sendiri. Misalnya, makna suatu kata yang dijelaskan dalam pasal atau dalam catatan penjelasannya. Jika ingin memahami maksud suatu pasal, langkah awal adalah melihat penjelasannya. Oleh karena itu, penjelasan undang-undang biasanya dipublikasikan secara terpisah dalam Tambahan Lembaran Negara, sementara teks undang-undang itu sendiri diterbitkan dalam Lembaran Negara.⁵⁴

Selain pendapat dari *Utrecht* tentang penafsiran hukum, ahli hukum lain seperti Sudikno Mertokusumo, Yudha Bhakti, A.Pitio dan Achmad Ali yang dirangkum oleh Jazim Hamidi dalam bukunya. Tercatat ada 11 (sebelas) cara penafsiran hukum, sebagai berikut :⁵⁵

1. Menafsirkan kata-kata yang terdapat dalam undang-undang dengan menggunakan prinsip-prinsip bahasa dan kaidah hukum yang terkait.
2. Melakukan analisis terhadap sejarah perumusan naskah hukum serta sejarah hukum secara umum untuk memahami konteks pembuatan undang-undang.
3. Menginterpretasikan undang-undang sebagai bagian integral dari sistem hukum secara keseluruhan.

⁵⁴ Peter Marzuki Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum Edisi Revisi* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2016).

⁵⁵ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum: Sejarah, Filsafat, & Metode Tafsir* (Yogyakarta: Universitas Brawijaya Press, 2011).

4. Untuk menghindari kesenjangan antara fakta hukum dan realitas hukum, penafsiran dilakukan dengan mempertimbangkan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat.
5. Membandingkan dan menafsirkan perbedaan antara satu sistem hukum dengan sistem hukum lainnya.
6. Menganalisis rancangan undang-undang yang sedang dalam proses pembuatan untuk memahami makna undang-undang yang sudah disahkan sebelumnya.
7. Membatasi penafsiran pada makna kata yang sudah memiliki penjelasan yang jelas dan konsisten.
8. Memberikan penekanan pada penafsiran kata-kata yang memiliki makna yang sudah mapan dan terdefinisi dengan baik.
9. Ketika makna suatu undang-undang sudah jelas, penafsiran tidak boleh mengubah makna tersebut dan harus sesuai dengan teks aslinya.
10. Menggunakan berbagai disiplin ilmu hukum sebagai metode dalam penafsiran, bukan hanya terpaku pada satu cabang ilmu saja.
11. Menggunakan standar keilmuan selain dari ilmu hukum dalam proses penafsiran undang-undang.⁵⁶

2.4. Teori Tujuan Hukum

Hukum memiliki tujuan yang ingin dicapai, dan dalam konteks fungsi kepentingan manusia, hukum memiliki tujuan tertentu. Tujuan hukum adalah arah atau sasaran yang ingin dicapai dengan menggunakan hukum sebagai alat

⁵⁶ Hamidi.

untuk mencapai tujuan tersebut dengan mengatur perilaku individu dan perilaku masyarakat secara keseluruhan. Meskipun tujuan hukum mengarah pada sesuatu yang dianggap ideal, namun tujuan tersebut seringkali dianggap abstrak dan sulit dioperasikan dalam praktiknya.⁵⁷

Tujuan utama hukum adalah untuk mencapai kebahagiaan dalam masyarakat. Namun, dalam hal kepatuhan individu atau kolektif terhadap hukum, hal tersebut seringkali didorong oleh adanya sanksi yang terkait. Jelas bahwa seseorang atau masyarakat mematuhi hukum karena ada ancaman atau paksaan, bukan karena mereka secara intrinsik menginginkannya. Oleh karena itu, kebahagiaan dalam masyarakat yang patuh terhadap hukum seringkali sulit dicapai, karena ketaatan terhadap hukum seringkali didasari oleh rasa takut.

Dalam mengaplikasikan tujuan hukum, Gustav Radbruch menyatakan perlunya menerapkan prinsip prioritas dari tiga nilai dasar yang menjadi tujuan hukum. Sebab, dalam realitasnya, keadilan seringkali berbenturan dengan manfaat dan kepastian hukum, demikian juga sebaliknya. Ketika terjadi konflik di antara ketiga nilai inti tujuan hukum, kompromi harus dibuat. Oleh karena itu, prinsip prioritas yang diusulkan oleh Gustav Radbruch harus diikuti dengan urutan sebagai berikut:

1. Keadilan Hukum;
2. Manfaat hukum;

⁵⁷Ibid., Hal. 88

3. Kepastian hukum.⁵⁸

Dengan urutan prioritas seperti yang telah dijelaskan, sistem hukum dapat menghindari konflik internal. Menurut pandangan historis dari Gustav Radbruch, kepastian hukum menduduki posisi utama di antara tujuan-tujuan lainnya. Hal ini karena hukum harus memiliki stabilitas untuk mencegah perubahan yang terlalu sering. Ketika undang-undang diterapkan, mereka harus mengikat semua pihak dan tetap berlaku sampai dihapus. Namun, seringkali terjadi kesalahpahaman tentang arti hukum, di mana pasal-pasal dalam undang-undang dianggap mutlak dan tidak boleh dirubah. Hal ini mengarah pada ungkapan "*lex duras sed tamen scripta*", yang berarti undang-undang itu keras.

Sejatinya, kepastian hukum diperlukan untuk mencegah adanya ketidakpastian sehingga hukum harus dalam bentuk peraturan tertulis.⁵⁹ Namun, Undang-Undang pada prinsipnya tidak selalu mencerminkan keseluruhan isi dan tujuan hukum. Meskipun negara hukum diartikulasikan melalui teks-teks hukum, kata-kata dalam teks tersebut tidak selalu sepenuhnya mencerminkan substansi dan tujuan dari hukum.⁶⁰

Semakin banyak undang-undang memenuhi persyaratan “aturan yang benar” yang sebanyak mungkin meniadakan ketidakpastian, semakin tepat dan tajam aturan hukum tersebut, maka keadilan akan semakin gigih. Inilah arti

⁵⁸ Muhamad Erwin, *Filsafat Hukum: Refleksi Kritis Terhadap Hukum* (Jakarta: Raja Grafindo, 2013).

⁵⁹ M. Sudikno Mertokusumo dan Adriaan Pitlo, *Bab-bab tentang penemuan hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993).

⁶⁰ Strong Puji Priyanto, *Sebuah Pengantar Ilmu Hukum* (Yogyakarta: Kanwa, 2011).

dari *summum ius, summa iniuria*,⁶¹ atau lebih sering kita dengar dengan ungkapan Keadilan tertinggi adalah ketidakadilan tertinggi.⁶²

Kepastian hukum harus ditujukan untuk melindungi kepentingan setiap orang, agar mereka mengetahui perbuatan apa yang boleh dan sebaliknya, perbuatan apa yang dilarang, sehingga terhindar dari kesewenang-wenangan negara.⁶³ Orang-orang ini disebut pencari keadilan yang membutuhkan kepastian, tetapi kepastian yang nyata tidak diarahkan pada bentuk atau formalitas belaka.⁶⁴ tetapi keinginan untuk keadilan.

Seperti yang dikatakan Sudikno bahwa:

“bukan penerapan teks yang memperbudak yang memberikan kepastian hukum, tetapi keinginan untuk memberikan kepada para pencari keadilan apa yang mereka tuntut secara wajar. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa kepastian sebelumnya, berdasarkan teks yang selalu lebih atau kurang, ditentukan oleh tingkat kepastian yang lebih tinggi, yang disebabkan oleh keinginan akan sesuai. Keyakinan yang pernah diberikan oleh kata-kata telah digunakan oleh keyakinan yang diberikan oleh keadilan”.⁶⁵

Pandangan selanjutnya adalah bahwa tujuan hukum adalah untuk kemaslahatan. Bahwa hukum harus ditujukan pada sesuatu yang bermanfaat atau menguntungkan. Penganut *utilitarian* Jeremy Bentham mengatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk menjamin kebahagiaan terbesar bagi orang-orang dalam jumlah terbesar (kebaikan terbesar untuk jumlah terbesar), terbesar untuk jumlah orang terbesar.⁶⁶

⁶¹ LJ Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum, terj* (Jakarta: Pradnya Paramita, 1993).

⁶² Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum Edisi Revisi*.

⁶³Ibid, Hal. 137.

⁶⁴Sudikno Mertokusumo dan Pilto A., *Op.Cit.*, hlm. 126.

⁶⁵Ibid., Hal. 126.

⁶⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengetahui Hukum: Sebuah Pengantar* (Yogyakarta: Kebebasan, 2008).

Kelemahan ajaran ini adalah kebahagiaan yang ditawarkan oleh aliran *utilitas* itu bersifat numerik, sehingga selama ada banyak orang beruntung secara hukum, tidak masalah jika ada sebagian kecil yang dikorbankan haknya, meskipun hukum melihat dan melindungi manusia tidak hanya dalam bentuk sebuah masyarakat, tetapi hukum juga harus melihat manusia dari sudut eksistensinya sebagai individu. Oleh karena itu, tidak dibenarkan jika ada beberapa orang yang haknya dikorbankan. Hukum harus ada untuk melindungi pihak yang paling lemah sekalipun, sehingga hukum tetap fokus untuk menjamin keadilan. Menurut O. Notohamijoyo bahwa: “Hukum pertama bertujuan untuk menjamin keadilan; di mana itu tidak mungkin, hukum mengejar manfaat atau *doelmatigheid*.”⁶⁷ Selain itu, Notohamidjojo melihat kepastian hukum sebagai salah satu aspek kemaslahatan yang terpenting.

Menurut Radbruch, tujuan hukum cukup tercapai jika kasus yang sama diperlakukan dengan cara yang sama.⁶⁸ Namun, menurut Teguh Prasetyo, tujuan sebenarnya dari hukum adalah keadilan, di mana keadilan selalu membawa manfaat. Filosof Geny juga mendukung gagasan bahwa tujuan hukum adalah mewujudkan keadilan. Dia menyatakan bahwa, meskipun keadilan adalah inti dari tujuan hukum, penting untuk memasukkan

⁶⁷ O Notohamijoyo, *Dasar-dasar Filsafat Hukum* (Salatiga: Griya Media, 2011).

⁶⁸ Eldbert Marbun, “MENGKAJI KEPASTIAN HUKUM DAN PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP INVESTASI DI INDONESIA MELALUI LEMBAGA PERIZINAN ONLINE SINGLE SUBMISSION (OSS),” *“Dharmasisya” Jurnal Program Magister Hukum FHUI 2*, no. 3 (3 Januari 2023), <https://scholarhub.ui.ac.id/dharmasisya/vol2/iss3/16>.

kepentingan daya guna dan kemanfaatan sebagai bagian dari konsep keadilan.⁶⁹

Gustav Radbruch, yang dikenal sebagai pencetus tiga tujuan hukum (kepastian, keadilan, dan kemanfaatan), mengalami perubahan pandangan setelah melihat penggunaan teorinya oleh rezim Nazi selama Perang Dunia II.⁷⁰ Radbruch menyadari bahwa praktek kekejaman Nazi dilindungi oleh undang-undang yang melegalkannya, sehingga dia menempatkan keadilan sebagai tujuan utama hukum, di atas tujuan lainnya.⁷¹ Dia juga menyatakan bahwa hukum berasal dari keadilan, sehingga keadilan memiliki prioritas dibandingkan dengan hukum.⁷²

Aristoteles mengajarkan dua jenis keadilan: keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan distributif adalah keadilan yang membagi bagian sesuai dengan jasa masing-masing individu, seperti prinsip "suum cuique tribuere". Keadilan komutatif, di sisi lain, adalah keadilan yang memperlakukan setiap individu sama, tanpa memandang status, kedudukan, atau faktor lainnya dalam masyarakat.⁷³

Teguh Prasetyo menyatakan bahwa keadilan merupakan unsur kunci, dan keadilan tersebut juga membawa kepastian dan manfaat yang konsisten.⁷⁴

Oleh karena itu, para ahli hukum diminta untuk tetap mempertahankan

⁶⁹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar Edisi Revisi* (Yogyakarta: Liberty, 2010).

⁷⁰ Titon Slamet Kurnia, "HUKUM DAN KEADILAN: ISU BAGIAN HULU DAN HILIR," *Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum* 10, no. 1 (10 Oktober 2016): 17–32, <https://doi.org/10.24246/jrh.2016.v10.i1.p17-32>.

⁷¹ Ahmad Zaenal Fanani, *Berfilsafat dalam putusan hakim: teori dan praktik* (Jakarta: Mandar Maju, 2014).

⁷² Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum Edisi Revisi*.

⁷³ Mertokusumo, *Mengenal Hukum*.

⁷⁴ Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat: Perspektif Teori Hukum* (Nusamedia, 2019).

keseimbangan antara keterikatan dan kebebasan.⁷⁵ Hal ini penting untuk menjaga ketertiban sosial, karena tujuan utama hukum adalah menciptakan tata tertib masyarakat yang damai dan adil. Meniadakan konsep hukum akan menyamakan hukum dengan kekuasaan.⁷⁶

Menurut LJ van Apeldoorn, tujuan utama hukum adalah menciptakan kehidupan sosial yang damai. Hukum bertujuan untuk mempromosikan perdamaian dalam masyarakat. Seperti yang dinyatakan dalam prolog hukum rakyat "*Franca Salis*", atau *lex salica*, istilah yang digunakan untuk aturan hukum adalah "perdamaian" (*vrede*). Van Apeldoorn menjelaskan bahwa dalam pandangan mereka, aturan hukum adalah tentang menjaga perdamaian. Keputusan hakim disebut "perintah perdamaian" (*vredegebod*), tindakan kriminal dianggap sebagai pelanggaran perdamaian (*vredebreuk*), dan pelanggaran hukum dianggap merusak perdamaian (*vredelos*), sehingga dikeluarkan dari perlindungan hukum.⁷⁷

Dalam upaya mewujudkan perdamaian, hukum berfungsi dengan melindungi kepentingan individu tertentu seperti kehormatan, kemerdekaan, kehidupan, dan harta benda dari segala bentuk kerugian.⁷⁸ Untuk mencapai ini, hukum harus menjaga keseimbangan antara melindungi kepentingan individu sebagai individu dan kepentingan individu sebagai bagian dari

⁷⁵ Mertokusumo, *Mengenal Hukum*.

⁷⁶ Priyanto, *Sebuah Pengantar Ilmu Hukum*.

⁷⁷ *Ibid.*, hal. 11.

⁷⁸ *Ibid.*, hal. 11

kesatuan masyarakat. Ini karena, selain melindungi individu, hukum juga dimaksudkan untuk melayani kepentingan hidup bersama.⁷⁹

Masalah yang sering muncul adalah kepentingan individu manusia sering kali bertentangan dengan kepentingan keseluruhan masyarakat. Benturan kepentingan ini seringkali memicu konflik, bahkan perang di mana setiap orang berperang melawan semua orang lain (*Bellum omnium contra omnes*). Dalam situasi ini, hukum berfungsi sebagai mediator untuk memelihara perdamaian dengan memperhatikan kepentingan yang bertentangan secara cermat dan menciptakan keseimbangan di antara mereka. Hanya dengan cara ini, hukum dapat mencapai tujuannya untuk memberikan kondisi yang adil dan damai bagi manusia dalam hubungannya satu sama lain. Dengan demikian, tujuan hukum adalah untuk menciptakan situasi yang adil dan harmonis bagi manusia dalam interaksi sosial mereka.

Saat mempertimbangkan kepentingan individu versus kepentingan masyarakat, penting untuk menyadari bahwa kebebasan seseorang tidak dapat dianggap sebagai kebebasan mutlak. Ini karena, sebagai manusia yang hidup di masyarakat, individu memiliki tanggung jawab terhadap orang lain, dan kebebasan individu tidak boleh merugikan kebebasan orang lain. Dalam konteks ini, Sudikno menyatakan bahwa kebebasan adalah sesuatu yang berharga, tetapi tidak mutlak, karena semua kebebasan harus memperhatikan kebebasan orang lain.⁸⁰

⁷⁹Sudikno Mertokusumo dan Pilto A., Op.Cit., hlm. 65.

⁸⁰Ibid, Hal. 126

Hakikatnya, kebebasan seseorang tidak dibatasi oleh hukum, melainkan hukum tidak membatasinya; oleh karena itu, tidak tepat dikatakan bahwa "hukum mengorbankan kebebasan". Sebaliknya, manusia, melalui rasionalitasnya, memahami nilai-nilai universal seperti kejujuran, keadilan, dan kebaikan. Dengan demikian, kebebasan seseorang dapat disebut rasional jika digunakan dengan berpegang pada nilai-nilai tersebut.⁸¹

Individu memiliki kebebasan, namun kebebasan yang dimiliki adalah kebebasan rasional yang pada hakikatnya adalah kebebasan moral. Ini berarti bahwa nilai-nilai kehidupan yang dikenali secara rasional harus dijadikan norma. Kebebasan moral merupakan kemampuan seseorang untuk hidup sesuai dengan prinsip-prinsip moral.⁸²

Makna sejati dari kebebasan adalah kebebasan yang membawa keterikatan pada diri sendiri untuk tidak merugikan orang lain. Dengan kata lain, individu memiliki kebebasan, sementara pada saat yang sama, mereka menghormati nilai-nilai moral, khususnya cinta kasih kepada sesama.⁸³

Perdamaian sebagai tujuan hukum tidak akan terwujud jika hukum hanya dipatuhi karena adanya paksaan. Untuk mencapai perdamaian, penting bagi hukum untuk ditaati atas dasar sukarela individu, yang berasal dari kesesuaian antara hukum dengan nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat. Hal ini mencakup pertanyaan apakah norma-norma yang terkandung dalam hukum membawa masyarakat menuju kebaikan, serta apakah hukum memberikan

⁸¹ Theo Huijbers, *Filsafat hukum* (Jakarta: Kanisius, 1995).

⁸²Ibid, Hal. 59.

⁸³Ibid, Hal. 59.

kondisi dan pemikiran yang memperkuat hubungan antara individu dan masyarakat.⁸⁴

Jawaban atas pertanyaan-pertanyaan ini akan sangat menentukan bagaimana penegakan hukum oleh individu dan masyarakat. Adilnya hukum tidak selalu memerlukan penegakan secara eksternal, karena pada dasarnya individu dan masyarakat akan secara sukarela patuh terhadap hukum yang dianggap adil. Oleh karena itu, kekuatan mengikat dari hukum sebagian besar berasal dari kesadaran internal individu dan masyarakat, yang berbeda dengan pandangan para ahli hukum terdahulu yang mengaitkan kekuatan hukum dengan penegakan eksternal.

2.5. Teori Hukum Pembangunan

Dalam sejarah perkembangan hukum di Indonesia, salah satu teori hukum yang banyak menarik perhatian para ahli dan masyarakat adalah Teori Hukum Pembangunan dari Mochtar Kusumaatmadja. Mochtar Kusumaatmadja dikenal karena memperkenalkan dan meyakinkan tentang peran hukum dalam pembangunan, yang dikenal sebagai "Teori Hukum Pembangunan", meskipun dia sendiri tidak secara eksplisit menyebut gagasannya sebagai teori tersebut. Inti dari pemikiran Mochtar adalah tentang posisi hukum dalam pembangunan, yakni apakah hukum memiliki peran dalam pembangunan, dan jika ya, peran apa yang dimiliki.⁸⁵

⁸⁴ Tuti Khairani Harahap dkk., "PENGANTAR ILMU HUKUM," *Penerbit Tahta Media*, 30 Mei 2023, <https://tahtamedia.co.id/index.php/issj/article/view/255>.

⁸⁵ Mochtar Kusumaatmadja, *Pembinaan Hukum dalam rangka pembangunan nasional* (Bandung: Bina Cipta, 1975).

Mochtar Kusuma-atmadja dilahirkan di Jakarta pada tanggal 17 Februari 1929. Ia merupakan putera sulung dari tiga bersaudara dari pasangan R. Mohammad Taslim Kusumaatmadja yang berasal dari Tasikmalaya dan Sulmini Soerawisastra dari Kuningan. Mochtar memulai karirnya di Bank Indonesia pada bagian alat-alat pembayaran luar negeri, dan juga mengajar di Universitas Padjadjaran (Unpad), Universitas Nasional (Unas), Sekolah Staf Komando Angkatan Darat (Seskoad), dan Sekolah Komando Kepolisian (Seskopol). Dalam perkembangannya, ia tumbuh bersama Unpad, yang dimulainya pada Tahun 1959. Pada usia 32 Tahun (1961), ia bahkan sudah dipercaya menjadi Dekan Fakultas Hukum. Namun, karena sikapnya dalam menilai situasi negara dan masyarakat dianggap menyindir dan bertentangan dengan kebijakan penguasa, ia diberhentikan sebagai dekan dan lektor kepala pada 6 November 1962.

Dengan kondisi tersebut, pada Tahun 1964 Mochtar berangkat ke Amerika Serikat untuk belajar post-doctoral fellowship di Harvard Law School (1964-1965), dilanjutkan di Law School, University of Chicago, dan meneruskan tugas riset pada Trade and Development Research Fellowship (1965-1966). Mochtar pulang ke Indonesia pada 1967 setelah situasi politik dalam negeri lebih kondusif, dan kembali mengajar di Unpad serta beberapa kampus lainnya.

Menurut Mochtar, peran hukum dalam pembangunan adalah untuk memastikan bahwa perubahan terjadi secara teratur, karena menurutnya, semua masyarakat yang sedang dalam proses pembangunan ditandai oleh perubahan. Bagi Mochtar, esensi dari pembangunan adalah perubahan, dan hukum harus memastikan agar perubahan tersebut berjalan dengan teratur. Ketertiban yang

dihasilkan oleh hukum menunjukkan bahwa hukum mengawal proses pembangunan.⁸⁶

Bagi Mochtar, membangun hukum juga berarti memberikan koreksi terhadap jalannya pembangunan, bukan hanya memberi legitimasi pada pemerintahan. Untuk memahami hubungan antara hukum dan pembangunan, Mochtar menekankan dua hal: pertama, hukum sebagai alat perubahan dalam pembangunan; dan kedua, pembinaan atau perkembangan hukum itu sendiri.⁸⁷

Peran hukum dalam pembangunan adalah untuk memastikan bahwa perubahan terjadi secara teratur, melalui bantuan perundang-undangan dan putusan pengadilan, atau kombinasi keduanya. Bagi Mochtar, kaidah dan asas hukum adalah elemen tradisional yang harus hadir dalam struktur hukum. Namun, ketika hukum berperan sebagai sarana perubahan dalam pembangunan, diperlukan juga elemen kelembagaan dan proses yang memiliki kekuatan untuk mengubah. Mochtar menekankan bahwa sebuah sistem hukum yang memadai harus melibatkan tidak hanya kaidah dan asas, tetapi juga lembaga dan proses yang diperlukan untuk mewujudkan hukum tersebut dalam praktik.⁸⁸

Ada beberapa alasan krusial mengapa Teori Hukum Pembangunan ini banyak mendapat perhatian, yang secara garis besar adalah sebagai berikut:

Pertama, Teori Hukum Pembangunan hingga saat ini merupakan teori hukum yang eksis di Indonesia karena diciptakan oleh orang Indonesia dengan memperhatikan dimensi dan kultur masyarakat Indonesia. Oleh karena itu, teori

⁸⁶ Atip Latipulhayat, "Khazanah: Mochtar Kusumaatmadja," *PADJADJARAN JURNAL ILMU HUKUM (JOURNAL OF LAW)* 1, no. 3 (27 Desember 2014), <https://jurnal.unpad.ac.id/pjih/article/view/7100>.

⁸⁷ *Ibid*, hal.630

⁸⁸ *Ibid*, hal.630

hukum ini lahir, tumbuh, dan berkembang sesuai dengan kondisi Indonesia, sehingga penerapannya akan sesuai dengan situasi dan kondisi masyarakat Indonesia yang pluralistik.

Kedua, secara dimensional, Teori Hukum Pembangunan menggunakan kerangka acuan pada pandangan hidup masyarakat dan bangsa Indonesia yang berlandaskan pada asas Pancasila yang bersifat kekeluargaan. Oleh karena itu, norma, asas, lembaga, dan kaidah dalam Teori Hukum Pembangunan tersebut relatif sudah mencakup dimensi struktur, kultur, dan substansi sebagaimana dikatakan oleh Lawrence W. Friedman.

Pembangunan bangsa Indonesia yang sedang berlangsung saat ini bertujuan untuk mencapai cita-cita bangsa Indonesia sebagaimana tercantum dalam pembukaan UUD 1945, yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk mewujudkan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan turut serta menciptakan perdamaian dunia yang berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial. Olehnya, pembangunan dilaksanakan dalam segala sendi-sendi kehidupan berbangsa dan bernegara secara berkelanjutan. Salah satu aspek yang menjadi sasaran pembangunan adalah aspek hukum itu sendiri. Pembangunan hukum tersebut sangatlah dibutuhkan untuk meneruskan perjuangan bangsa merdeka setelah terlepas dari belenggu penjajahan kolonialisme barat, serta merupakan eksistensi sebagai negara yang berdaulat tentunya memerlukan kehadiran hukum nasional yang mencerminkan nilai-nilai kultur dan budaya bangsa. Pembangunan hukum pada dasarnya meliputi usaha mengadakan pembaruan pada sifat dan isi dari

ketentuan hukum yang berlaku dan usaha-usaha yang diarahkan bagi pembentukan hukum baru yang diperlukan dalam pembangunan masyarakat.⁸⁹

Salah satu bentuk perkembangan hukum adalah lahirnya teori hukum pembangunan yang dipelopori oleh Mochtar Kusumaatmadja pada Tahun 1973.⁹⁰ Awalnya, teori hukum pembangunan ini sesungguhnya tidak digagas untuk menjadi sebuah teori, tetapi hanya sebagai konsep pembinaan hukum nasional, namun karena kebutuhan akan kelahiran teori ini, menjadikan teori ini dapat diterima secara cepat sebagai bagian dari teori hukum baru yang lebih dinamis, sehingga dalam perkembangannya konsep hukum pembangunan ini akhirnya diberi nama teori hukum pembangunan atau lebih dikenal dengan nama Mazhab UNPAD. Latar belakang lahirnya pemikiran konsep hukum pembangunan ini bermula dari keprihatinan Mochtar Kusumaatmadja yang melihat adanya kelesuan (*melaise*) dan kurangpercayaan akan fungsi hukum dalam masyarakat. Kelesuan itu seakan menjadi paradoksal, apabila dihadapkan dengan banyaknya jeritan-jeritan masyarakat yang mengumandangkan *The rule of law* dengan harapan kembalinya ratu keadilan pada tahtanya untuk mewujudkan masyarakat *Tata tentram kerta raharja*.⁹¹

Teori hukum pembangunan Mochtar Kusumaatmadja memiliki pokok-pokok pikiran tentang hukum yaitu⁹²: **Pertama**, bahwa arti dan fungsi hukum

⁸⁹ Satjipto Rahardjo di dalam Abdul Hakim Garuda Nusantara, *Beberapa pemikiran pembangunan hukum di Indonesia* (Bandung: Alumni, 1980).

⁹⁰ Romli Atmasasmita, *Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan Dan Teori Hukum Progresif* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2012).

⁹¹ Mochtar Kusumaatmadja, Otje Salman, dan Eddy Damian, *Konsep-konsep hukum dalam Pembangunan* (Bandung: Alumni, 2002).

⁹² *Ibid*, hlm 3-15.

dalam masyarakat direduksi pada satu hal yakni ketertiban (*order*) yang merupakan tujuan pokok dan pertama dari segala hukum. Kebutuhan terhadap ketertiban ini merupakan syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat yang teratur dan merupakan fakta objektif yang berlaku bagi segala masyarakat manusia dalam segala bentuknya. Untuk mencapai ketertiban dalam masyarakat maka diperlukan adanya kepastian dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat. Disamping itu, tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda isi dan ukurannya, menurut masyarakat dan zamannya. **Kedua**, bahwa hukum sebagai kaidah sosial, tidak berarti pergaulan antara manusia dalam masyarakat hanya diatur oleh hukum, namun juga ditentukan oleh agama, kaidah-kaidah susila, kesopanan, adat kebiasaan dan kaidah-kaidah sosial lainnya. Oleh karenanya, antara hukum dan kaidah-kaidah sosial lainnya terdapat jalinan hubungan yang erat antara yang satu dan lainnya. Namun jika ada ketidaksesuaian antara kaidah hukum dan kaidah sosial, maka dalam penataan kembali ketentuan-ketentuan hukum dilakukan dengan cara yang teratur, baik mengenai bentuk, cara maupun alat pelaksanaannya. **Ketiga**, bahwa hukum dan kekuasaan mempunyai hubungan timbal balik, dimana hukum memerlukan kekuasaan bagi pelaksanaannya karena tanpa kekuasaan hukum itu tidak lain akan merupakan kaidah sosial yang berisikan anjuran belaka. Sebaliknya kekuasaan ditentukan batas-batasnya oleh hukum. Secara populer dikatakan bahwa hukum tanpa kekuasaan adalah angan-angan, kekuasaan tanpa hukum adalah kelaliman. **Keempat**, bahwa hukum sebagai kaidah sosial tidak terlepas dari nilai (*values*) yang berlaku di suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan

bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Sehingga dapat dikatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*The living law*) dalam masyarakat yang tentunya merupakan pencerminan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu sendiri. **Kelima**, bahwa hukum sebagai alat pembaharuan masyarakat artinya hukum merupakan suatu alat untuk memelihara ketertiban dalam masyarakat. Fungsi hukum tidak hanya memelihara dan mempertahankan dari apa yang telah tercapai, namun fungsi hukum tentunya harus dapat membantu proses perubahan masyarakat itu sendiri. Penggunaan hukum sebagai alat untuk melakukan perubahan-perubahan kemasyarakatan harus sangat berhati-hati agar tidak timbul kerugian dalam masyarakat sehingga harus mempertimbangkan segi sosiologi, antropologi kebudayaan masyarakat.

Mochtar Kusumaatmadja juga memberikan definisi hukum yang lebih memadai bahwa hukum seharusnya tidak hanya dipandang sebagai suatu perangkat kaidah dan asas-asas yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, tetapi harus pula mencakup lembaga (*institutions*) dan proses (*procces*) yang diperlukan untuk mewujudkan hukum itu dalam kenyataan.⁹³ Jika dianalisis, makna definisi tersebut adalah : **Pertama**, kata asas dan kaidah menggambarkan hukum sebagai gejala normatif, sedang kata lembaga dan proses menggambarkan hukum sebagai gejala sosial. **Kedua**, kata asas menggambarkan bahwa Mochtar memperhatikan aliran hukum alam, karena asas itu ada kaitannya dengan nilai-nilai moral tertinggi yaitu keadilan, sedangkan kata kaidah

⁹³ *Ibid*, hlm 91.

menggambarkan bahwa Mochtar memperhatikan pengaruh aliran positivisme hukum karena kata kaidah mempunyai sifat normatif. Sedang kata lembaga menggambarkan bahwa Mochtar memperhatikan pandangan mazhab sejarah. Kata proses memperhatikan pandangan *Pragmatic legal realism* dari Roscoe Pound, yaitu proses terbentuknya putusan hakim di pengadilan. Lebih lanjut kata lembaga dan proses mencerminkan pandangan *Sociological jurisprudence* karena lembaga dan proses merupakan cerminan dari *living law* yaitu sumber hukum tertulis dan tidak tertulis yang hidup di masyarakat. Kata kaidah mencerminkan berlakunya kaidah dalam kenyataan menggambarkan bahwa bentuk hukum haruslah undang-undang.

Sehubungan dengan teori hukum pembangunan, Mochtar Kusumaatmadja menjelaskan bahwa hakikat pembangunan dalam arti seluas-luasnya yaitu meliputi segala segi dari kehidupan masyarakat dan tidak terbatas pada satu segi kehidupan. Masyarakat yang sedang membangun dicirikan oleh perubahan sehingga peranan hukum dalam pembangunan adalah untuk menjamin bahwa perubahan itu terjadi dengan cara yang teratur. Perubahan yang teratur demikian dapat dibantu oleh perundang-undangan atau keputusan pengadilan atau bahkan kombinasi dari kedua-duanya, sehingga dapat dikatakan bahwa hukum menjadi suatu alat yang tidak dapat diabaikan dalam proses pembangunan. Adapun masalah-masalah dalam suatu masyarakat yang sedang membangun yang harus diatur oleh hukum secara garis besar dapat dibagi dalam dua golongan besar yaitu : **Pertama**, masalah-masalah yang langsung mengenai kehidupan pribadi seseorang dan erat hubungannya dengan kehidupan budaya dan spritual

masyarakat, **Kedua**, masalah-masalah yang bertalian dengan masyarakat dan kemajuan pada umumnya dikaitkan dengan faktor-faktor lain dalam masyarakat terutama faktor ekonomi, sosial dan kebudayaan, serta bertambah pentingnya peranan teknologi dalam kehidupan masyarakat moderen.⁹⁴

Jika dikaji secara substansial, maka teori hukum pembangunan merupakan hasil modifikasi dari Teori Roscoe Pound *Law as a tool of social engineering* yang di negara Barat yang dikenal sebagai aliran *Pragmatig legal realism* yang kemudian diubah menjadi hukum sebagai sarana pembangunan. Hukum sebagai sarana pembangunan adalah bahwa hukum dalam arti kaidah atau peraturan hukum berfungsi sebagai alat (pengatur) atau sarana pembangunan dalam arti penyalur arah kegiatan manusia kearah yang dikehendaki oleh pembangunan disamping fungsi hukum untuk menjamin adanya kepastian dan ketertiban (*order*).⁹⁵

Pengembangan teori hukum sebagai sarana pembangunan masyarakat di Indonesia memiliki jangkauan dan ruang lingkup yang lebih lebih luas jika dibandingkan dari tempat asalnya sendiri karena beberapa alasan, yaitu⁹⁶: **Pertama**, bahwa dalam proses pembaruan hukum di Indonesia lebih menonjolkan pada perundang-undangan walaupun yurisprudensi juga memegang peranan, berbeda dengan keadaan di Amerika dimana teori Roscoe Pound ditujukan pada pembaruan dari keputusan-keputusan pengadilan khususnya *Supreme Court* sebagai mahkamah tertinggi. **Kedua**, bahwa dalam pengembangan di Indonesia, masyarakat menolak pandangan aplikasi *mechanistis* yang teradapat pada

⁹⁴ *Ibid*, hlm 90.

⁹⁵ *Ibid*, hlm 88.

⁹⁶ *Ibid*, hlm 83-85.

konsep *Law as a tool of social engineering* yang digambarkan dengan kata *tool* yang akan mengakibatkan hasil yang tidak banyak berbeda dengan penerapan *legisme* dalam sejarah hukum yang dahulu pernah diterapkan oleh Hindia Belanda, namun masyarakat Indonesia lebih memaknai hukum sebagai sarana pembangunan serta dipengaruhi pula oleh pendekatan-pendekatan filsafat budaya dari Northrop dan pendekatan *Policy oriented*. **Ketiga**, bahwa bangsa Indonesia sebenarnya telah menjalankan asas hukum sebagai alat pembaruan, sehingga pada hakikatnya konsepsi tersebut lahir dari masyarakat Indonesia sendiri berdasarkan kebutuhan yang mendesak dan dipengaruhi faktor-faktor yang berakar dalam sejarah masyarakat bangsa Indonesia.

Dari perspektif akademis, perlu ditinjau bagaimana posisi hukum pembangunan dalam ranah pemikiran hukum yang dikenal selama ini. Shidarta telah membahas hal ini dengan baik dalam tulisannya, “Posisi Pemikiran Teori Hukum Pembangunan dalam Konfigurasi Aliran Pemikiran Hukum (Sebuah Diagnosis Awal)”. Mochtar Kusumaatmadja dalam berbagai karyanya juga menyentuh kesamaan atau kedekatan konsep hukum yang dikembangkannya dengan konsep hukum sebagai alat rekayasa sosial, yang dikenal sebagai bagian dari aliran sosiologi hukum. Mochtar juga menyebut aliran *legisme*, *positivisme hukum*, *mazhab sejarah*, dan *realisme hukum* saat menjelaskan hukum pembangunan, meskipun tidak secara mendalam. Perspektif akademis ini akan menelusuri keterkaitan hukum pembangunan dengan aliran-aliran pemikiran yang disebutkan oleh Mochtar.

Legisme, aliran pemikiran pertama yang disebut oleh Mochtar, pada dasarnya adalah gerakan yang mengasumsikan bahwa setiap penerapan hukum semata-mata merupakan penerapan isi undang-undang terhadap kasus konkret. Penerapan ini dilakukan secara rasional dan logis karena undang-undang dianggap sebagai sistem logis yang dapat diberlakukan pada setiap kasus. Legisme terkait dengan legalitas, yaitu kondisi di mana undang-undang menjadi satu-satunya sumber yang menentukan pidana bagi setiap pelanggaran, dan hak untuk membuat undang-undang hanya dimiliki oleh pembuat undang-undang.

E. Fernando M. Manullang, mengutip L.J. van Apeldoorn, menjelaskan bahwa legalitas bermula dari pemikiran J.J. Rousseau tentang proses pembentukan hukum. Menurut Rousseau, undang-undang adalah pernyataan kehendak orisinal dari rakyat, dan ini menjadi satu-satunya sumber bagi pembentukan hukum. Akibatnya, kebiasaan-kebiasaan dalam masyarakat tidak diakui sebagai sumber hukum formal, yang oleh van Apeldoorn disebut sebagai "undang-undang secara diam-diam". Proses pembentukan hukum (undang-undang) merupakan kewenangan eksklusif pembuat undang-undang, sehingga tidak ada tempat bagi kebiasaan yang hidup di masyarakat sebagai dasar pembentukan hukum.⁹⁷

Keterkaitan legisme dengan hukum pembangunan terletak pada kesamaan dalam menempatkan hukum tertulis berupa undang-undang sebagai sumber utama dalam praktik hukum. Pandangan Mochtar yang menilai pentingnya undang-undang terlihat dalam berbagai tulisannya, antara lain mengatakan "di Indonesia di mana undang-undang merupakan cara utama untuk pengaturan hukum,

⁹⁷ Harahap dkk., "PENGANTAR ILMU HUKUM."

pembaruan masyarakat melalui hukum berarti pembaruan hukum terutama melalui perundang-undangan". Pentingnya hukum tertulis dalam hukum pembangunan ini dapat dipahami: jika hukum diharapkan menjadi sarana pembaruan masyarakat atau pembangunan, maka hukum yang dimaksud harus tertulis; sebaliknya, menempatkan hukum tidak tertulis (*living law*) sebagai hukum utama akan sulit diterima dan bisa menghambat upaya pembaruan atau pembangunan.

Meski memiliki kesamaan, antara legisme dan hukum pembangunan juga terdapat perbedaan. Perbedaan itu terletak pada penempatan hukum kebiasaan yang hidup di masyarakat. Dalam legisme, hukum kebiasaan tidak diberi tempat. Sedangkan dalam hukum pembangunan, meskipun tetap memprioritaskan undang-undang yang berlaku secara universal dalam satu wilayah hukum (nasional), hukum kebiasaan masih diberi tempat, terutama untuk bidang-bidang yang kuat keterkaitannya dengan aspek budaya, keagamaan, dan sistem sosial masyarakat, yang disebut Mochtar sebagai bidang hukum "yang tidak netral". Oleh karena itu, dalam masalah perkawinan dan kewarisan, hukum plural tetap berlaku karena upaya unifikasi di bidang hukum ini akan menghadapi banyak hambatan.

Aliran hukum sejarah, atau mazhab hukum historis (*historical school jurisprudence*), adalah aliran yang disinggung oleh Mochtar Kusumaatmadja dan dikembangkan oleh Friedrich Karl von Savigny pada paruh pertama abad ke-19. Aliran ini menyatakan bahwa hukum adalah bagian dari sejarah dan merupakan nilai yang berakar dari jiwa suatu bangsa (*volksgeist*). Menurut pandangan ini,

hukum tumbuh dan berkembang dalam jiwa bangsa, tidak dibuat secara sengaja, dan terbentuk melalui mekanisme bottom-up (dari bawah ke atas), bukan top-down (dari atas ke bawah).

Karena hukum mencerminkan jiwa bangsa, maka kaidah hukum akan berbeda antara satu bangsa dengan bangsa lainnya. Pandangan ini jelas berbeda dengan hukum pembangunan, yang justru mengutamakan hukum tertulis yang berlaku universal, biasanya ditentukan oleh penguasa. Dalam hukum pembangunan, model hukum asing bisa digunakan asalkan sesuai dengan kebijakan pembangunan, meskipun mungkin tidak memiliki akar sejarah di negara yang mengadopsinya.

Jika ada keterkaitan dengan hukum sejarah, itu hanya dalam pandangan Mochtar bahwa hukum sebagai kaidah sosial tidak bisa dipisahkan dari nilai-nilai yang berlaku di masyarakat. Mochtar juga menyatakan bahwa hukum adalah cerminan nilai-nilai dalam masyarakat, sehingga hukum yang baik adalah yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*). Namun, ini bisa menjadi kontradiktif karena hukum pembangunan memberikan negara ruang untuk menentukan hukum yang dibentuk dan berlaku, serta membuka ruang bagi adopsi hukum asing selama mendukung tujuan pembangunan, yang mungkin bertentangan dengan hukum yang hidup.

Aliran realisme hukum, yang juga disinggung oleh Mochtar, berakar pada empirisme, yaitu pengetahuan yang bertumpu pada kenyataan empiris dan menolak pengetahuan spekulatif yang hanya mengandalkan penalaran logis. Realisme hukum, yang dikembangkan oleh Holmes, memandang bahwa aturan

hukum tidak bisa diandalkan untuk menjawab dunia kehidupan yang kompleks, karena hukum dalam aturan-aturan hanya merupakan generalisasi dunia ideal. Faktor moral, kemanfaatan, dan keutamaan kepentingan sosial sering kali lebih relevan. Dalam realisme hukum, hakim memainkan peran penting dalam menentukan hukum yang relevan dan bermanfaat.⁹⁸

Dalam kaitannya dengan realisme hukum, keterhubungan dengan hukum pembangunan terletak pada fungsi hukum, yaitu mengutamakan kemanfaatan dan kepentingan sosial. Namun, peran dan prosesnya berbeda: dalam realisme hukum, hakim yang menentukan hukum melalui proses yudikasi, sedangkan dalam hukum pembangunan, peran itu dijalankan oleh pembentuk undang-undang melalui proses legislasi. Produk legislasi dalam realisme hukum sering menjadi pusat kritik, sehingga dalam praktik hukum, kadang perlu keluar dari aturan formal untuk mendorong kemanfaatan dan kepentingan sosial.⁹⁹

Aliran sosiologi hukum (*sociological jurisprudence*), yang juga mengilhami hukum pembangunan menurut Mochtar, dikembangkan oleh Roscoe Pound. Aliran ini berangkat dari kesadaran bahwa struktur masyarakat selalu timpang, dengan pihak yang terlalu dominan dan yang terpinggirkan.¹⁰⁰ Untuk menciptakan keseimbangan, hukum harus difungsikan untuk menata perubahan, sehingga muncul konsep hukum sebagai alat rekayasa sosial (*law as a tool of*

⁹⁸ Bernard L. Tanya, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, Cetakan Ketiga* (Malang: Genta Publising, 2013).

⁹⁹ I. Dewa Gede Atmadja dan I. Nyoman Putu Budiarta, *TEORI-TEORI HUKUM* (Malang, Indonesia: Setara Press, 2018).

¹⁰⁰ Raharjo Satjipto, *Hukum dan Perubahan Sosial Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-Pengalaman di Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009).

social engineering). Hukum tidak hanya berfungsi konservatif menjaga ketertiban masyarakat, tetapi juga sebagai instrumen perubahan sosial atau pembangunan.¹⁰¹

Dalam kaitannya dengan sosiologi hukum, hukum pembangunan memiliki kesamaan dalam memfungsikan hukum untuk mendukung perubahan atau pembangunan. Namun, keduanya berbeda dalam hal aktor yang menjalankan fungsi tersebut dan sifat perubahannya. Dalam sosiologi hukum, perubahan sosial dijalankan oleh hakim melalui putusan-putusan mereka, sedangkan dalam hukum pembangunan, perubahan dijalankan oleh pembentuk undang-undang melalui proses legislasi. Ini berpengaruh terhadap sifat perubahan: dalam sosiologi hukum, perubahan lebih dinamis, sedangkan dalam hukum pembangunan, perubahan cenderung statis dan kaku karena bergantung pada proses legislasi yang tidak sederhana.

Secara keseluruhan, hukum pembangunan memiliki keterkaitan dengan aliran-aliran hukum yang disebut oleh Mochtar dalam beberapa aspek, tetapi berbeda dalam aspek lainnya. Hukum pembangunan terkait dengan legisme dalam hal hukum yang harus tertulis dan universal, namun berbeda dalam soal hukum kebiasaan. Terkait dengan aliran sejarah hukum, hukum pembangunan sama-sama melihat hukum sebagai kaidah sosial yang tidak terpisah dari nilai masyarakat, tetapi berbeda dalam bentuk hukumnya. Dengan realisme hukum, keduanya menekankan fungsi hukum pada kemanfaatan sosial, tetapi berbeda dalam siapa dan bagaimana menjalankan fungsi tersebut. Demikian juga dengan sosiologi

¹⁰¹ Ellya Rosana, "HUKUM DAN PERKEMBANGAN MASYARAKAT," *Jurnal Tapis: Jurnal Teropong Aspirasi Politik Islam* 9, no. 1 (15 Juni 2013): 99–118, <https://doi.org/10.24042/tps.v9i1.1578>.

hukum, meski memiliki kesamaan dalam memfungsikan hukum, peran aktor dan cara menjalankan fungsi tersebut berbeda.

Keadaan demikian disebut Shidarta menjadikan pemikiran Mochtar Kusumaatmadja sulit ditempatkan secara tepat dalam konstelasi aliran-aliran pemikiran hukum klasik. Sebutannya terhadap berbagai aliran seperti hukum kodrat, positivisme hukum, mazhab sejarah, sosiologi hukum, dan realisme hukum dilakukan secara sporadis untuk mendukung pernyataan dalam konteks tertentu, tanpa upaya mendalam untuk membongkar pondasi pemikiran aliran-aliran tersebut dalam menyusun konsep hukumnya. Namun, Shidarta mengakui bahwa dari berbagai aliran tersebut, konsep hukum pembangunan mendekati sosiologi hukum.¹⁰²

Saat ini, bagaimana proyeksi hukum pembangunan dalam konteks pembangunan hukum di Indonesia? Menurut Mochtar Kusumaatmadja, perlu dilakukan "pembinaan hukum nasional," sebagaimana dijelaskan dalam dua karyanya. Dalam upaya ini, Mochtar menekankan pentingnya memahami hukum secara luas, bukan hanya sebagai kaidah sosial, tetapi juga mencakup keseluruhan asas dalam kehidupan manusia, lembaga-lembaga (institusi), dan proses yang memastikan kaidah-kaidah tersebut berfungsi dalam kenyataan. Karena luasnya cakupan ini, pembinaan hukum tidak dapat dilakukan dengan pendekatan normatif saja, melainkan harus menyeluruh.

Dalam pembinaan hukum nasional, Mochtar menekankan pentingnya pembaruan hukum dan peningkatan pendidikan hukum. Mengenai pembaruan

¹⁰² RR Lyia Aina Prihardiati, "TEORI HUKUM PEMBANGUNAN ANTARA DAS SEIN DAN DAS SOLLEN," *HERMENEUTIKA : Jurnal Ilmu Hukum* 5, no. 1 (27 Februari 2021), <https://doi.org/10.33603/hermeneutika.v5i1.4898>.

hukum, pemilihan bidang hukum menjadi penting karena beberapa bidang memerlukan perkembangan mendesak, seperti penanaman modal asing. Pemilihan ini juga diperlukan karena beberapa bidang membutuhkan perubahan mendasar demi pertimbangan politis, ekonomis, dan sosial akibat penjajahan, misalnya hukum agraria, hukum perburuhan, hukum pertambangan, dan hukum yang berkaitan dengan industri. Mochtar berpendapat bahwa perlu menanggukkan pembaruan hukum untuk bidang yang menghadapi terlalu banyak hambatan atau komplikasi kultural, keagamaan, dan sosiologis, yang disebutnya "tidak netral," sedangkan bidang hukum yang "netral" seperti hukum perseroan, hukum kontrak, dan hukum lalu lintas dapat diupayakan pembaruannya.

Pandangan Mochtar yang di satu sisi mendorong perubahan dan unifikasi hukum untuk bidang yang netral, sementara di sisi lain membiarkan yang tidak netral tetap plural disebut sebagai "membangun hukum berdasarkan wawasan nusantara," yaitu membangun hukum nasional dengan menggabungkan tujuan menciptakan hukum nasional yang satu sambil memperhatikan keanekaragaman budaya penduduk negara kepulauan. Pembangunan hukum dengan cara ini berarti mengusahakan kesatuan jika memungkinkan, dan membolehkan keanekaragaman bila diperlukan, dengan tetap mengutamakan kepastian.

Dalam hal peningkatan pendidikan hukum, Mochtar memandang bahwa dalam jangka panjang, pendekatan yang efektif untuk melakukan pembaruan sistem hukum suatu negara berkembang terletak pada pembaruan pendidikan hukumnya. Upaya pembaruan pendidikan hukum dilakukan melalui reorientasi tujuan pendidikan hukum, penerapan kurikulum minimum, pembinaan tenaga

pengajar, dan pendidikan hukum klinis. Reorientasi terkait tujuan pendidikan perlu dilakukan agar pendidikan hukum sesuai dengan kebutuhan masyarakat Indonesia sebagai negara baru merdeka yang sedang berkembang, bukan hanya perbaikan mutu pendidikan tetapi juga penentuan arah dan orientasi baru. Pendidikan hukum harus diorientasikan sebagai sarana pembangunan.

Mengenai kurikulum, Mochtar yang pernah memimpin Konsorsium Fakultas Hukum mendorong diadakannya kurikulum minimum yang harus dipenuhi oleh setiap fakultas hukum, sehingga terjadi uniformitas kurikulum dalam batas minimum tanpa menutup kemungkinan variasi sesuai dengan tempat, keadaan, dan kemampuan; mengadakan spesialisasi tanpa meninggalkan pendidikan dasar yang bersifat umum; serta membuka kemungkinan penggunaan pendekatan multi dan interdisipliner sebagai mata kuliah pilihan.

Mochtar juga mendorong diadakannya pendidikan klinis hukum, yang dimaksudkan untuk membekali mahasiswa dengan keterampilan teknik hukum yang diperlukan seorang ahli hukum di masyarakat. Pendidikan klinis ini diberikan dalam bidang peradilan dan perancangan (*drafting*), yang ditujukan untuk mempersiapkan mahasiswa sebagai pengacara, penuntut umum, dan hakim, serta mahir merancang kontrak maupun peraturan perundang-undangan. Pendidikan klinis hukum merupakan bagian dari upaya "profesionalisasi" pendidikan hukum, yang sebelumnya lebih cenderung bersifat akademis.

Secara keseluruhan, konsep hukum pembangunan versi Mochtar Kusumaatmadja bertujuan untuk memberdayakan fungsi hukum dalam masyarakat yang tengah membangun. Dalam mendukung pembangunan nasional,

hukum pembangunan tidak hanya menjelaskan apa itu hukum dan fungsinya, tetapi juga bagaimana proyeksinya. Proyeksi ini mencakup pemilihan bidang hukum yang perlu diperbarui, serta penyiapan sumber daya yang akan melaksanakannya.

Adapun hambatan-hambatan yang dihadapi teori hukum pembangunan adalah sebagai berikut : ¹⁰³

1. Sukarnya menentukan tujuan dari pembangunan hukum (pembaruan);
2. Sedikitnya data empiris yang dapat digunakan untuk mengadakan suatu analisis dekriptif dan prediktif;
3. Sukarnya mengadakan ukuran yang obyektif untuk mengukur berhasil/tidaknya usaha pembaharuan hukum.

Teori hukum pembangunan Mochtar Kusumaatmadja kemudian direvisi oleh Romli Atmasasmita dengan melakukan pendekatan *BSE (Bureucratic and Social Engineering)* yang kemudian disebut dengan nama teori hukum pembangunan generasi II (1980). Konsep pendekatan *BSE (Bureucratic and Social Engineering)* dalam pembangunan nasional hanya dapat dilaksanakan secara efektif jika baik aparat penyelenggara negara dan warga negara telah memahami fungsi dan peranan hukum sebagai berikut¹⁰⁴ :

1. Hukum tidak dipandang sebagai seperangkat norma yang harus di patuhi oleh masyarakat melainkan juga harus dipandang sebagai sarana hukum yang membatasi wewenang dan perilaku aparat hukum dan pejabat publik;

¹⁰³ Atmasasmita, *Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan Dan Teori Hukum Progresif*.

¹⁰⁴ *Ibid*, hlm 83.

2. Hukum bukan hanya diakui sebagai sarana pembaharuan masyarakat semata-mata, akan tetapi juga sebagai sarana pembaharuan birokrasi.
3. Kegunaan dan kemanfaatan hukum tidak hanya dilihat dari kacamata kepentingan pemegang kekuasaan (negara) melainkan juga harus dilihat dari kacamata kepentingan-kepentingan pemangku kepentingan (*stakeholder*), dan kepentingan korban-korban (*victims*);
4. Fungsi hukum dalam kondisi masyarakat yang rentan (*vulnerable*) dan dalam masa peralihan (*transisional*), baik dalam bidang sosial, ekonomi dan politik, tidak dapat dilaksanakan secara optimal hanya dengan menggunakan pendekatan preventif dan represif semata, melainkan juga diperlukan pendekatan restoratif dan rehabilitatif;
5. Agar fungsi dan peranan hukum dapat dilaksanakan secara optimal dalam pembangunan nasional, maka hukum tidak semata-mata dipandang sebagai wujud dari komitmen politik melainkan harus dipandang sebagai sarana untuk mengubah sikap dan cara berpikir (*mindset*) dan perilaku (*behavior*) aparatur birokrasi dan masyarakat bersama-sama.

Dalam perkembangannya selanjutnya, teori hukum pembangunan I oleh Mochtar Kusumaatmadja dan teori hukum pembangunan II kemudian dimodifikasi kembali oleh Romli Atmasasmita dengan menambahkan teori hukum progresif yaitu teori yang diperkenalkan oleh seorang ahli hukum yaitu Satjipto Rahardjo kedalam teori hukum pembangunan Mochtar Kusumaatmadja. Secara substansial, baik hukum progresif maupun hukum pembangunan tidak berhenti pada hukum sebagai sistem norma yang hanya bersandar pada *rules and logic*

saja, melainkan juga hukum sebagai sistem perilaku. Kesamaan pandangan keduanya terletak pada fungsi dan peranan hukum dalam bekerjanya hukum dihubungkan dengan pendidikan hukum, namun demikian, kedua model hukum tersebut berbeda terutama pada tolak pangkal pemikirannya. Mochtar Kusumaatmadja beranjak dari bagaimana menfungsikan hukum dalam proses pembangunan nasional, sedangkan Satjipto Rahardjo beranjak dari kenyataan dan pengalaman tidak bekerjanya hukum sebagai sistem perilaku.

Perbedaan lain terlihat pada bagaimana hukum pembangunan menegaskan bahwa kepastian hukum dalam arti keteraturan/ketertiban (*order*) dipertahankan sebagai pintu masuk menuju arah kepastian hukum dan keadilan, sedangkan hukum progresif menegaskan bahwa demi kepentingan manusia hukum tidak dapat memaksakan ketertiban kepada manusia, tetapi hukumlah yang harus ditinjau kembali. Perbedaan lain, dalam hukum pembangunan, bahwa hukum seyogyanya diperankan sebagai sarana (bukan alat) pembaruan masyarakat (*Law as a tool of social engineering*), akan tetapi Satjipto Rahardjo lebih menegaskan bahwa model pemeranan hukum demikian dikhawatirkan menghasilkan *Dark engineering* jika tidak disertai dengan hati nurani manusianya dalam hal ini penegak hukumnya.¹⁰⁵ Sehingga dari hasil analisis terhadap dua model hukum tersebut, kemudian Romli Atmasasmita merumuskan sebuah sintesis yang disebut model hukum integratif yang memberikan alternatif solusi dari persoalan hukum dalam masyarakat. Prinsip hukum model integratif tersebut diyakini dapat

¹⁰⁵ Romli Atmasasmita, "Tiga Paradigma Hukum Pembangunan Nasional; Makalah Ilmiah" (Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, 2010).

memberikan kontribusi yang signifikan terhadap pembangunan nasional terutama dalam pembentukan hukum dan penegakan hukum.¹⁰⁶

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm 23.