

## BAB II

### KAJIAN TEORI

#### A. Sumber Hukum dalam Pengambilan Putusan atau Penetapan Hakim

##### 1. Sumber Hukum di Indonesia

Di Indonesia sendiri mempunyai beberapa sumber hukum, dimana sumber hukum ini sangat penting dalam perumusan suatu penetapan.<sup>20</sup> Sehingga sumber hukum dalam pengambilan putusan ini sangatlah penting, sebab sumber hukum menjadi landasan hakim dalam memutuskan sebuah perkara yang masuk di pengadilan. Sumber hukum yang ada di Indonesia terdiri dari sumber hukum formil dan materil. Sumber hukum formil berupa operasional yang berhubungan dengan pelaksanaan penerapan hukum, dimana dasar mengikatnya ketentuan atau peraturan-peraturan agar ditaati oleh masyarakat maupun penegak hukum. Sedangkan sumber hukum materil berupa sumber hukum yang berasal dari substansi hukum.

Sumber hukum formil diantaranya berupa<sup>21</sup> :

##### 1. Undang-Undang

Adalah peraturan negara yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, dan dijadikan sebagai dasar dalam menangani sebuah perkara serta menjadi aturan yang tertulis.

##### 2. Kebiasaan

Adalah perilaku atau perbuatan manusia yang dilakukan secara berulang-ulang dalam hal yang sama. Ketika kebiasaan itu diterima

---

<sup>20</sup> Fais Yonas Boa., *Pancasila Sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum Nasional*, Jurnal Konstitusi, Volume 15, No 1, Maret 2018, 22

<sup>21</sup> Youhelson., *Pengantar Ilmu Hukum*, Ideas Community Gorontalo : 2017, 13

oleh masyarakat sehingga masyarakat menganggap bahwa apa yang dilakukan diluar dari kebiasaan itu adalah salah.

### 3. Yurisprudensi

Adalah penetapan hakim sebelumnya yang dijadikan sebagai dasar pada penetapan selanjutnya yang selanjutnya menjadi keputusan hakim yang menjadi keputusan tetap dalam perkara-perkara tertentu yang mengalami kekosongan hukum atau belum ada undang-undang yang mengatur secara pasti terhadap perkara tertentu.

### 4. Traktat

Adalah perjanjian yang dilakukan oleh dua negara atau lebih, dimana tidak hanya mengikat dua negara yang saling terlibat akan tetapi masyarakatnya juga terlibat dalam hal ini serta negara-negara yang ikut serta didalamnya.

### 5. Doktrin (Pendapat Sarjana Hukum)

Adalah pendapat seseorang atau pendapat orang sarjana hukum yang terkenal dalam ilmu pengetahuan hukum. Dalam doktrin ini dapat digunakan dasar pertimbangan hakim dalam memutuskan sebuah perkara.

Dari beberapa sumber hukum tersebut dalam pengambilan putusan atau penetapan hakim untuk menyelesaikan sebuah perkara ketika hakim menggunakan argumentasinya atau pendapatnya. Maka dalam sumber hukum tersebut termasuk dalam yurisprudensi yang berada di dalam urutan ketiga. Dikarenakan dalam yurisprudensi terdapat dan mengandung argumentasi hakim dalam memutuskan sebuah perkara yang belum memiliki kekuatan hukum yang

tetap, sehingga hakim menuangkan argumentasi atau pendapatnya pada yurisprudensi atau penetapan yang dijadikan yurisprudensi. Kemudian dalam berargumentasi hakim masih membutuhkan doktrin dari para sarjana hukum yang terkenal dan ahli dalam ilmu hukum.<sup>22</sup> Sehingga untuk menangani perkara yang mengalami kekosongan hukum hakim harus cermat dalam mempertimbangkan dengan menggunakan argumentasinya yang diimbangi dengan berbagai macam pertimbangan lainnya. Tidak hanya itu perumusan permasalahan yang dihadapi hakim membutuhkan analisis yang lebih dengan menggunakan *legal reasoning*.

*Legal reasoning* adalah dasar tentang bagaimana hakim memutuskan perkara atau kasus hukum dan *legal reasoning* merupakan bagian dari putusan pengadilan dalam memutuskan perkara. Dalam *legal reasoning* harus cermat dan sistematis. Pertimbangan tersebut harus disertai dengan fakta peristiwa, fakta hukum, hukum kebiasaan, yurisprudensi dan teori-teori hukum yang dapat membantu hakim dalam merumuskan masalah. Dengan menggunakan metode penafsiran hukum yang sesuai untuk menyusun argumentasi (alasan) atau dasar hukum dalam putusan hakim tersebut.

## 2. Kedudukan dan Kekuatan Hukum SEMA

Dalam aturan perundang-undangan mempunyai kedudukan yang mempunyai runtutan masing-masing dalam hal ini biasa disebut dengan kedudukan hirarki. Kemudian terdapat kedudukan hirarki undang-undang yang memberikan runtutan posisi kedudukan undang-undang yang ada di Indonesia. Dimana dalam posisi ini kedudukan yang lebih rendah tidak dapat menggantikan kedudukan yang lebih tinggi, berikut adalah kedudukan hirarki undang-undang di Indonesia seperti

---

<sup>22</sup> Youhelson., *Pengantar Ilmu Hukum*, Ideas Community Gorontalo : 2017, 15

halnya pada Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan:<sup>23</sup>

1. Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
3. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peratudan Daerah Provinsi
7. Peratudan Daerah Kabupaten / Kota

Kemudian pada pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang menyatakan bahwa jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 yaitu peraturan yang ditetapiakan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksaan Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, Badan Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang, atau Pemerintah atas Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Perwakilan Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.<sup>24</sup>

Kemudian pada pasal 8 ayat 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, menyatakan bahwa

---

<sup>23</sup> Nisrina Irbah Sati., *Ketetapan MPR dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan*, Jurnal Hukum & Pembangunan Vol. 49 No. 4, 2019.

<sup>24</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Pasal 8 Ayat (1)

peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam ayat satu diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum yang mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk oleh lembaga yang berwenang.<sup>25</sup>

Sehingga sudah jelas bahwa kedudukan SEMA atau Surat Edaran Mahkamah Agung tidak termasuk dalam kelompok hirarki perundang-undangan. Akan tetapi diatur tersendiri dalam Pasal 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang yang mana juga mempunyai kekuatan hukum yang diatur oleh perundang-undangan. Sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk oleh lembaga yang berwenang. Sehingga SEMA ini tidak termasuk kedalam hirarki perundang-undangan akan tetapi termasuk kedalam kelompok peraturan yang ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Dimana seperti di jelaskan pada pasal 8 ayat 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang. Sehingga dalam hal ini dapat dinyatakan bahwa di Indonesia itu aturan yang mempunyai kekuatan hukum bukan hanya perundang-undangan saja. Tetapi juga pada lembaga yang berwenang atau pada lembaga yang diakui oleh negara.

Sehingga SEMA sendiri dapat dikatakan mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Walaupun kedudukannya tidak sekuat undang-undang, ditambah lagi dengan adanya kewenangan Mahkamah Agung yang mempunyai kewenangan *rule making power*. Sebagaimana Pada Pasal 79 Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, yang memberikan Mahkamah

---

<sup>25</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang Pasal 8 Ayat (2)

Agung kewenangan membentuk hukum atau *rule making power*. Kewenangan ini diberikan agar Mahkamah Agung dapat menyelesaikan persoalan-persoalan yang tidak diatur rinci dalam peraturan perundang-undangan.<sup>26</sup>

Di Indonesia sendiri menganut sistem *Trias Politica*, menurut *Jhone Locke* konsep pemisahan kekuasaan ada tiga yaitu adanya *Trias Politica*. *Trias Politica* adalah kekuasaan negara yang terdiri dari tiga kekuasaan yaitu yang dikenal dengan *sparation of power* yang meliputi<sup>27</sup>:

1. Kekuasaan Legislatif (*Rulemaking function*) yaitu kekuasaan membuat undang-undang
2. Kekuasaan Eksekutif (*Rule application function*) yaitu kekuasaan melaksanakan undang-undang
3. Kekuasaan Yudikatif (*Rule adjudication function*) yaitu kekuasaan mengadili atas pelanggaran undang-undang.

Dikarenakan Mahkamah Agung menjalankan undang-undang oleh karena itu diberikan kewenangan yang bernama *rule making power*. Yang seharusnya menjadi wewenang lembaga legislatif yaitu kekuasaan membuat undang-undang yang seharusnya dikarenakan tidak semua dapat dimuat dalam perundnag-undangan dimana dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dengan persetujuan presiden yang akhirnya Mahkamah Agung diberikan kekuasaan untuk membuat peraturan yang bernama Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) ataupun Peraturan Mahkamah Agung (PERMA). Sehingga Mahkamah Agung memiliki wewenang untuk mengatasi permasalahan yang

---

<sup>26</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung Pasal 79

<sup>27</sup> Basuki Kurniawan, *Politik Hukum di Indonesia*, Licensi :November 2020, 167

muncul dimana ketika membuat undang-undang membutuhkan waktu yang panjang dan Mahkamah Agung berusaha membuat terobosan atau mencari solusi terhadap perkara yang masuk dan belum ada hukum yang mengaturnya (mengisi kekosongan hukum). Sehingga munculah SEMA sebagai alternatif Mahkamah Agung dalam menangani sebuah perkara.

## **B. Perkawinan dan Ketentuan Hukum Islam**

### **1. Pengertian Perkawinan**

Perkawinan dalam Bahasa Arab berasal dari *kata nakaha, yankihu, nakhan, nakhatan, nikhatan, mankahan* yang berarti berkumpul atau bergabung. Dimana istilah nikah digunakan untuk menyebutkan akad dalam perkawinan, dalam hal ini perkawinan dapat diartikan bercampurnya antara suami dan istri yang telah melakukan akad.

Kemudian perkawinan menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah sebuah akad atau ikatan perjanjian yang kuat *mitsaqan ghalidzhan* yang bertujuan untuk menciptakan keluarga yang *sakinah, mawaddah dan warahmah*.<sup>28</sup> Dimana dalam perkawinan mempunyai tujuan yang jelas yaitu menciptakan keluarga yang *sakinah, mawaddah dan Warahmah*. *Sakinah* berarti kedamaian. Sehingga kedamaian ini jika diartikan adalah sebuah keadaan dimana tetap tenang meskipun sedang menghadapi masalah, *mawaddah* yang berarti “cinta” dimana dalam hal ini orang yang mempunyai cinta dihatinya akan lapang dan akan senantiasa menjaga cinta baik dikala senang ataupun dalam keadaan susah. Kemudian adalah

---

<sup>28</sup>Khoirul Anam., *Studi Makna Perkawinan Dalam Perspektif Hukum Di Indonesia (Komparasi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) Dengan Kompilasi Hukum Islam*, Jurnal Fakultas Hukum Universitas Telungagung, 65

*Warahmah* yang mempunyai makna kasih sayang sehingga dapat diartikan didalam keluarga adalah tempat memberikan kasih sayang dan kebahagiaan.

Sedangkan Perkawinan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) adalah ikatan yang dilakukan oleh dua orang yaitu antara laki-laki dan Perempuan yang biasa disebut perkawinan yang dilakukan sesuai dengan ketentuan hukum dan agama yang dipercayai dan sesuai hukum yang berlaku di Indonesia. Perkawinan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.<sup>29</sup>

Sehingga dapat disimpulkan bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara suami dan istri untuk membentuk atau membangun keluarga yang *sakinah, mawaddah dan warahmah* berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku dan agama yang dianut.<sup>30</sup> Dimana didalam perkawinan ini sangat membutuhkan kerja sama yang baik untuk mencapai suatu tujuan, tentunya dengan memiliki fondasi perkawinan yang baik seperti halnya dengan membangun landasan yang kuat dengan menggunakan prinsip dalam perkawinan dan keluarga seperti halnya membangun berdasarkan batas-batas yang telah ditentukan Allah. Dimana dalam hal ini pasangan suami dan istri membangun keluarga dengan menggunakan batasan-batasan yang sudah ditetapkan oleh Allah seperti halnya perintah menggauli istri dengan baik. Memilih pasangan yang seagama dan lain sebagainya. Kemudian saling rela dimana antara suami dan istri ini sama-sama

---

<sup>29</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Bab I Pasal 1

<sup>30</sup> Adib Machrus., *Fondasi Keluarga Sakinah, Subdit Bina Keluarga Sakinah Direktorat Bina KUA & Keluarga Sakinah Ditjen Bimnas Islam Kemenag* 2017, 6



rela atas pernikahannya. Serta layak dimana kata layak ini suami istri sama-sama baik dalam artian dalam norma sosial seperti halnya dalam ruang lingkup pasangan suami istri tersebut. Harus sama-sama sudah dikatakan mempunyai kecakapan dan kemampuan untuk membangun rumah tangga baik secara fisik, mental dan ekonomi.

Dalam perkawinan berusaha menciptakan kondisi yang baik dimana antara suami dan istri sama-sama berusaha untuk menciptakan keluarga yang harmonis agar tidak terjadi perceraian yang akan menyebabkan dampak negatif, tulus dalam hal ini muncul dalam pemberian mahar suami terhadap istri dengan niatan tulus dan sebagai simbol bahwa suami berkewajiban memberikan nafkah kepada istri. Kemudian dalam hal musyawarah, prinsip musyawarah dalam keluarga sangat dibutuhkan, dimanna dibutuhkannya musyawarah antara suami dan istri secara baik-baik. Agar dapat memecahkan permasalahan yang muncul di dalam kehidupan berumah tangga. Selanjutnya adalah perdamaian dimana dibutuhkannya perdamaian saat suami dan istri dalam keadaan yang mengancam kerusakan dalam rumah tangganya seperti halnya dalam konsep ruju’.

## 2. Dalil Tentang Perkawinan

Al-Baqarah ayat 221 yang berbunyi <sup>31</sup>:

وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ ۚ وَلَا مَآءَةً مُّؤْمِنَةً حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَالْعَبْدُ مُؤْمِنٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۗ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ۚ

---

<sup>31</sup> Kemetrian Agama Republik Indonesia, Al-Qur’an., Surah Al-Baqarah:221

Yang artinya : “Dan janganlah kamu menikahi wanita-wanita musyrik, sebelum mereka beriman. Sesungguhnya wanita budak yang mukmin lebih baik daripada wanita musyrik, walaupun dia menarik hatimu. Dan janganlah kamu menikahkan orang-orang musyrik (dengan wanita-wanita mukmin) sebelum mereka beriman. Sesungguhnya budak yang mukmin lebih baik daripada orang musyrik, walaupun dia menarik hatimu. Mereka mengajak ke neraka. Sedang Allah mengajak ke surga dan ampunan dengan izin-nya. Dan Allah menerangkan ayat-ayat Nya(Perintah-Perintah Nya) kepada manusia supaya mereka mengambil pelajaran.” (Surat Al-Baqarah Ayat 221).

Dalil tersebut menjelaskan bahwa seorang perempuan muslim tidak boleh menikah dengan laki-laki non muslim, menurut Tafsir Al-Misbah pengertian wanita musyrik adalah orang-orang dari kalangan penyembah berhala. Kemudian dalam Tafsir Ibnu Kastir juga dijelaskan bahwa Allah mengharamkan atas orang-orang mukmin menikahi wanita-wanita musyrik dari kalangan penyembah berhala.<sup>32</sup> Terdapat beberapa pendapat terkait wanita musyrik yang haram dinikahi. Jumhur ulama berpendapat bahwa wanita musyrik baik dari golongan bangsa arab dan bangsa non arab selain ahlul kitab yaitu Yahudi dan Kristen haram untuk dinikahi. Menurut pendapat ini wanita non muslim dan bukan ahlul kitab apapun kepercayaan atau agamanya tidak boleh dinikahi oleh laki-laki muslim. Menurut Imam Syafi'i yang dimaksud dengan ahlul kitab yaitu orang-orang Yahudi dan Nasrani (Kristen) keturunan orang Israel. Oleh karena itu bangsa-bangsa lain menganut agama Yahudi dan Nasrani (Kristen) tidak termasuk dalam ahlul kitab. Menurut jumhur ulama pada zaman Rasulullah masih

---

<sup>32</sup> M.Quraish Shihab., Tafsir Al- Misbah, Tafsir Al-Qur'an 30 Juz, Jilid 4

diperbolehkannya perkawinan beda agama dengan garis bawah laki-laki muslim dan wanita ahlul kitab, dikarenakan dalam hal ini akan membuka dakwah agama Islam melalui jalan pernikahan.<sup>33</sup> Dengan alasan dan berbagai kemungkinan dimana ketika wanita ahlul kitab yang benar-benar murni keasliannya dapat masuk dan mengikuti agama Islam pula saat ia menikah dengan laki-laki muslim. Akan tetapi tidak boleh wanita muslim menikah dengan laki-laki non muslim, dikarenakan tidak ada kemaslahatan didalamnya.

Seiring dengan perkembangan zaman dan pengaruh kemurnian kitab yang sudah tidak terjaga lagi keasliannya maka sudah tidak diperbolehkan lagi. Dalam hal ini ditakutkan akan menimbulkan kemudhorotan khususnya dalam konteks perkawinan yang akan berpengaruh pada keturunan. Menurut Majelis Ulama Indonesia (MUI) melarang akan adanya perkawinan beda agama antara wanita ahlul kitab dikarenakan demi kemaslahatan agama serta keharmonisan rumah tangga serta menghilangkan esensi makna dalam pernikahan itu sendiri yang mana ketika suami dan istri tidak mempunyai kesamaan dalam agama akan merusak fitrah dari pernikahan itu sendiri.<sup>34</sup> Tidak hanya itu dalam perkawinan beda agama jika ditinjau dari hukum islam perkawinannya tidak sah dikarenakan tidak memenuhi syarat sah dari pernikahan yaitu beragama silam. Serta ketika perkawinan beda agama dilaksanakan akan menimbulkan zina yang berakar dari tidak sahnya pernikahan yang dijalani.

Dalam Al-Qur'an telah dijelaskan bahwa semua makhluk hidup diciptakan berpasang-pasangan antar jenis, berjodoh-jodohan, dan termasuk didalamnya

---

<sup>33</sup> Abdul Jalil., *Pernikahan Perkawinan Beda Agama Persepektif Hukum Islam dan Hukum Positif di Indonesia.*, Andagogi Jurnal Diklat Teknis, Volume VI No.2 Juli 2018, 55

<sup>34</sup> Abdul Jalil., *Pernikahan Perkawinan Beda Agama Persepektif Hukum Islam dan Hukum Positif di Indonesia.*, Andagogi Jurnal Diklat Teknis, Volume VI No.2 Juli 2018, 60

ialah manusia. Pengaturan dalam manusia dalam hidup berjodoh-jodohan itu melalui jenjang perkawinan yang mana ketentuannya dijelaskan dalam aturan-aturan tersendiri. Sebagaimana dijelaskan dalam firman Allah Swt. QS. An-Nisa' (4): 1.

يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا  
وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً. وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ  
كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا

Artinya: “Wahai Manusia.! Bertakwalah kepada Tuhan yang telah menciptakan kamu dari diri yang satu (Adam), dan Allah menciptakan pasangannya (Hawa) dari dirinya; dan dari keduanya Allah memperkembang biakan pria dan wanita yang banyak. Bertakwalah kamu kepada Allah yang dengan (mempergunakan) namanya kamu saling meminta satu sama lain, dan (peliharalah) hubungan dengan keluarga (silaturrahi). Sesungguhnya Allah selalu menjaga dan mengawasimu.<sup>35</sup>

Dasar hukum perkawinan dijelaskan berdasarkan sumber hukum Islam, yakni yang memerintahkan untuk menikahkan bagi orang-orang telah dinilai mampu untuk menjalankan rumah tangga yaitu :

وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ. إِنْ يَكُونُوا  
فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِعَ عَلَيْهِمُ

Artinya: “Dan kawinkanlah orang-orang yang sendirian (masih membujang), diantara kamu, dan orang-orang yang layak (menikah) dari hamba-hamba sahayamu yang lelaki dan hamba-hamba sahayamu yang perempuan. Jika

<sup>35</sup> Dirjen Bimas Islam., Direktorat Uais dan Pembinaan Syari'ah, Kemenak RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*. (PT. Tehazed: Jakarta 2010): 99.

mereka miskin, Allah akan memberi kemampuan kepada mereka dengan kurnia-Nya. Dan Allah Maha luas (pemberian-Nya) lagi Maha Mengetahui.”(QS. An-Nūr (24): 32)

### 3. Rukun Dan Syarat Perkawinan

Rukun adalah sesuatu yang menentukan sah atau tidaknya suatu perkawinan, dimana khususnya dalam hal perkawinan. Dimana dalam perkawinan mempunyai lima rukun diantaranya adalah :

- a. Mempelai laki-laki
- b. Mempelai perempuan
- c. Wali
- d. Dua orang saksi
- e. Ijab dan qobul

Kemudian syarat sahnya perkawinan adalah diantaranya (Bagi calon mempelai):

- a. Beragama Islam
- b. Calon mempelai harus jelas laki-laki/ perempuan
- c. Tidak mempunyai hubungan darah
- d. Sama-sama rela
- e. Tidak dalam keadaan berikhrām
- f. Tidak dalam keadaan masa iddah (bagi perempuan)

### **C. Perkawinan Beda Agama dalam Ketentuan Hukum Positif**

#### 1. Pengertian Perkawinan Beda Agama

Perkawinan menurut kompilasi hukum islam (KHI) adalah sebuah akad atau ikatan perjanjian yang kuat *mitsqan ghalidzhan* yang bertujuan untuk

membentuk keluarga yang *sakinah, mawaddah dan warahmah*. Sedangkan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.<sup>36</sup>

Perkawinan beda agama adalah perkawinan yang dilaksanakan oleh dua individu yaitu laki-laki dan wanita dimana mempunyai agama yang berbeda dan keduanya tunduk atas aturan kedua agama yang dianutnya. Akan tetapi pada saat perkawinan dilaksanakan keduanya tetap pada agama yang dianutnya masing-masing. Sehingga perkawinan beda agama ini dilakukan oleh dua individu yang memiliki agama yang berbeda namun tetap melangsungkan perkawinannya. Sehingga dapat juga disebut perkawinan beda agama adalah perkawinan yang dilakukan oleh orang islam baik itu laki-laki ataupun perempuan dengan laki-laki atau perempuan yang tidak beragama Islam seperti halnya beragama Kristen, Katholik dan lain sebagainya.

Dalam perkawinan beda agama sendiri dibedakan menjadi tiga jenis yaitu perkawinan antara laki-laki muslim dengan wanita musyrik, perkawinan antara laki-laki islam dengan wanita ahli kitab dan perkawinan antara wanita muslim dengan laki-laki non muslim.<sup>37</sup>

## 2. Faktor-Faktor Terjadinya Perkawinan Beda Agama

Pada realitanya perkawinan beda agama kerap kali terjadi ditengah masyarakat. Khususnya di zaman sekarang dimana terdapat beberapa faktor yang

---

<sup>36</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

<sup>37</sup> Abdul Jalil., *Pernikahan Beda Agama Dalam Perspektif Hukum Islam Dan Hukum Positif Di Indonesia*, Andragogi Jurnal Vol: VI No 2 Juli – Desember 2018,55

mempengaruhi sehingga perkawinan beda agama kerap kali terjadi ditengah masyarakat dimana melakukan perkawinan yang antara laki-laki dan wanita tidak mempunyai agama yang sama atau berbeda. Selain undang-undang yang tidak mengatur perkawinan beda agam secara tegas berikut yang menyebabkan terjadinya perkawinan beda agama diantaranya adalah.<sup>38</sup>

a. Faktor Pendidikan

Agama yang minim atau kurangnya pemahaman terkait agama, dimana dalam hal ini agama menjadi fondasi banyaknya orang tua yang lalai akan pentingnya pengetahuan tentang agama khususnya dalam hal mendidik anak. Sehingga anak tidak mempunyai fondasi agama yang kuat dalam perkembangannya menuju dewasa dan kemudian mengenal cinta. Sehingga lebih mementingkan cinta daripada agamanya sendiri dan hal ini sangat mempengaruhi akan terjadinya perkawinan beda agama khususnya untuk remaja yang dalam pertumbuhannya kurang dalam pemahaman agama.

b. Faktor Pergaulan Hidup

Dimana sangat memungkinkan dalam hal ini memicuh akan terjadinya perkawinan beda agama, khususnya di Indonesia sendiri mempunyai beragam dan berbagai macam agama. Tidak menutup kemungkinan akan bertemu dengan orang yang mempunyai agama yang berbeda. Sehingga akan menimbulkan peluang terhadap terjadinya perkawinan beda agama.

c. Faktor Latar Belakang Orangtua

---

<sup>38</sup> Amal Zainudin Naim., *Analisis Putusan Permohonan Perkawinan Beda Agama Perspektif Teori Hukum Progresif (Studi Komparasi Putusan Mahkamah Agung Nomor : 1400k/ Pdt/1986 Dan Nomor: 1977K/2017)*, (Program Magister Al-Ahwal Al-Syakhshiyah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang 2019). 60

Dimana dalam hal ini ketika orang tua melakukan perkawinan beda agama tidak menutup kemungkinan anak yang dilahirkan dari perkawinan beda agama tersebut juga melakukan hal yang sama seperti apa yang dilakukan oleh orang tuanya. Seperti halnya melakukan perkawinan beda agama yang didasari bahwa orang tuanya dulu juga melakukan perkawinan beda agama.

#### d. Faktor Kebebasan dalam Memilih Pasangan

Zaman sekarang sudah dikatakan sedikit sekali terjadi adanya perjodohan, seperti halnya pada zaman dulu yang kerap kali melangsungkan perkawinan dengan perjodohan. Dengan adanya kebebasan untuk memilih sehingga tidak menutup kemungkinan akan terjadi perkawinan beda agama.

#### e. Faktor Diawali Perjodohan.

Di zaman sekarang sudah sangat modern sehingga dapat memanfaatkan sosial media untuk mencari pasangan. Dalam hal ini sangat memunculkan peluang besar untuk adanya potensi perkawinan beda agama.

### 3.Keabsahan Perkawinan Beda Agama

Sahnya perkawinan beda agama masih banyak diperdebatkan, pasalnya banyak kalangan yang menentang akan adanya perkawinan beda agama khususnya para ulama dan undang-undang yang ada di Indonesia sendiri. Seperti halnya pada Undang-Undang perkawinan dalam Pasal 2 Ayat 1 yang telah diperbarui pada Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019 yang berbunyi “Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya”.<sup>39</sup> Dimana dalam pasal tersebut sudah jelas ketika pasangan melangsungkan perkawinan beda agama tidaklah sesuai dengan pasal

---

<sup>39</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan



tersebut sehingga menurut pasal tersebut perkawinan beda agama tidaklah sah sebab tidak sesuai dengan hukum masing-masing agamanya. Kemudian menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 huruf a tentang Administrasi Kependudukan perkawinan yang disahkan dihadapan pengadilan dikatakan sah.<sup>40</sup> Akan tetapi dalam hal ini menimbulkan kerancuan atau ketidak pastian hukum khususnya dalam perkawinan beda agama, dan membuka peluang untuk semakin banyaknya terjadi perkawinan beda agama. Sehingga menurut pasal tersebut seolah-olah menyetujui dan menjadikan dalih bahwa perkawinan beda agama sah jika mendapatkan izin dari pengadilan.

#### 4. Berdasarkan Hukum Agama

Di Indonesia yang memiliki berbagai macam agama dimana akan menimbulkan keberbedaan hukum didalam agama yang berbeda. Sehingga negara menjamin akan adanya kebebasan dalam memeluk agama sesuai dengan kepercayaannya masing-masing yang tercantum dalam pasal 29 ayat 2 Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945. Dimana dalam hal ini keberadaan agama dalam perkawinan sangatlah penting hingga tertuangnya dalam undang-undang perkawinan.

Kemudian menurut Hazairin di Indonesia tidak boleh ada hukum yang bertentangan dengan hukum agama, hal ini terjadi setelah Indonesia merdeka. Dalam artian tidak ada hukum yang bertentangan dengan hukum agama, sehingga hukum positif yang ada di Indonesia sendiri tidak ada yang bertentangan dengan hukum agama.<sup>41</sup> Apabila terdapat hukum yang bertentangan dengan agama maka

---

<sup>40</sup>Pasal 35 huruf a Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan.

<sup>41</sup> Abdi Pujiasih., *Pernikahan Beda Agama Menurut Islam Dan Katolik*, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta (Jakarta : 2008). 39

harus dihapus dari hukum negara di Indonesia. Agama yang ada di Indonesia mempunyai tata cara serta aturan yang mengatur kehidupan bagi para pemeluknya. Perkawinan beda agama dalam hukum agama di Indonesia diantaranya :

a. Agama Islam

Perkawinan beda agama dalam agama Islam dilarang, sebab didalam Al-Qur'an sendiri dengan jelas melarang akan adanya perkawinan beda agama seperti halnya pada Al-Qur'an Surat Al-Baqarah Ayat 221 yang mempunyai makna bahwa<sup>42</sup>. “ Dan janganlah kamu menikahi wanita-wanita musyrik, sebelum mereka beriman. Sesungguhnya wanita budak yang mukmin lebih baik daripada wanita musyrik, walaupun dia menarik hatimu. Dan janganlah kamu menikahkan orang-orang musyrik (Dengan wanita-wanita mukmin) sebelum mereka beriman. Sesungguhnya budak yang mukmin lebih baik daripada orang musyrik, walaupun dia menarik hatimu. Mereka mengajak ke neraka. Sedang Allah mengajak ke surga dan ampunan dengan izin Nya. Dan Allah menerangkan ayat-ayat Nya (Perintah-Perintah Nya) kepada manusia supaya mereka mengambil pelajaran.” Dimana dengan jelas akan adanya larangan ketika seseorang menikahi orang yang mempunyai keyakinan berbeda. Selain itu perkawinan beda agama juga dinilai tidak sah didalam agama Islam sebab salah satu rukun dalam menikah adalah beragama Islam yang mempunyai arti bahwa antara laki-laki dan wanita haruslah beragama Islam agar dalam perkawinannya tercipta keluarga yang *sakinah, mawaddah dan warahmah*.

b. Agama Katholik

---

<sup>42</sup>Kementrian Agama Republik Indonesia, Al-Qur'an., Surah Al-Baqarah:221

Didalam agama katholic perkawinan adalah hal yang dinilai sakral atau kudus, dimana “tidak baik jika manusia seorang diri”.<sup>43</sup> Didalam agama Katholik menilai bahwa jika seseornag yang beragama Katholik melaksanakan perkawinan dangan orang yang bukan dari golongan orang yang beragama Katholik maka dikatakan hal tersebut bukanlah bentuk perkawinan yang ideal. Dimana didalam agama Katholik dinilai perkawinan adalah hal yang kudus atau sakral, sehingga secara tidak langsung dalam agama Katholik melarang akan adanya perkawinan beda agama.

#### c. Agama Hindu

Dalam hukum agama Hindu juga tidak membolehkan akan adanya perkawinan beda agama, dimana salah satu pasangan tidak memeluk agama Hindu atau dapat dikatakan berbeda dalam keyakinan.<sup>44</sup> Oleh karena itu ketika terdapat pasangan yang ingin menikah dan salah satu pasangannya tidak beragama Hindu maka yang tidak memeluk agama Hindu tersebut harus pindah agama menjadi beragama Hindu melalui ritual Sudhiwadani.

#### d. Agama Budha

Menurut hukum perkawinan agama Buddha (HPAB) tentang keputusan *sanghiang agung* pada 1 januari 1977 dalam pasal 1 perkawinan adalah ikatan antara suami dan istri yang mana akan menciptakan kasih sayang lahir batin dan rasa sepenanggungan dengan memiliki tujuan agar membentuk keluarga yang Bahagia didalamnya.<sup>45</sup> Dimana dalam agama Budha juga melarang akan adanya

---

<sup>43</sup> Abdi Pujiasih., *Pernikahan Beda Agama Menurut Islam Dan Katolik*, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta (Jakarta : 2008). 47

<sup>44</sup> Ni Nyoman Rahmawati., *Pengesahan Perkawinan Beda Agama Dalam Perspektif Hukum Hindu, Belum Bahadat*, no. 1 (June 30, 2019). 8

<sup>45</sup> Iman Firmansyah., *Perkawinan Dalam Pandangan Islam Dan Budha Studi Perbandingan*, Universitas Syarif Hidayatullah Jakarta, (Jakarta:2010). 44

perkawinan beda agama dengan dasar kesamaan keyakinan dimana dalam hal ini dalam agama Budha ketika hendak menikah harus mempunyai keyakinan yang sama. Didalam agama Budha ketika hendak menikah harus mempunyai tiga unsur kesamaan diantaranya kesamaan keyakinan, kesmaan kemoralan dan kesamaan sila.

#### **D. Peran Hak Asasi Manusia, Asas Legalitas, Asas Tidak Berlaku Surut**

##### **1. Hak Asasi Manusia**

Hak asasi Manusia adalah merupakan unsur normatif yang berfungsi untuk pedoman dalam berperilaku dan melindungi kebebasan serta menjaga harkat dan martabat manusia sejak didalam kandungan hingga ia meninggal.<sup>46</sup>

Di Indonesia sangat menjunjung yang namanya Hak Asasi Manusia dimana dalam hal ini hak asasi manusia selalu menjadi alasan masyarakat agar dapat mempertahankan hak-haknya sebagai seorang manusia di dunia ini. Khususnya di Indonesia yang mempunyai berbagai macam suku, ras dan agama dimana sangat memungkinkan jika terjadi berbagai macam permasalahan baru yang muncul. Sejak munculnya amandemen Undang-Undang Dasar 1945, Hak Asasi Manusia sangat dijunjung tinggi sebab sangat penting untuk bangsa Indonesia. Hal ini diatur sangat luas dalam pengaturan tentang Hak Asasi Manusia dalam Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia telah memberikan landasan yang kuat mengenai penghormatan terhadap hak asasi manusia di Indonesia.

---

<sup>46</sup> Yumna Sabila, Kamaruzaman Bustoman., *Landasan Teori Hak Asasi Manusia Dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia* , (Jakarta: Cv Andi Offset). 105

Dimana Hak-Hak yang tercantum dalam Undang-Undang Hak Asasi Manusia adalah:

1. Hak untuk hidup
2. Hak berkeluarga dan melanjutkan keturunan
3. Hak mengembangkan diri
4. Hak untuk memperoleh keadilan dan sebagainya

Pada konteks perkawinan beda agama, perkawinan beda agama masih memiliki kekurangan dan kelebihan dimana terhadap pengakuan Negara terhadap perkawinan beda agama, sedangkan Fatwa MUI dengan tegas melarang adanya pelaksanaan perkawinan beda agama.

Menurut John Locke terdapat dua ketentuan yaitu ada dua kekuatan yang membentuk kehidupan bernegara dimana hasil dari kesepakatan masyarakat yaitu *pactum unios* dimana setiap orang atau manusia dilahirkan dengan mempunyai kebebasan dan setara. Yang kedua adalah *pactum subjectionis* yang menunjukkan hak-hak yang tidak dapat dicabut oleh negara.<sup>47</sup> Sehingga Hak Asasi Manusia tidak dapat diganggu gugat oleh siapapun itu, akan tetapi Hak Asasi Manusia sendiri mempunyai batasan sehingga dalam ruang lingkup perkawinan beda agama yang mempunyai banyak unsur negatif bagi pelakunya maka dalam hal ini HAM mempunyai batasan sebab dalam agama manapun itu melarang akan adanya perkawinan beda agama. Memang perkawinan adalah hak dan fitrah bagi setiap manusia akan tetapi pelaksanaan perkawinan ini juga mempunyai batasan tertentu dalam pelaksanaannya.

---

<sup>47</sup> Yumna Sabila dan Kamaruzaman Bustoman., *Landasan Teori Hak Asasi Manusia dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia*, (Jakarta: CV Andi Offset). 106

## E. Asas Legalitas

Asas legalitas menurut Moeljatno adalah asas yang menentukan bahwa tidak adanya suatu perubahan yang dilarang atau di ancam sebelum adanya undang-undang pasti yang mengaturnya. Terdapat empat makna pada asas legalitas ini diantaranya adalah<sup>48</sup> :

1. Pembuat undang-undang tidak memberlakukan sesuatu yang bersifat mundur, dalam arti pada asas ini tidak diberlakukan pada yang bersifat mundur.
2. Semua perbuatan harus dimuat dalam delik yang tercantum dengan sejelas-jelasnya.
3. Hakim dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan yang didasarkan pada hukum tidak tertulis atau kebiasaan masyarakat.
4. Terhadap peraturan hukum dilarang melakukan analogi

Menurut Machteld Boot asas legalitas mempunyai empat syarat yang harus dipenuhi diantaranya adalah<sup>49</sup>:

1. Tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya, bahwa suatu hukum tidak dapat berlaku surut.
2. Tidak ada perbuatan pidana tanpa adanya undang-undang tertulis, bahwa suatu hukum atau undang-undang harus tertulis.
3. Tidak ada pidana tanpa adanya aturan yang jelas, bahwa suatu hukum harus jelas sehingga tidak ada berbagai macam penafsiran atau multi tafsir yang dapat membahayakan kepastian hukum.

---

<sup>48</sup> Lukman Hakim., *Asas-Asas Hukum Pidana*, Penerbit Deepublish (CV Budiutama), 2020, 17

<sup>49</sup> Lukman Hakim., *Asas-Asas Hukum Pidana*, Penerbit Deepublish (CV Budiutama), 2020, 18

4. Tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat, bahwa tidak diperbolehkannya melakukan analogi.

#### F. Asas Tidak Berlaku Surut

Asas tidak berlaku surut biasa disebut dengan asas non retroaktif yaitu asas yang asas yang tidak mempunyai kekuatan untuk berlaku surut artinya asas ini hanya memberlakukan dan mengikat bagi masa yang akan datang.<sup>50</sup> Hal ini diatur dalam Pasal 1 Ayat (1) KUHP yang berbunyi tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan. Pada Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 281 yang berbunyi hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran, dan hati nurani, hak untuk beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Sehingga asas ini membatasi terhadap undang-undang yang baru ada terhadap hukum yang berlaku sebelum adanya undang-undang baru, yang hanya dapat diberlakukan pada saat undang-undang baru itu di sahkan.

#### G. Pedoman Analisis Hakim Dalam Memutuskan Perkara

Dalam memutuskan sebuah perkara hakim mempunyai pedoman untuk memutuskan sebuah perkara, dimana agar putusan yang dihasilkan sesuai dengan keadilan sehingga sesuai dengan tujuan dari hukum itu sendiri. Pada Pasal 24 Ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang Merdeka untuk menjalankan

---

<sup>50</sup> Lukman Hakim., *Asas-Asas Hukum Pidana*, Penerbit Deepublish (CV Budiutama), ISBN : 976-623-02-0555-2, 2020, 19

peradilan untuk menegakkan hukum dan keadilan.<sup>51</sup> Pada Pasal 24 Ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan bahwa salah satu yang menyelenggarakan kekuasaan kehakiman adalah hakim, hakim adalah pejabat negara yang diberikan wewenang untuk mengadili.

Menurut Bagir Manan bahwa Majelis Hakim dipandang menjadi tidak netral atau berpihak karena beberapa hal, antara lain<sup>52</sup>:

1. Kekuasaan, Dimana Hakim tidak berdaya terhadap kehendak pemegang kekuasaan. Sepertihalnya dari kekuasaan kehakiman itu sendiri atau dari gubernur, bupati, menteri dan lain-lain.
2. Publik, pengaruh publik yang berlebihan akan menimbulkan rasa takut atau cemas terhadap Majelis Hakim yang sedang menangani sebuah kasus, sehingga menghasilkan sebuah putusan yang sesuai dengan paksaan publik.
3. Para pihak, pengaruh para pihak dimana dalam hal ini para pihak dapat menggunakan uang sebagai alat untuk memenangkan sebuah perkara.

Berdasarkan Pasal 5 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, ketika akan membuat putusan Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hakim diuntut untuk menegakkan keadilan dan tidak memanfaatkan perkara yang masuk untuk berorientasi pada nilai ekonomi, sehingga dapat menurunkan nilai moral, serta merusak tatanan dan kewenangan hakim yang harus bersifat adil dalam keadaan apapun. Sehingga dapat merumuskan suatu perkara dengan baik dan

---

<sup>51</sup> Mochamad Reza Fahmianto., *Kebebasan Hakim Dalam Memutus Suatu Perkara*,10

<sup>52</sup> Mochamad Reza Fahmianto., *Kebebasan Hakim Dalam Memutus Suatu Perkara*, 11



menghasilkan penetapan yang dapat bermanfaat bagi masyarakat sesuai dengan apa yang diharapkan oleh masyarakat dan sesuai dengan tujuan hukum itu sendiri yaitu kemanfaatan hukum dan keadilan.