

## BAB II

### KERANGKA TEORITIK DAN KONSEPTUAL

#### 2.1. Kerangka Teoritik

Teori-teori yang penulis gunakan dalam penelitian disertasi ini meliputi: teori politik hukum, teori negara hukum Pancasila, teori kewenangan, teori tujuan hukum dan teori *Maslahah Mursalah*.

##### 2.1.1. Teori Politik Hukum

Politik hukum atau *recht politiek* dikenal sebagai proses pembentukan hukum positif (*ius constitutum*) dari hukum yang akan dan harus ditetapkan (*ius constituendum*) demi memenuhi kebutuhan perubahan sosial dalam kehidupan masyarakat.

Senada dengan itu, Andi Hamzah memandang bahwa cakupan politik hukum adalah proses bagaimana politik mempengaruhi hukum dengan cara melihat eksistensi konfigurasi kekuatan yang ada di belakang pembuatan dan penegakan hukum. Hal ini dilakukan dengan cara mempertimbangkan etik hukum, baik buruknya, adil tidaknya, atau cocok tidaknya ketentuan-ketentuan hukum itu bagi masyarakat yang bersangkutan, karena hal itu ada hubungannya dengan ditaati atau tidaknya hukum dalam suatu masyarakat.<sup>1</sup>

Itulah sebabnya, menurut Daniel S. Lev sebagaimana dikutip Nurrahman Syarif,<sup>2</sup> politik hukum itu merupakan produk interaksi di kalangan elit politik yang

---

<sup>1</sup> Andi Hamzah, *Politik Hukum Pidana*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1991), hlm. 24.

<sup>2</sup> Nurrohman Syarif, *Fiqh dalam Perspektif Politik Hukum: Menimbang Gagasan Marzuki Wahid dalam Bukunya, Fiqh Indonesia*, pada [http://www.academia.edu/9892093/Fiqh\\_dalam\\_Perspektif\\_Politik\\_Hukum](http://www.academia.edu/9892093/Fiqh_dalam_Perspektif_Politik_Hukum).

berbasis kepada berbagai kelompok dan budaya. Ketika elit politik Islam memiliki daya tawar yang kuat dalam interaksi politik, pengembangan hukum Islam dalam suprastruktur politik pun memiliki peluang yang sangat besar dan sebaliknya.<sup>3</sup>

Pada masa penjajahan Belanda hukum Islam hanya dipandang sebagai hukum apabila diresepsi ke dalam hukum adat. Menurut teori yang dikenal dengan teori *receptie* ini, hukum Islam dapat berlaku apabila telah diresepsi oleh hukum adat. Artinya menurut teori yang dikembangkan oleh Van Vollenhoven (1874 – 1933) dan C.S. Hurgronje (1857 – 1936) ini, hukum Islam baru bisa diberlakukan kalau ia sudah bisa diterima oleh masyarakat sebagai kesadaran hukum mereka.

Teori ini pada akhirnya mendapat perlawanan dari Hazairin dengan teori *exit*. Menurutnya, meskipun mendapat dukungan dari beberapa fakta sosiologis, namun ia tidak bisa dipakai untuk menggenalisir keberadaan hukum Islam di berbagai wilayah di Indonesia.<sup>4</sup>

Selanjutnya muncul pula teori *receptio a contrario* yang dikemukakan oleh Sajuti Thalib (salah satu murid Hazairin) sebagaimana dikemukakan oleh Praja, teori ini menyebutkan bahwa bagi umat Islam berlaku hukum Islam, hukum adat baru berlaku apabila tidak bertentangan dengan hukum Islam. Teori *receptio a contrario* memiliki unsur-unsur berikut: *Pertama*, hukum Islam berlaku di

---

<sup>3</sup> Partai Muslim tidak pernah mencapai 21 % dari suara pemilih nasional. Pada tahun 1955, Masyumi hanya memperoleh 20,9 %, sementara NU dalam dua kali pemilu, 1955 dan 1971, hanya mendapatkan 18 % suara, artinya total suara partai Muslim tidak pernah mencapai mayoritas. Pada pemilu tahun 1955 total suara partai Muslim 43,9 % sementara pada pemilu tahun 2004 total suaranya 38,3 %. James J.Fox “*Future Strategy for the Prosperous Justice Party*”, The Jakarta Post, 27 Juli 2005.

<sup>4</sup> Hazairin, *Tujuh Serangkai tentang Hukum*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), cet. Ketiga, hlm. 52.

Indonesia; *Kedua*, Ia berlaku bagi umat Islam di Indonesia; *Ketiga*, hukum adat bisa diberlakukan selama tidak bertentangan dengan hukum Islam.<sup>5</sup>

Politik hukum Islam atau *siyasah syar'iyah*, pada dasarnya juga tidak berbeda dengan politik hukum pada umumnya. Ia berisi kebijakan atau aturan yang dianggap bisa membawa kebaikan, keadilan dan kemaslahatan bagi masyarakat.

Al-Bahantsi mengartikan *Siyasah* sebagai upaya mendatangkan *maslahat* untuk umat manusia sejalan dengan syariat.<sup>6</sup> Kata “sejalan” bisa dimaknai sesuai dengan teks secara literal atau sesuai dengan semangat atau tujuan syariat. Itulah sebabnya, dalam *siyasah* tidak selalu teks *syara'* (*nash*/ teks al-Qur'an maupun al-Hadits) dijadikan acuan. Sebab, *siyasah* juga didefinisikan sebagai segala upaya yang menjadikan umat manusia lebih dekat kepada *maslahat* (kebaikan) dan lebih jauh dari *mafsadat* (keburukan), meskipun upaya itu tidak dijelaskan secara tersurat oleh Rasul dan wahyu.<sup>7</sup>

Objek kajian *siyasah syar'iyah* menurut Abdul Wahab Khallaf adalah sistem dan perundang-undangan yang dirumuskan oleh para pakar untuk menggambarkan suatu Negara. Sistem dan perundang-undangan itu dikaji untuk dilihat apakah sistem dan aturan yang dibuat sejalan dengan prinsip-prinsip agama, apakah sistem dan aturan yang dibuat bisa mendatangkan *maslahat* bagi umat manusia, apakah sistem dan aturan itu cocok dengan kebutuhan masyarakatnya.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, (Bandung: Pustaka Setia, 2011), cet. 1, hlm. 81.

<sup>6</sup> Ahmad Fathi Bahantsi, *Al-Siyasatul Jina'iyatis Syari'atil Islamiyah*, (Beirut: Darl Fiqr, tt), hlm. 61.

<sup>7</sup> Ibn al-Qayyim Jauziyah, *At-Thuruqul Hukmiyyatis Siyasatis -Syar'iyah*, (Beirut: Darl Fiqr, 1961), hlm. 16.

<sup>8</sup> Abd al-Wahab Khallaf, *As-Siyasatus al-Syar'iyah aw al-Nizhaam al-Dawliyyah al-Islaamiyyah Syu'un Ad-Dusturiyah wal Kharijiyah wal Maliyyat*, (Kairo: Dar al-Anshar, 1977), hlm.270.

Lebih lanjut teori politik hukum dipakai untuk menganalisis apa rasio legis dari pasal 49 UUPA Tahun 2006 tersebut.

#### 2.1.2. Teori Negara Hukum Pancasila

Diskursus teori negara hukum Pancasila tentu tidak bisa lepas dari perbincangan teori negara hukum (*rechtsstaat*), dan teori *the rule of law*, juga berkaitan erat dengan paham *nomocracy* yang berasal dari kata *nomos* dan *cratos*; *nomos* berarti norma, sedangkan *cratos* adalah kekuasaan. *Nomoscratos* diterjemahkan dengan kekuasaan oleh norma dan kedaulatan hukum. Menurut paham *nomocracy* dalam kaitannya dengan kekuasaan tertinggi dalam suatu negara, kekuasaan tertinggi ada pada norma yang berdaulat atau hukum (dalam hal ini adalah kedaulatan hukum). Sebagaimana dikutip Jimly dari buku Plato yang berjudul *Nomoi* yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan judul *The Law*, jelas tergambar bagaimana ide *nomocracy* yang sesungguhnya, yang sudah lama dikembangkan dari zaman Yunani Kuno.<sup>9</sup>

Banyak orang menerjemahkan Istilah *rechtsstaat* sebagai negara hukum. Menurut Philipus M. Hadjon,<sup>10</sup> meski telah lama ada namun istilah ini baru mulai populer di Eropa mulai dari abad ke-19. Menurut Ni'matul Huda,<sup>11</sup> Cita Negara hukum itu untuk pertama kalinya dikemukakan oleh Plato dan kemudian dipertegas oleh Aristoteles.

---

<sup>9</sup> Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusialisme Indonesia*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hlm.151.

<sup>10</sup> Philipus M. Hadjon, *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia, Kumpulan Tulisan dalam rangka 70 Tahun Sri Soemantri Martosoewignjo*, (Jakarta: Media Pratama, 1996), hlm.72-75.

<sup>11</sup> Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Riview*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), hlm.1

Menurut Aristoteles sebagaimana dinyatakan G.Sabine,<sup>12</sup> pemerintah dalam suatu negara bukanlah manusia, melainkan pikiran yang adil dan eksistensi norma susila di dalamnya lah yang akan menentukan baik atau buruknya suatu hukum. Ia menambahkan, bahwa suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah berdasarkan konstitusi dan berkedaulatan hukum.

Aristoteles juga menyatakan bahwa pemerintahan yang baik harus memiliki beberapa unsur: *Pertama*, pemerintah dilaksanakan demi kepentingan umum; *Kedua*, pemerintahan dilaksanakan berdasarkan hukum yang memuat ketentuan-ketentuan umum, tidak dibuat secara sewenang-wenang dengan mengesampingkan adanya konvensi dan konstitusi; *Ketiga*, pemerintahan berkonstitusi yang dilaksanakan berdasar atas kehendak rakyat.<sup>13</sup> Apa yang disampaikan Aristoteles tersebut diakui merupakan cita Negara hukum yang dikenal pada beberapa negara sampai saat ini. Bahkan, ketiga unsur tersebut hampir dapat ditemukan pada semua negara yang menasbihkan diri sebagai negara hukum.

Konsep negara hukum (*rechtsstaat*) di Eropa Kontinental sedari awal mendasarkan diri pada filsafat liberal yang individualistik. Ciri individualistik itu sangat kontras dalam pemikiran negara hukumnya. Hal ini karena konsep

---

<sup>12</sup> Aristoteles menyatakan: “*Constitutional rule in a state is closely connected, also with the question whether is better to be ruled by the best men or the best law, since a government in accordance with law, accordingly the supremacy of law is accepted by Aristoteles as mark of good state and not merely as an unfortunate necessity*” (Aturan konstitusional dalam suatu Negara berkaitan secara erat, juga dengan mempertanyakan kembali apakah lebih baik diatur oleh manusia yang terbaik sekalipun atau hukum yang terbaik, selama pemerintahan menurut hukum. Oleh sebab itu, supremasi hukum diterima oleh Aristoteles sebagai pertanda Negara yang baik dan bukan semata-mata sebagai keperluan yang tidak layak). George Sabine, *A History of Political Theory*, (London: George G.Harrap & CO.Ltd., 1995), hlm.92.

<sup>13</sup> *Ibid*, hlm.93.

*rechtsstaat* menurut Philipus M.Hadjon,<sup>14</sup> terlahir dari perjuangan panjang menentang absolutisme, sehingga sifatnya lebih revolusioner.

Unsur-unsur *rechtsstaat* dikemukakan oleh Padmo Wahyono mengutip Fredrich Julius Stahl dari kalangan ahli hukum Eropa Barat Kontinental sebagai berikut:

1. “Mengakui dan melindungi hak asasi manusia”;
2. “Demi melindungi hak asasi maka proses penyelenggaraan negara harus didasarkan pada teori trias politica”;
3. “Pemerintah dijalankan dan diselenggarakan berdasarkan berdasarkan atas perundangan”.
4. “Apabila pemerintah dalam menjalankan tugasnya (yang didasarkan pada ketetapan Undang-Undang) melanggar hak asasi (mencampuri kehidupan pribadi seseorang), maka akan ada pengadilan administrasi yang bertugas menyelesaikannya”.<sup>15</sup>

Senada dengan itu menurut Ni'matul Huda,<sup>16</sup> negara hukum (*rechtsstaat*) bisa bercirikan adalah sebagai berikut:

1. “Keberadaan konstitusi pokok (Undang-undang Dasar) yang memuat ketentuan tentang hubungan antara penguasa dan rakyat”;
2. “Adanya pembagian kekuasaan yang jelas dalam Negara”;
3. “Teradopsinya hak-hak kebebasan rakyat dalam Undang-Undang”.

Ciri-ciri *rechtsstaat* tersebut menunjukkan bahwa sentral ide dalam negara hukum adalah pengakuan dan perlindungan akan adanya hak asasi manusia yang berawal pada prinsip kebebasan dan persamaan.

Adanya Undang-Undang Dasar (konstitusi) secara teoritis akan memberikan jaminan atas prinsip kebebasan dan persamaan tersebut. Adanya pembagian kekuasaan dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penumpukan kekuasaan

---

<sup>14</sup> Philipus M.Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, (Surabaya: Bina Ilmu 1987), hlm.72.

<sup>15</sup> Padmo Wahyono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Ind. Hill co, 1989), hlm.151

<sup>16</sup> Ni'matul Huda, *Op.Cit*, hlm.9.

dalam satu orang, badan atau penguasa. Kekuasaan yang berlebihan cenderung berdampak negatif, dan pada akhirnya akan mengekang kebebasan dan persamaan derajat (kedudukan) yang menjadi ciri khas Negara hukum.

Sementara itu, AV Dicey (ahli hukum dari kalangan *Anglo Saxon*) sebagaimana dikutip Gofrey,<sup>17</sup> memberikan pengertian *the rule of law* sebagai berikut:

1. “Supremasi hukum, dalam arti tidak boleh terjadi kesewenang-wenangan, seseorang hanya boleh dihukum ketika melanggar hukum”;
2. “Kedudukan yang sama didepan hukum (baik pejabat ataupun rakyat biasa)”.
3. “Terjaminnya hak asasi manusia oleh Undang-Undang dan keputusan-keputusan pengadilan”.

Karena tujuan utama negara hukum dalam arti *rechtsstaat* maupun *the rule of law* sebagaimana dikemukakan di atas adalah perlindungan terhadap hak-hak kebebasan sipil dari warga negara, maka akibatnya peranan pemerintah hanya sedikit. Konsep negara hukum seperti ini biasanya disebut dengan negara hukum formil.

Gagasan bahwa pemerintah dilarang turut campur dalam urusan warga negara (baik itu di bidang sosial, maupun dalam bidang ekonomi), bergeser kearah gagasan baru bahwa pemerintah harus bertanggung jawab atas kesejahteraan rakyatnya (*welfare state* atau negara hukum material). Rumusan negara hukum yang dikemukakan Stahl dan Dicey kemudian ditinjau lagi sehingga dapat menggambarkan perluasan tugas pemerintahan yang tidak boleh lagi bersifat pasif. “*International Commission of Jurists*” pada konferensinya di Bangkok pada tahun

---

<sup>17</sup> E.C.S. Wade dan G.Gofrey, *Constitutional Law: An Outline of The Law and Practice of The Citizen and The Including Central and Local Government, The Citizen and The State and Administrative Law*, 7th Edition, (London: Longmans, 1965), hlm.50-51.

1965 menekankan bahwa di samping hak-hak politik, harus diakui pula hak-hak rakyat yang lain (misalnya hak-hak sosial dan ekonomi). Komisi ini dalam konferensinya juga merumuskan syarat-syarat (ciri) pemerintahan yang demokratis di bawah *rule of Law* yang baru dan dinamis sebagai berikut:<sup>18</sup>

1. “Perlindungan konstitusional, adanya jaminan hak-hak individu, konstitusi harus pula menentukan cara prosedural untuk mendapatkan perlindungan atas hak-hak yang dijamin”;
2. “Pemilihan umum yang bebas”;
3. “Kebebasan menyatakan pendapat”;
4. “Badan kehakiman yang bebas dan tidak memihak”;
5. “Kebebasan berserikat/ berorganisasi dan beroposisi”;
6. “Pendidikan kewarganegaraan”.

Fakta bahwa Indonesia merupakan Negara hukum tidak dapat dilepaskan dari adanya beberapa *statement* dalam “*preambule*” (pembukaan) UUD NRI 1945, dalam batang tubuh serta dalam penjelasan UUD NRI 1945.<sup>19</sup>

Studi tentang *rechtsstaat* sudah sering dilakukan oleh para ahli hukum, namun berbagai studi tersebut belum sepenuhnya dapat memposisikan di mana posisi Indonesia, apakah Indonesia dapat digolongkan sebagai Negara hukum dalam pengertian *rechtstaat* atau *rule of law*.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *South-East Asean and Pasific Confrence of Jurist, Bangkok 15-19, 1965, The Dynamic Aspects of The Rule of Law in The Modern Age, Internasional Commission of Jurist, 1965*, hlm.39-50, dalam Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: Gramedia, 2002), hlm.60.

<sup>19</sup> Alinea I Pembukaan UUD NRI 1945 mengandung kata perikeadilan; Pada alinea II terdapat kata adil; dan, pada alinea IV terdapat kata keadilan sosial dan kata kemanusiaan yang adil. Semua istilah tersebut merujuk pada pengertian Negara hukum, karena salah satu tujuan Negara hukum adalah untuk mewujudkan keadilan. Dahlan Thaib, *Kedaulatan Rakyat Negara Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia; Kumpulan Tulisan dalam Rangka 70 Tahun Sri Soemantri Martosoewignjo*, (Jakarta: Media Pratama, 1996), hlm. 25. Menurut Azhary, istilah *rechtsstaat* dalam penjelasan UUD NRI 1945 (sebelum amandemen) merupakan suatu *genus begrip*. Azhary, *Negara Hukum (Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini)*, (Jakarta: Kencana, 2003), hlm.92.

<sup>20</sup> Menurut Sunaryati, terdapat indikasi interpretasi Indonesia mengarah pada konsep *rule of law*. Sunaryati Hartono, *Apakah Rule of Law itu?*, (Bandung: Alumni, 1982), hlm.1.



Menurut Oemar Senoadji, Negara Hukum Indonesia memiliki kekhasan Indonesia. Sangat unik, karena Pancasila yang diposisikan sebagai dasar pokok dan sumber hukum dalam bernegara. Karenanya Negara Kesatuan Republik Indonesia dapat pula dinamakan Negara Hukum Pancasila.

Ciri utama dalam Negara Hukum Pancasila menurutnya adalah adanya jaminan terhadap kebebasan beragama (*freedom of religion*). Ciri berikutnya dari Negara Hukum Indonesia menurut Oemar Senoadji ialah tidak ada pemisahan yang *rigid* dan mutlak antara agama dan Negara. Menurutnya, agama dan Negara berada dalam hubungan yang harmonis.

Menurut Azhary,<sup>21</sup> fungsi hukum bukan sekedar untuk Kamtibmas (keamanan dan ketertiban masyarakat/ *rust en orde*), akan tetapi lebih pada sarana untuk mencapai keadaan yang *tata tentram kerta rahaja*. Padmo Wahjono menjelaskan pula bahwa dalam UUD NRI 1945 sebelum amandemen terdapat penjelasan bahwa bangsa Indonesia juga mengakui kehadiran atau eksistensi hukum tidak tertulis.

Padmo Wahyono mengistilahkan fungsi hukum Indonesia sebagai sebuah pengayoman. Oleh karenanya, berbeda dengan cara pandang liberal yang melambangkan hukum sebagai Dewi Yustitia yang dengan mata tertutup memegang pedang dan timbangan. Hukum di Indonesia dilambangkan dengan pohon pengayoman.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Azhary, *Negara Hukum (Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini)*, (Jakarta: Penerbit Kencana, 2003), hlm.95.

<sup>22</sup> Padmo Wahjono merumuskan bahwa Negara menurut bangsa Indonesia, yaitu suatu kehidupan berkelompok bangsa Indonesia, atas berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan didorong oleh keinginan luhur supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas dalam arti merdeka, berdaulat, bersatu, adil dan makmur. Padmo Wahyono, *Op.Cit*, hlm.19-21.

Berbeda dengan cara pandang liberal yang melihat Negara sebagai sebuah objek tertentu yang dihasilkan dari suatu perjanjian masyarakat sebagai individu-individu yang bebas dengan prinsip-prinsip perlindungan terhadap *civil rights*, dalam perspektif Negara Hukum Pancasila terdapat suatu anggapan bahwa manusia dilahirkan dalam hubungannya atau keberadaannya dengan Tuhan. Oleh karena itu, Negara tidak terbentuk karena suatu perjanjian, melainkan Atas berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan dengan didorongkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas.

Karenanya, meskipun istilah *rechtsstaat* belum digunakan dalam Penjelasan UUD NRI 1945, namun konsep *rechtsstaat* yang dianut oleh Indonesia bukanlah seperti konsepsi *rule of law* dari *Anglo-Saxon* dan bukan pula konsep negara hukum Eropa Kontinental, melainkan konsep Negara Hukum Pancasila dengan ciri- ciri, antara lain :

- 1) Adanya relasi erat antara agama dan Negara;
- 2) Berpijak pada konsep Ketuhanan Yang Maha Esa;
- 3) Kebebasan terkontrol dalam arti positif;
- 4) komunisme dilarang dan Ateisme tidak dibenarkan; serta;
- 5) Asas kekeluargaan dan kerukunan.

Peluang perluasan kewenangan peradilan agama dalam menangani perkara KDRT yang dilakukan antar suami istri akan penulis lihat dengan teori Negara Hukum Pancasila. Apakah keberadaannya dimungkinkan dalam negara Pancasila ataukah tidak.

### 2.1.3. Teori Kewenangan

Berdasar pada prinsip demokrasi yaitu kedaulatan rakyat, maka rakyat dianggap sebagai pemegang kekuasaan tertinggi dalam sistem pemerintahan. Meskipun fungsi kekuasaan negara dibedakan dalam tiga cabang yaitu fungsi eksekutif, fungsi legislatif, dan fungsi yudikatif, namun dilihat dari perspektif kedaulatan rakyat (*the sovereignty of the people*), nampak jelas bahwa semua kekuasaan dalam konteks kenegaraan berasal dari rakyat.

Mengatur dan menentukan aturan serta menetapkan hukum yang mengikat rakyat dalam suatu negara hendaknya didasarkan atas persetujuan rakyat. Karenanya negara tidak berhak mengatur warganya kecuali jika rakyat menghendaki, atas dasar kewenangan kongkrit yang diberikan oleh rakyat melalui perantaraan wakilnya yang duduk di parlemen.<sup>23</sup>

Meskipun wewenang atau kewenangan sama-sama berasal dari ragam istilah yang biasa digunakan dalam bidang hukum publik, namun apabila dicermati terdapat perbedaan di antara keduanya. Kewenangan merupakan kekuasaan yang diberikan oleh perundangan (badan legislatif) kepada kekuasaan eksekutif atau administratif. Sedangkan “wewenang” lebih spesifik, hanya mengenai suatu “*onderdeel*” tertentu dari kewenangan.

Kewenangan pembentukan perundangan merupakan fungsi yang sangat strategis dalam penyelenggaraan suatu Negara. Karena fungsi inilah maka secara nyata kedaulatan negara dapat dilaksanakan. Menurut Philipus M. Hadjon

---

<sup>23</sup> Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2006), hlm. 261.

eksistensi jabatan memperoleh wewenang melalui tiga sumber yakni atribusi, delegasi, dan mandat.<sup>24</sup>

Atribusi merupakan wewenang yang ada pada suatu jabatan. Eksistensinya nampak dalam wewenang yang dimiliki organ pemerintah dalam menjalankan pemerintahan berdasarkan kewenangan yang ditunjuk pembuat undang-undang. Wewenang atribusi tersebut hanya dimiliki oleh DPR, DPD, dan Presiden dalam hal pembentukan undang-undang.<sup>25</sup>

Pemberian kewenangan pengaturan teknis atau pelaksanaan dari undang-undang disebut dengan pemberian kewenangan delegasi. Proses regulasi kewenangan legislasi inilah yang disebut Jimly sebagai “*legislative delegation of rule making power*” (pendelegasian kewenangan legislatif).<sup>26</sup> Menurut Jimly, pengaturan pendelegasian kewenangan harus dilakukan dengan beberapa syarat alternatif,<sup>27</sup> yaitu: *Pertama*, adanya perintah yang tegas tentang bentuk peraturan dan subjek lembaga pelaksana yang diberi delegasi kewenangan; *Kedua*, adanya bentuk peraturan pelaksana yang secara eksplisit menyebutkan mengenai materi pengaturan yang didelegasikan; *Ketiga*, adanya perintah yang tegas tentang pendelegasian kewenangan dari perundangan kepada lembaga penerima delegasi. Ketiga syarat ini bersifat pilihan, dengan demikian salah satunya harus ada dalam proses *rule-making power* (pengaturan pemberian delegasi kewenangan).

---

<sup>24</sup> Philipus M. Hadjon, et.al, *Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2005), hlm.140.

<sup>25</sup> Hasil produk dari ketiga Lembaga Negara tersebut adalah undang-undang, oleh karena materi yang diatur dalam undang-undang hanya terbatas pada hal-hal yang bersifat umum saja, maka diperlukan bentuk-bentuk peraturan perundang-undangan yang lebih rendah (*subordinate legislation*) sebagai peraturan pelaksana undang-undang yang bersangkutan.

<sup>26</sup> Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit*, hlm. 148.

<sup>27</sup> *Ibid.*, hlm. 266.

Berbeda dengan kewenangan delegasi maupun atribusi, kewenangan mandat merupakan pelimpahan atau pengalihan kewenangan dari suatu lembaga pemerintahan kepada pihak lain untuk mengambil keputusan.<sup>28</sup> Jika kewenangan yang dilimpahkan (didelegasikan) merupakan kewenangan untuk membentuk peraturan perundang-undangan (*the power of rule-making* atau *law-making process*), maka terjadinya pendelegasian kewenangan tersebut akan mengakibatkan berpindahnya kewenangan membentuk undang-undang sebagaimana mestinya.

Peluang perluasan kewenangan peradilan agama dalam menangani perkara KDRT yang dilakukan antar suami istri akan penulis lihat dengan teori Kewenangan. Apakah hal ini dimungkinkan terjadi demi mengadopsi hak-hak umat Islam ataukah tidak?

#### 2.1.4. Teori Tujuan Hukum

Ketika norma hukum diciptakan dapat dipastikan ada nilai (harapan, cita-cita, tujuan) yang akan dapat diraih ketika ia sudah teraplikasikan dengan baik dalam praktik. Gustav Radbruch,<sup>29</sup> pada era perang dunia II mengajarkan tiga konsep dasar hukum, yang kemudian oleh para pakar diidentikkan dengan tujuan hukum. Tiga tujuan hukum tersebut adalah keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Ketiga nilai dasar ini tidak selalu berada dalam hubungan yang serasi (harmonis) satu sama lain. Keadilan bisa bertabrakan dengan kemanfaatan dan kepastian

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, hlm.264.

<sup>29</sup> Seorang filosof hukum dan seorang *legal scholar* dari Jerman.

hukum, tuntutan kemanfaatan bisa bertabrakan dengan keadilan dan kepastian hukum, dan seterusnya.

#### 1. Keadilan.

Pada hakikatnya di dalam setiap keadilan tersimpan makna filosofis yakni norma hukum, nilai, rasa adil, moral, dan etika. Hukum sebagai media pengemban nilai keadilan, dan nilai keadilan juga menjadi dasar ketetapan hukum. Pada setiap keadilan ada segi normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan juga menjadi landasan moral hukum sekaligus sebagai tolak ukur keberhasilan sebuah sistem hukum positif. Tanpa mengindahkan nilai keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum.

Diskursus makna keadilan itu sendiri masih diperdebatkan. Satu hal yang pasti, keadilan sangat erat kaitannya dengan keseimbangan (pemerataan) antara hak dan kewajiban. Demikian dominannya kedudukan dan peranan nilai keadilan bagi hukum ini, sehingga Gustav Radbruch menyatakan bahwa *â rechct ist wille zur gerechtigkeitâ* (hukum adalah kehendak demi untuk keadilan).

Menurut Soejono K.S, keadilan adalah keseimbangan antara batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan atas kehadiran dan perkembangan kebenaran yang beriklim toleransi dan kebebasan.<sup>30</sup> Tanpa keadilan sebagai tujuan utamanya, hukum akan terjebak menjadi alat pembenar sikap diktator dan kesewenang-wenangan mayoritas (pihak penguasa) terhadap kelompok minoritas.

---

<sup>30</sup> Menurutnya, hukum tidak ada untuk diri dan keperluannya sendiri melainkan untuk manusia, khususnya kebahagiaan manusia. Hukum tidak memiliki tujuan dalam dirinya sendiri. Hukum adalah alat untuk menegakkan keadilan dan menciptakan kesejahteraan sosial.

Keadilan adalah satu di antara tujuan hukum yang paling banyak diperdebatkan sepanjang sejarah perjalanan filsafat hukum. Selain keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum juga merupakan tujuan hukum. Idealnya, hukum memang harus mampu mengakomodasi ketiganya. Sebuah putusan hakim sedapat mungkin haruslah resultant dari ketiganya. Meskipun demikian, di antara ketiga tujuan hukum tersebut, keadilan merupakan tujuan hukum yang paling penting.<sup>31</sup> Saking pentingnya, terkenal ungkapan yang menyatakan bahwa “penegakan hukum semata tanpa dilandasi keadilan akan terjadi kesewenang-wenangan”.

## 2. Kepastian

Kepastian hukum itu adalah nilai kepastian berdasarkan ketetapan undang-undang atau peraturan. Semua kepastian metode, ragam cara yang digunakan dan lain sebagainya harus berdasarkan undang-undang (peraturan). Kepastian hukum tersebut terdapat dalam hukum tertulis pada sisi hukum positif. Hukum tertulis dibuat oleh lembaga yang berwenang, punya sanksi yang tegas, dan keabsahannya diumumkannya dalam di Lembaran Negara.

Menurut Satjipto Raharjo,<sup>32</sup> ikon hukum modern adalah kepastian hukum. Masyarakat terutama masyarakat modern, sangat membutuhkan adanya kepastian

---

<sup>31</sup> Sehubungan dengan hal tersebut, Plato (428-348 SM) pernah menyatakan, bahwa negara ideal apabila didasarkan atas keadilan, dan keadilan baginya adalah keseimbangan dan harmoni. Harmoni di sini artinya warga hidup sejalan dan serasi dengan tujuan negara (polis), di mana masing-masing warga negara menjalani hidup secara baik sesuai dengan kodrat dan posisi sosialnya masing-masing. Namun di lain sisi, pemikiran kritis memandang bahwa keadilan tidak lain sebuah fatamorgana, seperti orang melihat langit yang seolah-olah kelihatan, akan tetapi tidak pernah menjangkaunya, bahkan juga tidak pernah mendekatinya. <http://lapatuju.blogspot.com>. Diakses 15 Mei 2017.

<sup>32</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, (Jakarta: Penerbit UKI Press, 2006), hlm.133-136.

dalam berbagai interaksi, antara para anggotanya dan tugas itu diletakkan di pundak hukum.

Kepastian hukum hanya bisa diperoleh melalui jalur normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif akan diperoleh ketika suatu peraturan dibuat secara jelas dan logis dengan cara diundangkan. Jelas dalam artian tidak menimbulkan multi-tafsir, dan logis dalam artian tidak berbenturan, berseberangan atau tidak menimbulkan konflik. Konflik yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasi norma, distorsi norma atau reduksi norma.

Kepastian hukum bisa juga diartikan sebagai sebuah keadaan di mana perilaku manusia, baik individu, kelompok, maupun organisasi, berada dalam koridor yang sudah ditentukan oleh aturan hukum. Secara etis, pandangan seperti ini lahir sebuah kekhawatiran yang dahulu pernah utarakan Thomas Hobbes bahwa manusia bisa menjadi serigala bagi manusia lainnya (*homo hominilupus*). Manusia merupakan makhluk yang beringas yang dapat menjadi suatu ancaman. Untuk menanggulangi hal tersebut itu, hukum lahir sebagai suatu acuan demi menghindari jatuhnya korban.

Pandangan terhadap keharusan adanya kepastian hukum pada fase berikutnya sangat di pengaruhi pemikiran Francis Bacon di Eropa pada abad XIX, hal ini nampak dalam penggunaan pendekatan *law and order* (hukum dan ketertiban). Keberadaan manusia menjadi komponen hukum berbentuk mesin, yang rasional dan terukur secara kuantitatif dan tidak bisa dilepaskan dari hukuman-hukuman yang terjadi karena pelanggarannya. Berdasarkan ini, maka kepastian hukum adalah kepastian aturan, bukan kepastian tindakan terhadap aturan hukum.



### 3. Kemanfaatan

Bekerjanya hukum di masyarakat dapat dilihat dari potret fenomena masyarakat atau realitas sosial yang ada, apakah ia dapat memberi manfaat ataukah tidak, apakah ia berdaya guna (*utility*) bagi masyarakat ataukah tidak.<sup>33</sup>

Prinsip *utility* tersebut digagas oleh Bentham dalam karyanya yang monumental "*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*". Ia mendefinisikan bahwa sifat segala benda cenderung menginginkan kesenangan, kebahagiaan, kebaikan, terhindar dari terjadinya kerusakan, kejahatan, penderitaan, dan ketidakbahagiaan. Bentham juga berpendapat bahwa keberadaan negara dan hukum semata-mata hanyalah untuk mewujudkan kemanfaatan sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat.

Aliran utilitas pada prinsipnya menganggap bahwa tujuan hukum itu hanyalah demi tercapainya kemanfaatan atau kebahagiaan dalam masyarakat. Ajaran moral praktis menurut penganutnya adalah bahwa keberadaan hukum bertujuan memberi kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi setiap warga.

Peluang perluasan kewenangan peradilan agama dalam menangani perkara KDRT yang dilakukan antar suami istri akan penulis lihat dengan teori Tujuan

---

<sup>33</sup> Penganut aliran utilitas menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Penganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya. Salah seorang tokoh aliran utilitas yang paling radikal adalah Jeremy Bentham (1748-1832) yakni seorang filsuf, ekonom, yuris, dan reformer hukum, yang memiliki kemampuan untuk memformulasikan prinsip kegunaan/kemanfaatan (*utilitas*) menjadi doktrin etika, yang dikenal sebagai *utilitarianism* atau madzhab *utilitis*. <http://id.scribd.com/170579596>, diakses tanggal 15 Mei 2017.

Hukum. Berdasarkan teori tersebut, penulis akan mencoba menganalisis apakah pantas kewenangan peradilan agama ditambah untuk perkara dimaksud.

#### 2.1.5. Teori *Maslahah Mursalah*

Salah satu metode yang dikembangkan ulama ushul fiqh dalam *mengistinbatkan* hukum dari *nash* (al-Quran dan al-Hadits) adalah *maslahah mursalah*, yaitu suatu kemaslahatan yang tidak ada *nash* yang secara rinci mendukungnya,<sup>34</sup> namun demikian kemaslahatan ini didukung oleh sejumlah *nash* melalui cara *istiqra* (induksi dari sejumlah *nash*).<sup>35</sup>

Secara etimologi dari segi lafal maupun makna *maslahah mursalah* sama dengan manfaat. *Maslahah* juga bisa berarti manfaat, atau suatu pekerjaan yang mempunyai kemanfaatan. Secara terminologi, terdapat berbagai definisi *maslahah* yang dikemukakan oleh para ahli *ushul fiqh*, namun kesemuanya mengandung esensi yang sama. Imam al-Ghazali,<sup>36</sup> mengemukakan bahwa pada prinsipnya *maslahah* adalah mengambil manfaat dan menolak mudarat dalam rangka memelihara tujuan-tujuan *syara*. Al-Ghazali memandang bahwa sebuah kemaslahatan harus sesuai dengan tujuan *syara*, sekalipun bertentangan dengan tujuan-tujuan manusia, karena kemaslahatan manusia tidak selamanya sejalan dengan kehendak dan tujuan *syara*, akan tetapi sering didasarkan pada kehendak nafsu. Karenanya, yang patut dijadikan patokan dalam menetapkan kemaslahatan adalah kehendak dan tujuan *syara* bukan kehendak dan tujuan manusia.

---

<sup>34</sup> Tidak ada juga *nash* yang menolaknya, dan tidak ada juga *ijma* yang mendukungnya.

<sup>35</sup> Nasrun Harun, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Logos wisata Ilmu, 1997), hlm.113.

<sup>36</sup> Abu Hamid al-Ghazali, *Al Mustashfa min Ilmil Ushul*, Tahqiq: Muhammad Sulaim al-Asygor, Jilid I, (Beirut: Mu'assisatur Risalah, 1997), hlm.286.

Tujuan *syara'* yang harus dipelihara tersebut menurut al-Gazali ada lima bentuk, yaitu: memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Ketika seseorang melakukan suatu perbuatan yang bertujuan menjaga kelima hal tersebut maka yang demikian dinamakan *maslahah*. Demikian halnya dengan segala kegiatan yang bertujuan mencegah segala kemudharatan bagi kelimanya, hal tersebut juga dinamakan *maslahah*.

Syatibi dan beberapa ulama *ushul fiqh* mengklasifikasi *maslahah* menjadi beberapa bagian:<sup>37</sup>

1. *Maslahah Daruriyyah*, yaitu kemaslahatan yang berhubungan dengan kebutuhan pokok manusia di dunia dan akhirat. Kemaslahatan seperti ini ada lima, yaitu: memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan dan memelihara harta. Kelima *maslahah* ini disebut *al-Masaalihul Khoms*.

Memeluk agama merupakan naluri insaniah atau fitrah manusia yang tidak bisa diingkari dan sangat dibutuhkan oleh manusia. Untuk kebutuhan tersebut, Allah mensyariatkan agama yang wajib dipelihara oleh setiap orang, baik hal-hal yang berhubungan dengan aqidah, ibadah, ataupun muamalah.

Hak hidup juga merupakan hak yang paling penting bagi setiap insan. Sehubungan dengan ini, demi menjaga kemaslahatan, keselamatan jiwa dan kehidupan manusia Allah mensyariatkan *qisash*, Allah juga memberikan kesempatan untuk mempergunakan sumber daya alam untuk dikosumsi, hukum

---

<sup>37</sup> Abu Ishak as-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Ushulis Syari'ah*, (Libanon: Darl Ibnu Affan, 1997), hlm.8-12. Abu Hamid al-Gazali, *Op.Cit.*, hlm.139.

perkawinan untuk melanjutkan kelangsungan hidup manusia, dan berbagai hukum lainnya.

Akal merupakan sasaran yang menentukan bagi seseorang dalam menjalani hidup dan kehidupannya. Karenanya, Allah menjadikan pemeliharaan akal menjadi sesuatu yang *urgent*, untuk itu Allah mensyariatkan pengharaman meminum minuman keras (dan sejenisnya) karena bisa membahayakan akal dan kehidupannya.

Berketurunan juga merupakan hal pokok bagi manusia dalam rangka memelihara kelangsungan hidup manusia di muka bumi. Untuk memelihara keberlangsungan ini maka Allah mensyariatkan nikah dengan segala hak dan kewajibannya yang disematkan kepadanya.

Hal terakhir, manusia juga tidak bisa hidup tanpa harta. Oleh sebab itu, harta merupakan sesuatu yang pokok dalam kehidupan manusia. Keberadaannya diatur, untuk mendapatkannya Allah mensyariatkan berbagai ketentuan dan untuk memeliharanya maka Allah mensyariatkan hukuman bagi pencuri dan perampok.

2. *Maslahah Hajiah*, yaitu kemaslahatan yang sangat diperlukan untuk menyempurnakan kemaslahatan pokok (mendasar) sebelumnya yang berbentuk keringanan untuk memelihara dan mempertahankan kebutuhan dasar manusia. Misalnya dalam bidang ibadah, diperbolehkan menggabungkan (*jama'*), meringkas (*qasar*), dan berbuka bagi orang yang sedang musafir; dalam bidang muamalat, diperbolehkan berburu binatang dan memakan makanan yang baik-baik, diperbolehkan jual beli pesanan (*bay'us salam*), diperbolehkan adanya kerjasama pertanian dan perkebunan. Semua hal tersebut

disyariatkan Allah untuk menjaga keberlangsungan keberadaan *al-masaalihul khomsah* tersebut.

3. *Maslahah Tahsiniah*, yaitu masalah yang sifatnya pelengkap berupa keleluasan yang keberadaannya dapat melengkapi kemaslahatan sebelumnya. Misalnya, dianjurkan untuk memakan makan bergizi, berpakaian yang bagus-bagus, melakukan ibadah-ibadah sunnah sebagai amaliah tambahan, dan berbagai cara menghilangkan najis dari badan manusia.

Ketiga kemaslahatan ini perlu dibedakan, sehingga seorang muslim dapat menentukan prioritas dalam mengambil suatu kemaslahatan. Kemaslahatan *daruriyah* harus lebih didahulukan daripada kemaslahatan *hajjiah*, dan kemaslahatan *hajjiah* harus lebih didahulukan daripada kemaslahatan *tahsiniah*.

Selanjutnya, teori yang penulis pakai dalam kajian disertasi ini adalah teori *masalah mursalah* yang berhubungan dengan pemeliharaan keturunan (*hifdzun nasl*).

Thohir Luth mengemukakan bahwa pemeliharaan keturunan (*hifdzun nasl*) merupakan satu di antara kewajiban-kewajiban manusia yang sangat berguna bagi kontinuitas hidup manusia. Mengabaikan kewajiban ini tanpa halangan agama merupakan suatu anomali (penyimpangan) serius terhadap syariat Islam.<sup>38</sup>

Memelihara keturunan ditinjau dari segi kebutuhannya dapat dibedakan menjadi tiga peringkat:

---

<sup>38</sup> Thohir Luth, *Syariat Islam Mengapa Takut?*, (Malang: UB Press, 2011), hlm.14.

1. Memelihara keturunan dalam peringkat *daruriyat*, seperti disyariatkannya nikah dan dilarang berzina. Kalau nikah diabaikan dan zina merajalela, maka eksistensi keturunan akan terancam.
2. Memelihara keturunan dalam peringkat *hajjiat*, misalnya dilarang berduaan antara pria dan wanita yang bukan muhrimnya. Contoh lain adalah diperbolehkannya pasutri bercerai (*talak*). Dalam hal pertama adalah untuk menghindari hal-hal yang memungkinkan mendorong terjadinya zina, sedangkan dalam talaq adalah sebagai solusi terakhir apabila keharmonisan rumah tangga tidak adapat dipertahankan demi kemaslahatan keluarga.
3. Memelihara keturunan dalam peringkat *tahsiniat* seperti keharusan menjaga pandangan, menghindari pornografi, atau dalam perkawinan seperti dalam pelaksanaan walimah. Jika hal ini diabaikan, maka ia tidak akan mengancam eksistensi pelaksanaan keturunan secara langsung, namun mendukung pelaksanaan kebaikan dan menjadi pencegahan awal terjadinya kemunkaran.<sup>39</sup>

Lebih lanjut, pentingnya aturan hukum tentang penambahan kewenangan pengadilan agama dalam penanganan perkara KDRT yang dilakukan antar suami istri, penulis lihat dari teori *masalah mursalah* yang berhubungan dengan *hifzun nasl*.

---

<sup>39</sup> Renny Supriyatni, *Pengantar Hukum Islam*, (Bandung: Widya Padjadjaran, 2011), hlm.24.

## 2.2. Kerangka Konseptual

### 2.2.1. Sistem Hukum Indonesia

Menurut Otje Salman,<sup>40</sup> sistem hukum adalah suatu “kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan dimaksud”. Untuk mencapai suatu tujuan kesatuan tersebut perlu kerja sama antara bagian atau unsur-unsur tersebut menurut rencana dan pola tertentu. Dalam sistem hukum yang baik tidak boleh terjadi pertentangan-pertentangan atau tumpang tindih antar bagian-bagian yang ada. Jika pertentangan tersebut terjadi, sistem itu sendiri yang akan menyelesaikan hingga tidak berlarut.

Hukum yang merupakan sistem tersusun atas sejumlah bagian yang masing-masing juga merupakan sistem yang dinamakan subsistem. Kesemuanya secara bersama-sama merupakan suatu kesatuan yang utuh. Kesatuan tersebut diterapkan terhadap suatu kompleksitas unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas-asas hukum dan pengertian hukum. Diharapkan dalam kesatuan itu tidak dikehendaki adanya konflik, pertentangan atau kontradiksi antar bagian-bagian yang ada pada peraturan hukum. Kalau sampai terjadi konflik maka akan segera diselesaikan oleh dan di dalam sistem (hukum) tersebut.

#### 1. Ciri-Ciri dalam Sistem Hukum Indonesia

Secara garis besar sistem hukum yang menjadi ciri pada bentuk hukum adalah sistem terbuka dan tertutup. Yang dimaksud dengan sistem hukum tertutup adalah sistem yang terisolir sama sekali dari lingkungan. Batas-batasnya tertutup bagi pertukaran informasi dan energi yang ada pada lingkungan sosial.

---

<sup>40</sup> Otje Salman dan Anton F.Susanto, *Teori Hukum*, (Bandung: Refika Aditama, 2004), hlm.86.

Sehingga dalam sistem hukum yang bersifat tertutup tidak memasukkan faktor-faktor yang ada pada pusat informasi dan energi disekitar lingkungan masyarakat, yang merupakan sumber-sumber luar yang mempengaruhi sistem itu sendiri. Oleh karenanya sistem hukum tertutup dapat mengalami entropi yang bergerak ke arah sorganisasi atau kematian.<sup>41</sup>

Sedangkan yang dimaksud dengan sistem hukum terbuka menurut Sudikno adalah sistem hukum yang mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungan. Di mana sistem hukum merupakan suatu kesatuan unsur-unsur (yakni peraturan dan penetapan) yang dipengaruhi oleh faktor-faktor kebudayaan, sosial, ekonomi, sejarah, politik dan lain sebagainya. Dan sebaliknya sistem hukum mempengaruhi faktor-faktor di luar sistem hukum tersebut. Aneka aturan hukum tersebut terbuka untuk penafsiran yang berbeda, oleh karena itu selalu terjadi perkembangan.<sup>42</sup> Berdasarkan ini dapat dikatakan bahwa sistem hukum Indonesia bersifat terbuka.

Meskipun dikatakan bahwa sistem hukum itu terbuka, namun di dalam sistem itu ada bagian-bagian yang sifatnya tertutup. Ini berarti bahwa pembentuk Undang-Undang tidak memberi kebebasan seluas-luasnya untuk membentuk hukum. Hukum keluarga dan hukum benda merupakan sistem tertutup, yang berarti bahwa lembaga-lembaga hukum dalam hukum keluarga dan benda jumlah dan jenisnya tetap. Tidak dimungkinkan orang menciptakan hak-hak kebendaan baru kecuali oleh pembentuk undang-undang. Sebaliknya

---

<sup>41</sup> Bachsan Mustafa, *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*, (Bandung: Citya Aditya Bakti, 2003), hlm.73.

<sup>42</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum; Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberti, 1999), hlm.177.



hukum perserikatan sistemnya terbuka; setiap orang bebas untuk membuat jenis perjanjian apapun di luar yang ditentukan Undang-Undang.

## 2. Unsur-Unsur dalam Sistem Hukum Indonesia

Sistem hukum Indonesia sangat dipengaruhi oleh bentuk sistem hukum yang melingkupinya, terutama sistem-sistem hukum yang berlaku di berbagai penjuru dunia.

Secara garis besar sistem hukum yang sekarang berlaku dan mempengaruhi sistem hukum di berbagai negara dapat digolongkan menjadi dua sistem hukum, yaitu: sistem hukum *Civil Law* (Eropa Kontinental) dan *Common Law* (*Anglo Saxon*). Adapun selain kedua sistem hukum tersebut, unsur lain yang melekat dalam sistem hukum Indonesia adalah sistem hukum Islam dan sistem hukum adat. Pengaruh keempat sistem hukum ini sangat dominan dalam sistem hukum Indonesia terhadap eksistensinya atas pembuatan peraturan hukum positif, ketika sistem hukum Indonesia bercirikan pada sistem hukum terbuka.

### a. *Civil Law*<sup>43</sup>

*Civil Law* atau Eropa Kontinental adalah sistem hukum yang banyak dianut oleh negara-negara Eropa Daratan yang didasarkan pada hukum Romawi. Disebut demikian karena pada mulanya hukum Romawi bersumber pada sebuah karya Iustianus *Corpus Iuris Civilis*.<sup>44</sup> Karena banyak dianut negara-negara di Eropa, *Civil Law* sering dinamakan sistem Kontinental.

---

<sup>43</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2009), hlm.261-351.

<sup>44</sup> Rahman Syamsudin, *Merajut Hukum Indonesia*, (Jakarta: Mitra Wacana Media, 2014), hlm.5.

Negara-negara bekas jajahan negara-negara Eropa Kontinental biasanya juga menganut sistem *Civil Law*.

Prinsip utama yang menjadi dasar sistem ini adalah hukum memperoleh kekuatan mengikat, karena diwujudkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan dan tersusun secara sistemik di dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu. Prinsip utama ini dianut karena nilai utama yang merupakan tujuan penetapan hukum adalah sebuah kepastian hukum. Dan kepastian hukum hanya dapat diwujudkan jika perilaku manusia (tindakan hukum) dalam keseharian diatur dalam peraturan-peraturan hukum tertulis. Dengan tujuan itu berdasarkan sistem hukum yang dianut, maka hakim tidak dapat leluasa untuk menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat umum. Hakim hanya berfungsi menetapkan dan menafsirkan peraturan perundang-undangan dalam batas-batas wewenangnya. Putusan hakim dalam suatu perkara hanya mengikat para pihak yang berperkara saja.

Sistem *Civil Law* mempunyai tiga karakteristik, yaitu: 1) adanya kodifikasi; 2) hakim tidak terikat pada preseden sehingga undang-undang menjadi hukum yang terutama; 3) sistem peradilan bersifat inkuisitorial. Inkuisitorial maksudnya adalah bahwa dalam sistem ini hakim mempunyai peranan besar dalam mengarahkan dan memutuskan perkara. Ketika sebuah persoalan belum diatur secara jelas dalam perundangan maka hakim wajib melakukan pembentukan hukum, analogi, penghalusan hukum dan penafsiran. Kegiatan-kegiatan seperti ini dalam sistem hukum civil law disebut sebagai penemuan hukum.

Sumber-sumber hukum dalam arti formal dalam sistem *Civil Law* berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan dan yurisprudensi. Di mana peraturan perundang-undangan menjadi rujukan pertama. Konstitusi tertulis ada pada urutan pertama dalam hierarki perundang-undangan, kemudian dilanjutkan dengan undang-undang dan beberapa peraturan di bawahnya.

Kebiasaan-kebiasaan dijadikan sumber hukum yang kedua untuk memecahkan berbagai persoalan pada negara-negara penganut sistem ini. Hal ini didasarkan pada pertimbangan bahwa pada kenyataannya hukum tidak pernah lengkap. Kehidupan masyarakat begitu kompleks sehingga undang-undang tidak mungkin dapat menjangkau semua aspek kehidupan. Yang perlu digarisbawahi adalah yang dimaksud kebiasaan di sini adalah hukum kebiasaan. Agar kebiasaan dapat menjadi hukum kebiasaan diperlukan dua hal, yaitu: 1) tindakan tersebut dilakukan berulang-ulang; 2) adanya unsur psikologis mengenai pengakuan bahwa apa yang dilakukan secara terus-menerus dan berulang-ulang itu aturan hukum.<sup>45</sup>

Adapun yurisprudensi bukan sumber hukum utama dalam sistem ini. Hal ini didasari dari pemikiran bahwa yurisprudensi atau putusan-putusan hakim pengadilan sifatnya konkret dan hanya mengikat pihak-pihak yang bersengketa saja. Di negara civil law, yurisprudensi bukanlah merupakan keputusan hakim yang mengikat. Ketika ada putusan hakim sebelumnya yang dipergunakan untuk memutuskan perkara baru di kemudian hari maka

---

<sup>45</sup> *Ibid*, hlm.6.

hal itu bukanlah karena putusan hakim sebelumnya bersifat mengikat, akan tetapi karena hakim menganggap bahwa putusan sebelumnya itu dianggap tepat dan bisa diteladani. Namun demikian di negara-negara yang menganut sistem *civil law*, yurisprudensi tetap memiliki peranan penting dalam pengembangan hukum.

b. Common Law<sup>46</sup>

Common Law atau yang biasa disebut Anglo Saxon adalah sistem hukum yang dianut oleh suku-suku Anglika dan Saksa yang mendiami sebagian besar Inggris. Meskipun negara-negara bekas jajahan Inggris umumnya menganut sistem *Common Law*, namun tidak dengan Amerika Serikat. Walaupun masih dalam kerangka Common Law, tapi mereka menerapkan sistem yang berbeda.

Perkembangan politik, ekonomi, dan teknologi yang lebih pesat di Amerika Serikat (dibandingkan dengan yang terjadi di Inggris) menyebabkan Amerika banyak berinteraksi dengan negara lain. Hal ini berimplikasi pada banyaknya hukum amerika yang dijadikan acuan dan landasan transaksi yang bersifat internasional. Oleh karena itulah, sistem *Common Law* pada saat ini lazim disebut sebagai sistem *Anglo-American*.

Sistem *Common Law* sangat berkembang di Inggris terutama melalui pengadilan kerajaan yang dibentuk semasa raja William dan raja-raja setelahnya. Di wilayah Inggris, pengadilan kerajaan sangat kuat membawahi pengadilan-pengadilan lokal dan hanya sedikit menangani

---

<sup>46</sup> Disarikan dari Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cip*, hlm.261-353.

persoalan-persoalan kaum ningrat dan bangsawan. Hukum yang dikembangkan oleh kerajaan secara cepat menjadi sesuatu yang umum (*common*) bagi semua orang di seluruh wilayah kerajaan. Karena itulah mengapa sistem hukum Inggris disebut sistem *Common Law*.

Hal ini berbeda dengan Amerika, walaupun negara ini merupakan negara bekas jajahan Inggris, namun dalam perjalanan kehidupan bernegara ia mengembangkan sendiri sistem hukum maupun substansi hukumnya. Salah satu perbedaan mencolok di antara keduanya adalah bahwa Amerika Serikat memiliki Konstitusi tertulis sebagai hukum tertingginya. Inggris tidak mengenal adanya konstitusi tertulis, praktik kenegaraan Inggris didasarkan atau *convention* (praktik kenegaraan yang dijalankan berdasarkan kebiasaan-kebiasaan). Selain itu Amerika Serikat lebih mengembangkan kodifikasi, baik untuk negara bagian maupun negara federal daripada Inggris. Hal ini karena luas dan populasi Amerika Serikat jauh lebih besar daripada Inggris.

Sistem *Common Law* memiliki tiga karakteristik, yaitu: 1) Yurisprudensi dipandang sebagai sumber hukum yang terutama;<sup>47</sup> 2)

---

<sup>47</sup> Yurisprudensi sebagai sumber hukum utama karena dua alasan, yaitu alasan psikologis dan alasan praktis. Alasan psikologis maksudnya setiap orang yang ditugasi untuk menyelesaikan perkara, ia cenderung untuk mencari alasan pembenar atau putusan-putusannya merujuk pada putusan yang telah ada sebelumnya daripada memikul tanggung jawab atas putusan yang dibuatnya sendiri. Sedangkan alasan praktisnya adalah bahwa diharapkan dengan adanya putusan yang seragam, demi keadilan.

dianutnya sistem *stare decisis*;<sup>48</sup> 3) adanya *adversary system* dalam proses peradilan.<sup>49</sup>

Adapun sumber hukum dalam sistem *Common Law* hanya yurisprudensi yang di Inggris disebut *judge made law* atau di Amerika Serikat disebut *case law* dan perundang-undangan (*statute law*). Di Inggris, sebelum dituangkan ke dalam *Common Law*, hukum yang berlaku esensial merupakan hukum kebiasaan. Akan tetapi hukum Inggris bukanlah hukum kebiasaan. Hal ini disebabkan karena dalam proses pembentukan *Common Law* melalui *judge made law* berdasarkan nalar.

Sebagai catatan untuk diperhatikan, bahwa memang di negara-negara *Common Law*, yurisprudensi ditempatkan sebagai sumber utama, akan tetapi di Amerika Serikat dan di beberapa negara penganut sistem ini, undang-undang sama pentingnya dengan yurisprudensi.

### c. Hukum Adat

Sistem hukum adat terdapat dan berkembang di lingkungan kehidupan sosial terutama di masyarakat Indonesia, China, Jepang, India dan beberapa

---

<sup>48</sup> *Stare decisis* di Indonesia dikenal dengan doktrin “*preseden*” yaitu hakim terikat untuk melaksanakan putusan terdahulu, baik yang ia buat sendiri maupun yang dibuat oleh pendahulunya untuk kasus serupa.

<sup>49</sup> Berbeda dengan sistem *Civil Law*, dalam *Common Law* pengadilan menganut sistem *adversary*. Walaupun dalam *Civil Law* juga ada, akan tetapi dalam *Common Law* sistem *adversary* lebih diutamakan. Dalam sistem ini kedua belah pihak yang bersengketa sama-sama menggunakan *lawyer*-nya berhadapan di depan seorang hakim. Masing-masing pihak menyusun strategi sedemikian rupa dan mengemukakan sebanyak-banyaknya alat bukti di depan pengadilan. Hakim hanya duduk di kursinya seperti halnya seorang wasit sepak bola yang mengendalikan permainan, memberikan peringatan terhadap para pemain yang melanggar aturan permainan, sambil sesekali mengeluarkan kartu kuning atau pun kartu merah terhadap mereka yang melanggar. Apabila diperlukan juri, hakim tidak memberikan putusan yang menang dan mana yang kalah atau tertuduh bersalah dan tidak bersalah. Hakim memberikan perintah kepada juri untuk mengambil putusan. Putusan itu harus diterima oleh hakim terlepas ia setuju atau tidak setuju terhadap putusan itu. *Adversary system* ini banyak dijumpai di Amerika Serikat.

negara yang terdapat di belahan bumi Asia dan Afrika. Asal mula pengistilahan hukum adat di Indonesia adalah adanya penyebutan “*adatrecht*” yang dikemukakan oleh Snouck Hurgronje. Sistem hukum adat umumnya bersumber dari peraturan-peraturan hukum tidak tertulis dan berkembang serta dipertahankan berdasarkan kesadaran hukum masyarakatnya. Sifat hukum adat adalah tradisional berpangkal pada kehendak nenek moyang.<sup>50</sup> Tolak ukur keinginan yang akan dilakukan oleh manusia ialah kehendak suci dari nenek moyangnya.

Hukum adat berubah-ubah karena pengaruh kejadian dan keadaan sosial yang silih berganti. Karena sifatnya yang mudah berubah dan mudah menyesuaikan diri dengan perkembangan situasi sosial, hukum adat elastis sifatnya. Karena sumbernya tidak tertulis, hukum adat tidak kaku dan mudah menyesuaikan diri.

Sumber hukum adat bersumber kepada peraturan-peraturan hukum tidak tertulis yang tumbuh berkembang dan dipertahankan dengan kesadaran hukum masyarakatnya. Hukum adat mempunyai tipe yang bersifat tradisional yang berpangkal pada nenek moyang. Untuk ketertiban hukumnya selalu diberikan penghormatan besar kepada kehendak suci nenek moyang itu. Oleh sebab itu, perubahan dalam hukum adat kadang-kadang tidak dapat diketahui, bahkan seringkali tanpa disadari masyarakatnya.

---

<sup>50</sup> JB. Dalio, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Jakarta: Prenhallindo, 2001), hlm.38.

Berdasarkan sumber hukum dan tipe hukum adat itu, maka sistem hukum adat di Indonesia dapat dibagi dalam tiga kelompok.<sup>51</sup>

- 1) Hukum adat mengenai tata negara, yaitu tatanan yang mengatur susunan dan ketertiban dalam persekutuan-persekutuan hukum, serta susunan dan lingkungan kerja alat-alat perlengkapan, jabatan-jabatan dan pejabat-pejabatnya.
- 2) Hukum adat mengenai warganya, terdiri atas: a) hukum pertalian kekerabatan; b) hukum tanah; dan c) hukum perutangan.
- 3) Hukum adat mengenai delik (hukum pidana).

Orang yang berperan melaksanakan sistem hukum adat ini adalah pemangku adat. Sebagai pemimpin yang disegani, ia sangat besar pengaruhnya dalam lingkungan masyarakat adat untuk menjaga keutuhan hidup sejahtera masyarakat yang dipimpinnya. Pemangku adat dianggap sebagai orang yang paling mampu menjalankan dan memelihara peraturan serta selalu ditaati oleh anggota masyarakatnya berdasarkan kepercayaan kepada nenek moyang.

#### d. Hukum Islam

Sistem hukum Islam berasal dari Arab, kemudian berkembang ke negara-negara di Asia, Afrika, Eropa dan Amerika secara individual dan kelompok. Hukum Islam adalah sebuah sistem yang berlandaskan aturan-aturan agama. Karena alasan-alasan yang wajar, syari'ah berperan penting terutama dalam wilayah-wilayah hukum yang diatur secara rinci dalam

---

<sup>51</sup> Mokhammad Najih, *pengantar Hukum Indonesia; Sejarah, Konsep, Tata Hukum dan Politik Hukum di Indonesia*, (Malang: Setara press, 2014), hlm.79.



sumber-sumber hukum Islam, terutama dalam wilayah hukum keluarga, hukum waris, dan sampai dalam taraf tertentu dalam wilayah hukum pidana. Perkembangan saat ini, terutama di Indonesia, hukum Islam sudah merambah ke berbagai bidang ekonomi.

Sumber hukum tertinggi dalam hukum Islam adalah al-Qur'an, kitab suci umat Islam yang berasal dari Tuhan. Berikutnya dalam susunan hierarki hukum Islam terdapat dalam al-Hadits. Ia merupakan tafsiran al-Qur'an yang termuat dalam berbagai kitab hadits dan disandarkan kepada Nabi Muhammad SAW. Sumber hukum selanjutnya adalah *Ijma'*, yaitu pendapat-pendapat yang diterima secara umum di kalangan orang beriman, terutama ulama (cendekiawan hukum) dalam menafsirkan dua sumber utama tadi. Selain itu juga terdapat *Qiyas*, yaitu penalaran dengan logika, terutama untuk menghasilkan regulasi untuk situasi yang secara langsung dicakup (dinalar) dari logika *nash*.

Karakteristik dari hukum Islam adalah sangat fleksibel dalam segala kejadian dan dapat mengikuti perkembangan zaman (*sholih likulliz zaman wa makaan*), walaupun didasarkan pada al-Qur'an yang sudah dibuat beribu-ribu tahun yang lalu dan tidak dapat diubah.

Persebaran negara-negara yang menganut sistem hukum Islam banyak dijumpai di negara-negara jazirah Arab. Tidak hanya itu, negara-negara di Asia dan Afrika Timur banyak yang menganut sistem hukum Islam, baik secara langsung maupun dipadu dengan sistem hukum lainnya.

Indonesia sebagai bekas negeri jajahan Belanda, cenderung mengikuti sistem hukum *Civil Law*, karakteristik hukumnya sangat mirip, akan tetapi

sebagai negara yang penduduknya mayoritas beragama Islam, sistem hukum Islam juga mempengaruhi kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia. Banyak peraturan perundangan di Indonesia, baik secara implisit maupun eksplisit mengadopsi ketentuan-ketentuan hukum Islam, bahkan terdapat satu provinsi (Nanggroe Aceh Darussalam) yang memiliki keistimewaan dengan menerapkan sistem hukum Islam dalam tata pemerintahan dan kehidupan sosial sehari-hari.

### 2.2.2. Kewenangan Peradilan Agama

Menurut kamus besar bahasa Indonesia, kewenangan berasal dari kata *wenang* yang berarti mempunyai (mendapat) kekuasaan dan hak untuk melakukan sesuatu. Dari kata *wenang* ini terbentuk kata *wewenang* dan *kewenangan*. *Wewenang* bisa diartikan sebagai hak dan kekuasaan untuk bertindak atau kekuasaan membuat keputusan, memerintah, dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain; Sementara *kewenangan* diartikan sebagai hal berwenang, dan hak serta kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu.<sup>52</sup> Dengan kata lain, *kewenangan* adalah kekuasaan dan hak untuk melakukan sesuatu, hak atau kekuasaan untuk memerintah orang lain demi melakukan atau tidak melakukan sesuatu agar mencapai tujuan tertentu.

Kata *peradilan* berasal dari akar kata *adil*, dengan awalan *per* dan akhiran *an*. Ia merupakan terjemahan dari kata *qadha* yang berarti memutuskan, melaksanakan dan menyelesaikan.<sup>53</sup> *Adil* menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia mengandung tiga makna: *Pertama*, *adil* diartikan sebagai sama berat, tidak berat sebelah dan

---

<sup>52</sup> <http://kbbi.web.id/wenang>. Diakses tanggal 29 Agustus 2017.

<sup>53</sup> Ahmad Warson Munawir, *Al-Munawir*, (Surabaya: Pustaka Progressif, 1996), hlm.1215.

tidak memihak; *Kedua*, adil diartikan sebagai keberpihakan kepada yang benar; dan *Ketiga*, adil diartikan sebagai yang sepatutnya; tidak sewenang-wenang.<sup>54</sup> Dari kata adil ini kemudian terbentuk kata peradilan dan pengadilan.

Peradilan menurut kamus besar bahasa Indonesia adalah segala sesuatu mengenai perkara pengadilan. Sedangkan pengadilan mengandung arti: *Pertama*, dewan atau majelis yang mengadili perkara; mahkamah; *Kedua*, proses mengadili; *Ketiga*, keputusan hakim; *Keempat*, sidang hakim ketika mengadili perkara; dan *kelima*, rumah (bangunan) tempat mengadili perkara.<sup>55</sup>

Peradilan dalam Islam disebut dengan istilah *qadha* (*qadha*, *yaqdh*, *qadhaun*) yang memiliki banyak arti, di antaranya menyelesaikan (*al-faraghu*), melaksanakan (*al-ada'u*), memutus dan mencegah (*al-hukmu* dan *al-man'u*).<sup>56</sup> Istilah peradilan diambil kata *al-hukmu* dalam pengertian *al-man'u*. Oleh karena itu, *al-qadha* disebut juga *al-hukmu* (pencegahan atau pemutusan) dan *al-Qadhi* disebut juga *al-hakim* karena mencegah atau memutus orang dari berbuat yang tidak adil.<sup>57</sup> Dalam konteks penafsiran al-Quran, pekerjaan mencegah atau memutus tersebut menyangkut perbuatan Allah dan perbuatan manusia. Al-Isfahani menyimpulkan bahwa *al-qadha* adalah pemutusan perkara, baik melalui ucapan maupun perbuatan yang bersifat *ilahi* (ketuhanan) dan yang bersifat *basyari* (kemanusiaan).<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> <http://kbbi.web.id/adil>. Diakses 29 Agustus 2017.

<sup>55</sup> *Ibid.*,

<sup>56</sup> Ahmad Warson Munawir, *Op.Cit.* hlm.1215 .

<sup>57</sup> Muhammad Salam Madzkur, *al-Qadha fil Islam*, (Kairo: Darul Fikri, t.th), hlm.421.

<sup>58</sup> Al-Raghibb al-Isfahani, *Mu'jam Mufradat al-Fazhul Quran*, (Beirut: Darul Fikri, 2001), hlm.421.

Defini lain juga diberikan oleh para ahli syariat Islam, Muhammad Jamal Athiyah misalnya menyebutkan bahwa *al-qadha* (peradilan) adalah:

*“Ucapan mengikat yang keluar dari kekuasaan publik; kata putus dalam masyarakat berdasarkan kebenaran putusan yang sesuai dengan apa yang diturunkan Allah; pemberitaan tentang ketentuan hukum syar’i (sah secara Islam dan bersifat mengikat)”*.<sup>59</sup>

Sementara itu al-Zunjani lebih cenderung sependapat dengan Imam Syafi’i yang mengatakan bahwa *al-qadha* adalah menampakkan hukum Allah dan mempublikasikannya, dan pendapat Imam Hanafi yang mengatakan bahwa hakikat peradilan adalah menetapkan hukum penggugat.<sup>60</sup> Dengan demikian, peradilan dalam Islam merupakan salah satu proses pelaksanaan hukum Allah dalam konteks menegakkan hukum dan keadilan.

Selain kata peradilan, kita juga mengenal istilah Mahkamah. Dalam kaitannya dengan pengadilan, yang dimaksud dengan Mahkamah adalah suatu lembaga yang membuat putusan hukum di peradilan dan tempat berlangsungnya lembaga kehakiman.<sup>61</sup> Istilah Mahkamah berasal dari kata *hakama* yang berarti memutus, mengendalikan dan menetapkan.

---

<sup>59</sup> Muhammad Jamal Athiyah, *Tarikhul Qanunal Mishri ba’da Fathil Islami*, (Kairo: Darun Nahdhah al-Arabiyyah, 1998), hlm.120.

<sup>60</sup> Menurut Imam syafi’i kata kunci dalam menentukan hakikat peradilan adalah *izhar* dan *ikhbar*. *Izhar* berarti menampakkan hukum Allah, baik yang tertulis dalam al-Quran, hadits, maupun penjelasan para ulama (ijtihad ulama). Dalam hal ijtihad, kedudukan mujtahid berfungsi sebagai *Muzhir*. Sedangkan kata *Ikhar*, berarti mempublikasikan hukum Allah yang tertera dalam al-Quran, hadits dan ijtihad para ulama. Mujtahid dalam konteks ini disebut *Mukhbir*. Sedangkan menurut Abu Hanifah untuk memahami *al-qadha* membutuhkan dua kata kunci yaitu *itsbat* dan *Insyah* yang berarti menetapkan dan memutuskan. Sihabuddin al-Zunjani, *Tarikhul Furu’ alal Ushuli*, (Beirut: Darul Fiqr, 1248 H), hlm.372-375.

<sup>61</sup> Majma Lughatul Arabiyyah, *Al-Mu’jamul Wasith*, (Kairo: al-Idarotul Ammah lil mu’jam wa Ihyait Turast, 1980), hlm.90.

Kata *hakama*, selain mempunyai makna yang sama dengan *qadha*,<sup>62</sup> yaitu memutus perkara, perselisihan dan lain-lain, *hakama* juga berarti memerintah. Hakim sebagai *Qadhi* memutus perkara dan sebagai hakim (pemerintah atau penguasa berdaulat) memutus kebijakan dan memutus perkara. Oleh karena itu, ketika orang mengatakan bahwa “hakim telah menghukumkan begini”, maka bisa diartikan bahwa hakim telah meletakkan suatu hak atau mengembalikan sesuatu kepada yang berhak.<sup>63</sup>

Peradilan Agama adalah badan peradilan khusus untuk orang yang beragama Islam yang memeriksa dan memutus perkara perdata tertentu sesuai dengan perundangan yang berlaku.<sup>64</sup>

Peradilan Agama sering juga diistilahkan orang dengan peradilan Islam. Pengistilahan ini tidak sepenuhnya benar, karena kewenangan peradilan Islam dalam konsepsi Islam meliputi segala jenis perkara menurut ajaran Islam secara universal.<sup>65</sup> Tidak ada pembedaan apakah suatu kasus termasuk ranah pidana ataukah perdata. Sementara dalam Peradilan Agama di Indonesia hanya menangani perkara-perkara tertentu (tidak mencakup seluruh aspek perdata Islam) bagi umat Islam di Indonesia. Artinya, Peradilan Agama adalah Peradilan Islam limitatif, yang disesuaikan dengan keadaan di Indonesia.

---

<sup>62</sup> Saud bin saad ad-Darib, *at-Tanzimul Qadhi fi Mamlakatil Arabiyyatis Su'udiyah fid Dawwi'is Syariatil Islamiyati wan Nizhamis Sulthahil Qadhaiyyah*, (Riyadh: Jamiah al-Imam Muhammad bin Sa'un al-Islamiyyah, 1999), hlm.39.

<sup>63</sup> Hasbi Ash-Shiddieqy, *Peradilan dan Hukum Acara Islam*, (Yogyakarta: Ma'arif, 1994), hlm.29.

<sup>64</sup> <http://kbbi.web.id/adil>. Diakses 29 Agustus 2016.

<sup>65</sup> Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Indonesia; Sejarah, Konsep dan Praktik di Pengadilan Agama*, (Malang: Setara Press, 2014), hlm.10.

Peradilan Agama juga merupakan istilah (literatur) resmi bagi salah satu di antara lima lingkungan peradilan negara atau kekuasaan kehakiman yang sah di Indonesia.<sup>66</sup> Empat lingkungan peradilan lainnya adalah Peradilan Umum, Peradilan Militer, Peradilan Tata Usaha Negara dan Mahkamah konstitusi. Hal ini seperti dijelaskan dalam Pasal 18 UUKK Tahun 2009, bahwa “kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.<sup>67</sup>

Eksistensi Peradilan Agama dijelaskan pada pasal 2 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (selanjutnya ditulis UUPA Tahun 1989), kemudian diubah dengan Undang-Undang nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 (selanjutnya ditulis UUPA Tahun 2006).<sup>68</sup>

Eksistensi Peradilan Agama dijelaskan kembali pada pasal 1 Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 (selanjutnya ditulis UUPA Tahun 2009).<sup>69</sup>

Berdasarkan pengertian tersebut maka kewenangan Peradilan Agama bisa diartikan kekuasaan, yurisdiksi atau kompetensi mengadili suatu perkara di lingkungan peradilan agama. kekuasaan mengadili itu sendiri ada yang bersifat absolut sehingga disebut dengan kewenangan atau yurisdiksi absolut, dan ada yang

---

<sup>66</sup> Pasal 10 ayat (1) UU Nomor 14 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

<sup>67</sup> Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>68</sup> Pasal 2 UUPA Tahun 2006 menjelaskan bahwa: “Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini”.

<sup>69</sup> Pasal 1 ayat (1) UUPA Tahun 2009 menegaskan bahwa “Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam”.

bersifat relatif sehingga disebut dengan kewenangan atau yurisdiksi relatif.<sup>70</sup> Kewenangan absolut adalah kewenangan mengadili suatu pengadilan yang didasarkan pada jenis perkara yang boleh diadili sesuai dengan yang ditentukan dalam undang-undang. Kompetensi absolut biasanya diatur dalam Undang-Undang yang mengatur tentang susunan dan kekuasaan lembaga peradilan yang bersangkutan.<sup>71</sup> Sedangkan kewenangan relatif adalah kewenangan mengadili suatu pengadilan berdasarkan wilayah hukum di mana suatu pengadilan agama berada.<sup>72</sup> Selanjutnya, fokus kajian disertasi ini nantinya membahas persoalan kewenangan absolut peradilan agama.

Kewenangan absolut Peradilan Agama disandarkan pada Pasal 2 dan Pasal 49 ayat (1) UUPA Tahun 2006, jo Pasal 49 ayat (1) UUPA Tahun 1989. Berdasarkan ini maka Pengadilan Agama hanya bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi *Syari'ah*.<sup>73</sup>

*Pertama*, Prihal Perkawinan merupakan perkara perdata pertama yang menjadi wewenang Peradilan Agama.<sup>74</sup> Kewenangan memutus persoalan perkawinan (termasuk di dalamnya persoalan cerai dan persoalan hak asuh anak)

---

<sup>70</sup> Raihan A. Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, (Jakarta : Rajawali, 1992), hlm. 25-27.

<sup>71</sup> Abdul Rahmad Budiono, *Peradilan Agama dan Hukum Islam di Indonesia*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2003), hlm.14.

<sup>72</sup> Jaih Mubarak, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah di Indonesia*, www.badilag.net, hlm.1.

<sup>73</sup> Pasal 49 UUPA Tahun 2006 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 22 .

<sup>74</sup> Pengertian perkawinan berdasarkan ketentuan pasal 1 UUP Tahun 1974 adalah ikatan lahir batin antara seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

ini dikukuhkan dengan disahkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Intruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (selanjutnya disebut KHI),<sup>75</sup> yang di dalam keduanya terkandung prinsip-prinsip hukum perkawinan yang bersumber dari al-Quran dan al-Hadits. Prinsip-prinsip tersebut adalah:

1. Asas membentuk keluarga yang bahagia dan kekal;
2. Asas keabsahan perkawinan didasarkan pada hukum Agama dan kepercayaan, serta kejadiannya harus dicatat oleh petugas yang sudah ditetapkan oleh pemerintah;
3. Asas monogami terbuka;
4. Asas kematangan jiwa dan raga bagi calon pasutri;
5. Asas mempersulit perceraian;
6. Asas keseimbangan antara hak dan kewajiban antara suami dan istri, baik dalam kehidupan rumah tangga maupun dalam pergaulan masyarakat (berdasarkan asas ini maka segala keputusan dalam rumah tangga harus dimusyawarahkan bersama oleh pasutri terlebih dahulu);
7. Asas pencatatan perkawinan;

Adapun perkara-perkara yang menjadi kewenangan Peradilan Agama di bidang perkawinan ini adalah seperti dijelaskan dalam penjelasan pasal 49 ayat (2) UUPA tahun 1989.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Kompilasi Hukum Islam terdiri dari 3 buku: Buku I tentang Hukum Perkawinan, buku II tentang Hukum Kewarisan, dan buku III tentang hukum hukum Perwakafan.

<sup>76</sup> Penjelasan tersebut berbunyi: “Yang dimaksud dengan bidang perkawinan yang diatur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan antara lain adalah:

1. Izin beristri lebih dari seorang;
2. Izin melangsungkan perkawinan bagi orang yang belum berusia 21 (dua puluh satu) tahun, dalam hal orang tua atau wali atau keluarga dalam garis lurus ada perbedaan pendapat;



*Kedua*, persoalan waris. Kewarisan adalah persoalan kedua yang menjadi kewenangan Peradilan Agama. Menurut pasal 49 ayat (3) UUPA Tahun 1989, kewenangan Peradilan Agama di bidang kewarisan yang dimaksud dalam ayat (1) huruf b adalah penentuan siapa yang berhak menjadi ahli waris, penentuan harta peninggalan, penentuan bagian harta waris waris, dan penentuan pelaksanaan pembagian harta peninggalan tersebut. Demi mendukung kewenangan ini pemerintah menetapkan Inpres No.1 Tahun 1991 tentang KHI (Buku II).

*Ketiga*, persoalan wasiat. Wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada pihak lain yang berlaku setelah pewaris meninggal dunia. Adapun maksimal harta yang bisa dijadikan wasiat adalah sepertiga dari harta kekayaan

- 
3. Dispensasi kawin;
  4. Pencegahan perkawinan;
  5. Penolakan perkawinan oleh Pegawai Pencatat Nikah;
  6. Pembatalan perkawinan;
  7. Gugatan kelalaian atas kewajiban suami atau istri;
  8. Perceraian karena talak;
  9. Gugatan perceraian;
  10. Penyelesaian harta bersama;
  11. Mengenai penguasaan anak-anak;
  12. Ibu dapat memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan anak bilamana bapak yang seharusnya bertanggung jawab tidak memenuhinya;
  13. Penentuan kewajiban memberi biaya penghidupan oleh suami kepada bekas istri atau penentuan suatu kewajiban bagi bekas isteri.
  14. Putusan tentang sah atau tidaknya seorang anak;
  15. Putusan tentang pencabutan kekuasaan orang tua;
  16. Pencabutan kekuasaan wali;
  17. Penunjukan orang lain sebagai wali oleh Pengadilan dalam hal kekuasaan seorang wali dicabut;
  18. Menunjuk seorang wali dalam hal seorang anak yang belum cukup umur 18 (delapan belas) tahun yang ditinggal kedua orang tuanya pada hal tidak ada penunjukan wali oleh orang tuanya;
  19. Pembebanan kewajiban ganti kerugian terhadap wali yang telah menyebabkan kerugian atas harta benda anak yang ada di bawah kekuasaannya;
  20. Penetapan asal usul seorang anak;
  21. Putusan tentang hal penolakan pemberian keterangan untuk melakukan perkawinan campuran;
  22. Pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan dijalankan menurut peraturan yang lain”.
- Ketentuan pasal 49 UUPA Tahun 1989 pada Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3316.

pewaris. Eksistensi wasiat dalam perundangan diatur ketentuannya dalam pasal 194-209 bab V buku II KHI.

*Keempat*, persoalan hibah. Hibah adalah pemberian sukarela tanpa imbalan suatu benda untuk dimiliki dari seseorang kepada pihak lain yang masih hidup. Eksistensi hibah diakui dalam pasal 210-214 bab VI buku II KHI.

*Kelima*, persoalan wakaf. Wakaf dalam konsepsi Undang-Undang adalah perbuatan hukum seseorang atau kelompok orang atau badan hukum dengan maksud memisahkan sebagian dari benda miliknya dan melembagakannya untuk keperluan ibadat dan kepentingan umum lainnya sesuai dengan syariat Islam. Eksistensi wakaf dalam perundangan diatur dalam bab I - V buku III KHI dan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, dengan peraturan pelaksana PP Nomor 42 Tahun 2006 tentang pelaksanaan Undang-Undang No 41 Tahun 2004.<sup>77</sup>

*Keenam*, persoalan zakat. Zakat adalah harta yang wajib dikeluarkan seorang muslim yang mampu atau badan usaha untuk diberikan kepada yang berhak menerimanya sesuai dengan syariat Islam. Eksistensi zakat diatur dalam Undang-Undang Negara Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat, dengan peraturan pelaksana PP Nomor 14 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011.

*Ketujuh*, persoalan infak. Infak dalam konsepsi perundangan adalah harta yang dikeluarkan oleh seseorang atau suatu badan usaha kepada badan hukum (misalnya sekolah atau tempat ibadah) di luar zakat untuk kemaslahatan umum.

---

<sup>77</sup> Undang-Undang wakaf pada Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4459.

Keberadaannya tidak diatur dalam perundangan sendiri, akan tetapi dimuat dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat.

*Kedelapan*, persoalan sedekah. Sedekah dalam konsepsi Undang-Undang adalah harta yang dikeluarkan oleh seseorang atau badan usaha untuk kemaslahatan umum. Keberadaannya juga tidak diatur dalam perundangan sendiri, akan tetapi menjadi satu dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat.

*Kesembilan*, persoalan ekonomi syari'ah. Ekonomi syari'ah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari'ah, yang meliputi: bank syari'ah, lembaga keuangan mikro syari'ah, asuransi syari'ah, reasuransi syari'ah, reksa dana syari'ah, obligasi syari'ah dan surat berharga berjangka menengah syari'ah, sekuritas syari'ah, pembiayaan syari'ah, pegadaian syari'ah, dana pensiun lembaga keuangan syari'ah; dan bisnis syari'ah. Keberadaan kewenangan terakhir ini (sebagiannya) dimuat dalam Undang-Undang Negara Republik Indonesia nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.<sup>78</sup>

Perluasan kompetensi absolut peradilan agama mulai diberlakukan setelah pemberlakuan UU No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, dalam hal ekonomi syariah.

### 2.2.3. Kekerasan dalam Rumah Tangga

Sampai saat ini istilah kekerasan dalam rumah tangga (selanjutnya disebut KDRT) merupakan suatu bentuk perbuatan yang dianggap baru. Meskipun pada

---

<sup>78</sup> Menurut konsepsi Undang-Undang ini, perbankan syariah adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya. Selanjutnya bisa dilihat dalam Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867.

dasarnya bentuk-bentuk kekerasan ini telah banyak ditemui dan terkait pada bentuk perbuatan pidana tertentu, seperti pembunuhan, Penganiayaan, perkosaan dan pencurian.

Istilah pengertian kekerasan dalam konteks perundangan di Indonesia dapat kita jumpai pertama kali pada Pasal 89 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berbunyi: “*Membuat orang pingsan atau tidak berdaya disamakan dengan menggunakan kekerasan*”. "Tidak berdaya" dalam pasal ini adalah tidak mempunyai kekuatan atau tenaga sama sekali, sehingga tidak dapat mengadakan perlawanan sedikit pun. Selanjutnya pasal ini tidak menjelaskan bagaimana cara dan bentuk-bentuk kekerasan tersebut dilakukan.

Rumusan pengertian haruslah bersifat objektif, dengan perkataan lain bukan perasaan subjektif korban (perempuan) yang dipakai sebagai ukuran. Karena bila yang dipakai ukuran subjektif yang dirasakan korban, maka pengertian kekerasan menjadi kabur, karena setiap subjek mempunyai ukuran yang berbeda (yang oleh subjek lain hal ini bukanlah dianggap suatu kekerasan).

Beberapa literatur sebagaimana dikutip Moerti Hadiati Soeroso,<sup>79</sup> mengungkapkan bahwa ada istilah-istilah lain yang sering digunakan untuk mengidentikkan kekerasan kepada orang lain, yaitu *violence*,<sup>80</sup> *battery*,<sup>81</sup> dan

---

<sup>79</sup> Moerti Hadiati Soeroso, *Kekerasan dalam Rumah Tangga dalam Perspektif Yuridis-Victimologis*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), hlm-59-60.

<sup>80</sup> *Violence* (kekerasan) dapat diartikan sebagai: 1) *Unjust or unwarranted exercise of force with the accompaniment of vehemence, outrage of fury.* 2) *Physical force unlawfully exercise, abuse of force; tha force is employed against common right, against laws and against public liberty.* 3) *The exertion of any physical force so as to injure, damage or abuse.*

<sup>81</sup> *Battery* dapat diartikan sebagai: *Criminal battery, defined as the unlawful application of force to the person another, may be devided into its three basic elements: 1) The defendant's conduct (act or mission); 2) His "mental state" which may be intent to kill or injure, or criminal negligence, or perhaps the doing of an unlawful act; 3) The harmful result to the victim, which may be aboodily injury or an offensive touching*".

*assault*.<sup>82</sup> Menurutnya, kata *battery* ini sering dikombinasikan dengan *assault and battery*. Pengertian *assault and battery* adalah: “*Any unlawful touching of another which is without justification or excuse*”.

Berdasarkan pengertian tersebut, terminologi kekerasan mempunyai ciri bahwa tindakan tersebut.

1. Dapat berupa fisik maupun nonfisik (psikis),
2. Dapat dilakukan secara aktif maupun dengan pasif (tidak berbuat).
3. Dikehendaki/ diminati oleh pelaku.
4. Terdapat kemungkinan menimbulkan akibat yang merugikan korban (fisik atau psikis).

Istilah keluarga dapat dipahami sebagai organisasi terkecil dalam masyarakat yang terbentuk karena adanya ikatan perkawinan. Biasanya rumah tangga terdiri atas ayah, ibu dan anak-anak. Namun di Indonesia seringkali dalam rumah tangga juga ada sanak-saudara yang ikut bertempat tinggal, misalnya orang tua, baik dari suami atau istri, saudara kandung, saudara tiri dari kedua belah pihak, keponakan dan keluarga yang lainnya yang mempunyai hubungan darah. Di samping itu, juga terdapat pembantu rumah tangga yang bekerja dan tinggal bersama-sama di dalam sebuah rumah (tinggal satu atap).

Pengertian “rumah tangga” tidak tercantum dalam ketentuan khusus, tetapi yang dapat kita jumpai adalah pengertian “keluarga” yang tercantum dalam Pasal 1 angka 30 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang

---

<sup>82</sup> *Assault* dapat diartikan sebagai: “*Any willful attempt or threat to inflict injury upon the person of another....*”, atau “*Any intentional display of force such as would give the victim reason to fear or expect immediate bodily harm. An assault may be committed without actually touching, or striking, or doing bodily harm, to the person or another*”.

Hukum Acara Pidana. Bunyi pasal 1 angka 30 sebagai berikut: *“Keluarga adalah mereka yang mempunyai hubungan darah sampai derajat tertentu atau hubungan perkawinan”*.

Pengertian rumah tangga atau keluarga hanya dimaksudkan untuk memberikan gambaran tentang apa yang menjadi objek pembicaraan tentang kekerasan dalam rumah tangga. Karena terjadinya kekerasan dalam sebuah rumah tangga sebenarnya bukan merupakan hal yang baru. Namun selama ini selalu dirahasiakan oleh keluarga, maupun korban sendiri. Budaya masyarakat ikut berperan dalam hal ini, karena tindak kekerasan apapun bentuknya yang terjadi dalam sebuah rumah tangga atau keluarga adalah merupakan masalah keluarga, di mana orang luar tidak boleh mengetahuinya. Apalagi ada anggapan bahwa hal tersebut merupakan aib keluarga dan harus ditutupi.

Berdasarkan pengertian kekerasan dan keluarga tersebut, maka istilah KDRT dapat diartikan sebagai tindak kekerasan yang bisa dilakukan oleh seorang pengasuh, orangtua, atau pasangan. KDRT dapat ditunjukkan dalam berbagai bentuk, di antaranya: Kekerasan fisik, penggunaan kekuatan fisik; kekerasan emosional, tindakan yang mencakup ancaman, kritik dan menjatuhkan yang terjadi terus menerus; kekerasan seksual, setiap aktivitas seksual yang dipaksakan; dan mengendalikan untuk memperoleh uang dan menggunakannya.

KDRT dapat juga diartikan setiap perbuatan terhadap anggota keluarga oleh anggota keluarga lainnya, yang berakibat munculnya kesengsaraan atau penderitaan fisik, seksual, psikologis, atau penelantaran rumah tangga, termasuk

ancaman untuk melakukan perbuatan, pemaksaan atau perampasan kemerdekaan dengan cara melawan hukum dalam bingkai kehidupan rumah tangga.<sup>83</sup>

Pada umumnya yang menjadi korban tindak KDRT ini adalah seorang perempuan (istri), akan tetapi dalam beberapa kasus seorang suami bisa juga menjadi korban kesewenangan seorang istri. Entah itu diakibatkan oleh perkawinan yang tidak “*kufu*”, atau karena perbedaan status yang begitu lebar di antara keduanya, perbedaan harta, harkat keturunan, atau bahkan status pekerjaan.

#### 1.2.3.1. Bentuk KDRT dalam Konsepsi Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga

Menurut UU PKDRT Tahun 2004, ada beberapa bentuk tindak KDRT yang lazim di masyarakat:

##### 1. Kekerasan Fisik

Kekerasan fisik dalam konsepsi Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga (selanjutnya disebut UU PDKRT Tahun 2004) adalah segala perbuatan yang bisa mengakibatkan rasa sakit, jatuh sakit atau luka berat.<sup>84</sup> Tindak kekerasan fisik bisa dipilah menjadi dua:

- a. Kekerasan fisik berat, berupa penganiayaan berat semisal menendang, memukul, menyudut, membunuh, mencoba membunuh dan berbagai perbuatan lain yang dapat mengakibatkan orang lain: cedera berat, tidak mampu menjalankan tugas sehari-hari, pingsan, luka berat pada tubuh

---

<sup>83</sup> Pasal 1 ayat (1) UU PDKRT Tahun 2004.

<sup>84</sup> Pasal 6.

korban atau luka lain yang sukar disembuhkan atau bisa menimbulkan kematian, kehilangan salah satu panca indera, cacat, lumpuh, terganggu daya pikir selama 4 minggu lebih, gugur atau matinya kandungan, dan kematian korban.

- b. Kekerasan fisik ringan, berupa menampar, menjambak, mendorong dan perbuatan lain yang bisa mengakibatkan: cedera ringan, rasa sakit dan luka fisik yang tidak masuk pada kategori berat

## 2. Kekerasan Psikis.

Kekerasan psikis dalam konsepsi UU PDKRT perbuatan yang dapat mengakibatkan ketakutan, kehilangan rasa percaya diri, kehilangan kemampuan untuk bertindak, rasa tidak berdaya, dan/ atau penderitaan psikis berat pada seseorang.<sup>85</sup>

Tindak kekerasan psikis bisa dibedakan menjadi dua:

- a. Kekerasan psikis berat, berupa tindakan pengendalian, eksploitasi, manipulasi, kesewenangan, penghinaan dan perendahan dalam bentuk pelarangan, pemaksaan dan isolasi sosial; tindakan atau ucapan yang menghina; penguntitan (pengawasan ketat); kekerasan dan atau ancaman fisik, seksual dan ekonomis; yang dapat bisa menimbulkan psikis berat.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Pasal 7.

<sup>86</sup> Penderitaan psikis berat yang ditimbulkan bisa berupa salah satu atau beberapa hal berikut:

- Gangguan tidur, makan atau ketergantungan obat atau disfungsi seksual yang salah satu atau kesemuanya berat (berlangsung lama/ *menahun*).
- Gangguan stress pasca trauma.
- Gangguan fungsi tubuh berat (seperti lumpuh atau buta tanpa indikasi medis).
- Depresi berat.
- Gangguan jiwa dalam bentuk hilangnya kontak dengan realitas seperti *skizofrenia* dan atau bentuk psikotik lainnya.
- Percobaan bunuh diri.



b. Kekerasan psikis ringan, berupa tindakan pengendalian, manipulasi, eksploitasi, kesewenangan, perendahan dan penghinaan dalam bentuk pelarangan, pemaksaan dan isolasi sosial; tindakan atau ucapan yang merendahkan atau menghina; penguntitan (pengawasan ekstra); ancaman kekerasan fisik, seksual dan ekonomis; yang masing-masing bisa mengakibatkan penderitaan psikis ringan.<sup>87</sup>

### 3. Kekerasan Seksual

Ada dua tindak kekerasan yang bisa digolongkan sebagai tindak kekerasan seksual dalam konsepsi UU PDKRT: *Pertama*, pemaksaan hubungan seksual yang dilakukan terhadap orang yang menetap dalam lingkup rumah tangga tersebut; *Kedua*, pemaksaan hubungan seksual bagi salah seorang dalam lingkup rumah tangganya dengan pihak lain untuk tujuan komersil dan/ atau tujuan tertentu.<sup>88</sup>

Tindak kekerasan seksual bisa dibedakan menjadi:

a. Kekerasan seksual berat.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Penderitaan psikis ringan yang ditimbulkan bisa berupa salah satu atau beberapa hal sebagai berikut:

- Ketakutan atau perasaan diteror.
- Hilangnya rasa percaya diri, rasa tidak berdaya, atau hilangnya kemampuan untuk bertindak.
- Gangguan tidur, makan atau disfungsi seksual.
- Gangguan fungsi tubuh ringan (misalnya sakit kepala, dan gangguan pencernaan tanpa indikasi medis).
- Fobia.

<sup>88</sup> Pasal 8.

<sup>89</sup> Kekerasan seksual berat berupa:

- Pelecehan seksual dengan kontak fisik: seperti meraba, menyentuh organ seksual, mencium secara paksa, merangkul serta perbuatan lain yang menimbulkan rasa muak/ jijik, terteror, terhina dan merasa dikendalikan;
- Pemaksaan hubungan seksual tanpa persetujuan korban atau pada saat korban tidak menghendaki;
- Pemaksaan hubungan seksual dengan cara tidak disukai, merendahkan atau menyakitkan;
- Pemaksaan hubungan seksual dengan orang lain untuk tujuan pelacuran atau tujuan tertentu;
- Terjadinya hubungan seksual di mana pelaku memanfaatkan posisi ketergantungan korban yang seharusnya dilindungi;

- b. Kekerasan seksual ringan, berupa pelecehan seksual secara verbal seperti komentar verbal, gurauan porno, siulan, ejekan dan julukan; dan atau secara non verbal, seperti ekspresi wajah, gerakan tubuh, ataupun perbuatan lainnya yang meminta perhatian seksual yang tidak dikehendaki korban, bersifat melecehkan atau menghina korban.

#### 4. Kekerasan Ekonomi

Seorang kepala rumah tangga tidak boleh menganggap tidak ada atau menelantarkan orang yang ada dalam lingkungan rumah tangganya. Seseorang yang menurut hukum, baik karena perjanjian atau persetujuan yang berlaku, ia wajib memberikan kehidupan, perawatan atau pemeliharaan kepada orang tersebut. Ketika ini terjadi dalam lingkup rumah tangga, maka dalam konsepsi UU PDKRT hal ini ditasbihkan sebagai bentuk kekerasan ekonomi.<sup>90</sup>

Selanjutnya perbuatan yang dikategorikan sebagai penelantaran adalah setiap perbuatan yang dapat mengakibatkan ketergantungan finansial (ekonomi), baik itu dengan pembatasan/ pelarangan untuk bekerja yang layak di dalam atau di luar rumah, sehingga si korban berada di bawah pengendalian orang tersebut.<sup>91</sup>

Tindak kekerasan ekonomi ini bisa dibedakan menjadi dua:

- a. Kekerasan ekonomi berat, berupa tindakan eksploitasi, manipulasi atau pengendalian lewat sarana ekonomi.<sup>92</sup>

---

- Tindakan seksual dengan kekerasan fisik yang dapat menimbulkan sakit, luka atau cedera bagi pasangannya.

<sup>90</sup> Pasal 9 ayat (1) UU PDKRT.

<sup>91</sup> Pasal 9 ayat (2) UU PDKRT.

<sup>92</sup> Wujud kekerasan ekonomi berat bisa berupa:

- Memaksa korban bekerja dengan cara eksploitatif, termasuk pelacuran.
- Memaksa korban bekerja tapi menelantarkannya.

- b. Kekerasan ekonomi ringan, berupa melakukan upaya-upaya sengaja yang menjadikan korban tergantung atau tidak berdaya secara ekonomi atau tidak terpenuhi kebutuhan dasarnya.

#### 1.2.3.2. Bentuk KDRT Ringan yang Memungkinkan Mediasi Penal di Pengadilan Agama.

Sebagaimana dipaparkan sebelumnya, bahwa bentuk KDRT dalam konsepsi UU PKDRT bisa dibedakan menjadi empat: Kekerasan fisik, kekerasan psikis, kekerasan seksual dan kekerasan ekonomi atau penelantaran dalam rumah tangga (Pasal 5 UU PKDRT). Kekerasan-kekerasan tersebut bisa dipilah lagi menjadi dua; berat dan ringan.

Kajian disertasi ini penulis fokuskan pada KDRT yang tidak menimbulkan korban jiwa dan cedera berat (bukan termasuk kekerasan kategori berat). KDRT yang dimaksud di sini adalah KDRT ringan yang memungkinkan terjadinya mediasi penal melalui pengadilan agama, yakni kekerasan fisik ringan; psikis ringan; kekerasan seksual ringan; dan kekerasan ekonomi ringan.

Kekerasan fisik ringan bisa berupa tamparan, jambakan, dorongan, dan perbuatan lain yang mengakibatkan cedera ringan, rasa sakit, dan luka fisik yang tidak termasuk kategori berat.

Kekerasan psikis ringan bisa berupa tindakan pengendalian, manipulasi, eksploitasi, kesewenangan, perendahan, dan penghinaan dalam bentuk pemaksaan, pelarangan dan isolasi sosial; tindakan atau ucapan yang merendahkan, penguntitan

---

- Mengambil harta korban tanpa persetujuan dan sepengetahuan korban, merampas atau memanipulasi hartanya.

(pengawasan ekstra), ancaman kekerasan fisik, seksual dan ekonomi, yang masing-masing bisa mengakibatkan penderitaan psikis ringan, berupa satu atau beberapa hal berikut, yakni: Ketakutan atau perasaan diteror; Hilangnya rasa percaya diri, rasa tidak berdaya, atau hilangnya kemampuan untuk bertindak; Gangguan tidur, makan atau disfungsi seksual; Gangguan fungsi tubuh ringan (misalnya sakit kepala, dan gangguan pencernaan tanpa indikasi medis); Fobia.

Kekerasan seksual ringan bisa berupa: pelecehan seksual secara verbal misalnya komentar verbal, siulan, gurauan porno, ejekan dan julukan; dan atau secara nonverbal, misalnya ekspresi wajah, gerakan tubuh, atau perbuatan lain yang meminta perhatian seksual yang bersifat melecehkan, menghina korban dan tidak dikehendaki korban, Sedangkan kekerasan ekonomi ringan berupa: melakukan upaya sengaja yang menjadikan korban tidak terpenuhi kebutuhan dasarnya, hidup ketergantungan, atau tidak berdaya secara ekonomi.