

# **Reformasi Sistem Hukum Pencatatan Perkawinan Warga Muslim Dan Perlindungan Hukum Anak Dari Nikah Sirri**

**Dr. Amnawaty, S.H., M.H.**

Dosen Fakultas Hukum Universitas Lampung  
amnawaty@yahoo.com

**Ade Oktariatas K**

Mahasiswa Magister Hukum Universitas Lampung  
adeoktariatasky@outlook.com

## **Abstract**

*Portrait of the legal system for marriage registration and child protection. Whereas all regulations in the form of laws, such as the Marriage Law, Government Regulations, Civil Registration Laws, Regional Government Laws, Child Protection Laws, Compilation of Islamic Law and Decrees of the Minister of Religion in formulating legal marriages still refer to Article 2 paragraph (1) and paragraph (2) of the Marriage law. This means that children in marriage are not recorded not protected by the state. Post-Decision of the Constitutional Court No. 46 / PU-VIII / 2010 has protected the rights of children born of marriage not recorded, but the decision has not been followed by other regulations, so that the decision cannot be implemented. Islamic law fully protects the rights of these children, but does not become a positive law. As a result, there are impacts such as legal smuggling, legal neglect. It is necessary to reform the Muslim marriage registration legal system so that children born from Sirri marriages can be protected. The method offered is to build public legal awareness about the importance of marriage registration.*

**Key Words:** *Sirri Marriage, Law Protection, Recorded Marriage, Reformation*

## **Abstrak**

*Potret sistem hukum pencatatan perkawinan dan perlindungan anak. Bahwa seluruh peraturan baik dalam bentuk undang-undang, seperti UUP, Peraturan Pemerintah (PP), UU Pencatatan Sipil, UU Pemda, UU Perlindungan Anak, Kompilasi Hukum Islam dan SK Menteri Agama dalam merumuskan perkawinan yang sah tetap mengacu pada Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Perkawinan. Ini artinya anak pada perkawinan tidak dicatat tidak dilindungi negara.*

*Pasca Putusan MK No. 46/PU-VIII/ 2010 telah melindungi hak-hak anak yang lahir dari perkawinan tidak dicatat, akan tetapi putusan MK belum diikuti oleh peraturan lain sehingga putusan tersebut belum dapat diimplementasikan. Hukum Islam melindungi secara penuh hak anak-anak tersebut, tapi tidak menjadi hukum positif. Akibatnya timbullah dampak seperti penyelundupan hukum, pengabaian hukum. Perlu dilakukan reformasi sistem hukum pencatatan perkawinan warga muslim, agar anak-anak yang lahir dari perkawinan sirri dapat dilindungi. Cara yang ditawarkan adalah membangun kesadaran hukum masyarakat tentang pentingnya pencatatan perkawinan.*

**Kata Kunci:** *Nikah Sirri, Perlindungan Hukum, Pencatatan Perkawinan, Reformasi*

## Pendahuluan

Manusia ditempatkan pada keluhuran harkat dan martabatnya sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang Maha Esa dengan kesadaran untuk mengemban kodratnya sebagai makhluk pribadi dan makhluk sosial. Dengan Pancasila sebagai falsafah negara dan sila Kemanusiaan yang Adil dan Beradab manusia diakui dan diperlakukan sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan yang Maha Esa yang paling sempurna yang sama derajatnya sama hak dan kewajiban azasinya. Kemanusiaan yang adil dan beradab berarti menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan<sup>1</sup> Perkawinan<sup>2</sup> bila ditilik dari sudut hukum modern adalah sebuah peristiwa hukum. Perkawinan akan melahirkan tanggungjawab barudan akan timbul hak lain yang berhubungan dengan pihak ketiga.<sup>3</sup>

Pencatatan perkawinan bukanlah hal yang dilarang dalam perspektif Islam, tetapi proses pencatatan baik perkawinan maupun perceraian warga masyarakat janganlah dibuat sulit, baik birokrasi maupun biaya. Faktanya pencatatan perkawinan ini baik birokrasi maupun biayaterkadang memberatkan sebagian masyarakat.

Masalah dari sistem hukum pencatatan perkawinan Islam saat ini adalah perselisihan atau perbenturan tentang konsep perkawinan yang sah dan akibat hukumnya. Sahnya sebuah perkawinan menurut negara adalah bila sistem hukum agama dan dicatatkan.<sup>4</sup> Disisi lain hukum perkawinan Islam tidak mengharuskan pencatatan perkawinan (*living law*). Budaya hukum para aparat hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan hukum perkawinan yaitu PPN atau Pembantu Pegawai Pencatat Nikah (PPPN) dan hakim pengadilan agama berbeda dengan budaya hukum masyarakat. Aparat PPN dan Hakim Pengadilan Agama ber hukum dengan hukum undang-undang, sedangkan sebagian masyarakat ber hukum dengan hukum materiil Perkawinan Islam.

Permasalahan yang dibahas dalam konteks isu hukum terkait dalam penulisan iniyaitu bagaimanakah reformasi sistem hukum pencatatan perkawinan di Indonesia, serta bagaimana reformasi tersebut juga berdampak terhadap budaya hukum nasional yang ada. Implikasi isu hukum tersebut juga dikaitkan terhadap perlindungan anak dalam peristiwa nikah *sirri* yang saat ini masih terjadi dibeberapa kalangan masyarakat.

## Pembahasan

### 1. Reformasi Sistem Hukum Perkawinan dan Perlindungan anak.

#### a. Substansi atau Peraturan Hukum

---

<sup>1</sup> A. Heuken SJ. *et al*, *Ensiklopedi politik Pembangunan Pancasila*. Jakarta: Yayasan Cipta Loka Caraka, 1973, hlm. 218

<sup>2</sup> Perkawinan adalah istilah yang digunakan oleh Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974, Nikah adalah bahasa Alqur'an dari kata "naqaha". Kata nikah digunakan dalam UU Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan perkawinan, Talak dan Rujuk dan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954, sedangkan kata perkawinan digunakan oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.

<sup>3</sup> Misalnya perkawinan bagi pegawai negeri sipil akan menimbulkan hak isteri yang dibayarkan oleh negara dan hak atas asuransi kesehatan akibat perkawinan.

<sup>4</sup> UUP Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2), dan KHI Pasal 4 dan Pasal 5 mewajibkan pencatatan nikah, UU PNTR tidak mewajibkan, tetapi hanya melakukan pengawasan dan memberi sanksi denda bila terlambat melaporkan perceraian dan rujuk.

Realitas konstruksi substansi sistem hukum pencatatan perkawinan dalam rangka perlindungan anak *existing* adalah mengarah pada penciptaan peraturan dengan mengutamakan terpenuhi syarat dan prosedur yang ditetapkan negara. Temuan penelitian diketahui bahwa penciptaan peraturan atau pembuatan peraturan menggunakan pendekatan kekuasaan atau elitisme. Pendekatan elitisme ini telah mengabaikan nilai-nilai keadilan Islam. Pernyataan ini dapat dibuktikan dengan adanya ketentuan tentang persyaratan berpoligami yang ditentukan secara limitatif dalam PP 45 Tahun 1990. Perlindungan anak pada perkawinan tidak dicatat baru ada setelah Tahun 2012. Pada kasus perlindungan anak beberapa undang-undang seperti UUPA, UU Kesejahteraan Anak, Konvensi Hak Anak belum mengatur secara detail tentang perlindungan atas hak anak.

Hal ini dapat berdampak pada beberapa kasus pengabaian hukum tertulis oleh masyarakat. Sifat lain dari pembuatan peraturan bidang perkawinan adalah pendekatan dengan menggunakan aliran *legisme* atau positivistik dimana pendekatan pembuatan peraturan bidang perkawinan sarat dengan muatan syarat dan prosedural. Seperti persyaratan pencatatan perkawinan yang ditentukan oleh Kementerian Agama yang terdiri dari 14 langkah. Contoh lain seperti hasil temuan di lapangan untuk PNS yang akan berpoligami ditentukan atau diatur dengan Peraturan Pemerintah No.45 Tahun 1990. Peraturan tersebut mengatur secara limitatif persyaratan berpoligami. Temuan di lapangan diketahui PNS pejabat mengabaikan peraturan tersebut seperti yang dilakukan oleh AK seorang PNS dan guru besar di universitas X. Untuk kasus AK kasus poligaminya telah dibatalkan oleh Pengadilan Agama Tanjung Karang, tetapi faktanya perkawinan poligaminya tetap berlangsung hingga kini. Atau yang dilakukan oleh PNS mantan pejabat yang mengabaikan peraturan tentang PNS tersebut, tanpa sanksi administratif, PNS tersebut telah mengabaikan PP 45 tahun 1990.

Berpegang pada aliran *legisme* dalam pembuatan peraturan ada sisi positif dan ada sisi negatif. Sisi positif adanya kepastian hukum. Sisi negatif adalah yaitu hukum menjadi kaku, dan biasanya selalu tertinggal dengan perkembangan sosial budaya masyarakat. Selain itu, sifat unifikasi dari Pasal 2 ayat (1) dirasakan tidak berkeadilan Islam bila disandingkan dengan Pasal 2 ayat (2) yang mengakui Pluralitas masyarakat Indonesia, yang mayoritas muslim. Akibatnya sebagian masyarakat mengabaikan peraturan sistem hukum perkawinan. Di sisi lain pemegang peran (*role occupant*) tidak konsisten mengimplementasikan peraturan yang ada.

Sejalan dengan UUP tersebut, KHI sebuah kompilasi hukum Islam yang merupakan 19 hukum terapan di pengadilan agama pada Pasal 4 memberikan pengertian perkawinan sah adalah bila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UUP. Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 pengertian perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Definisi ini memberikan gambaran bahwa perkawinan adalah suatu ikatan dengan waktu yang kekal, bukan temporer. Selanjutnya Pasal 2 ayat (2) menyatakan

bahwa perkawinan dicatatkan menurut perundangan yang berlaku. Pasal ini diperjelas dalam KHI Pasal 5 ayat (1)<sup>5</sup>yaitu:

- (1) Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan *harus* dicatat.
- (2) Pencatatan perkawinan pada ayat (1) tersebut dilakukan oleh pejabat pencatat perkawinan sesuai undang-undang.

Pasal 5 ayat (1) KHI ini memperjelas bahwa perkawinan harus dicatatkan sesuai Undang-Undang No 22 Tahun 1946 jo UU No.32 Tahun 1954 tentang Pencatatan perkawinan, Talak, dan Rujuk selanjutnya disingkat (UU PNTR). KHI Pasal 5 tersebut diperjelas lagi dengan ketentuan KHI Pasal 6 yang isinya sebagai berikut:

1. Untuk memenuhi Pasal 5 KHI maka Perkawinan harus dilangsungkan *dihadapan* dan dibawah pengawasan pegawai pencatat perkawinan

Perkawinan yang dilangsungkan di luar pengawasan pegawai pencatat perkawinan tidak mempunyai kekuatan hukum.

Ketentuan KHI Pasal 5 dan KHI Pasal 6 ayat (2) tentang Perkawinan ini dengan tegas telah mematahkan konstruksi ketentuan UUP Pasal 2 ayat (1) dan ketentuan KHI Pasal 4 (1). Penyimpangan terhadap ketentuan UUP Pasal 2 ayat (2) dan KHI Pasal 5 dan Pasal 6 tersebut yang menimbulkan istilah hukum yaitu perkawinan secara agama, ada juga perkawinan yang tidak dicatat, dan perkawinan bawah tangan dan perkawinan *sirri*. Akan tetapi, dalam praktik tidak semua orang dapat menerima peraturan mengenai keharusan pencatatan perkawinan tersebut mengingat berdasarkan sejarah 20 hukum asli perkawinan yang telah turun temurun dilakukan sejak masa nabi Muhammad tidak gampang dihapus dengan pemberian pemahaman 20 hukum 20 positifistik. Paham 20 hukum Islam yang tidak tertulis yang hidup di masyarakat ini masih kental digunakan, karena dalam konsep Hukum Islam adalah sah bila Rukun Dan Syarat untuk menikah telah dipenuhi dan hal tersebut tidak pernah berubah sejak masa datangnya Islam: (1) harus ada mempelainya, laki-laki dan perempuan, (2) ada walinya untuk mempelai perempuan, (3) ada saksinya, dan (4) ada ijab kabulnya.

Untuk mempelai laki-laki syaratnya adalah laki-laki, Islam, tertentu, dan tidak mempunyai isteri 4 orang tidak ada penghalang perkawinan, harus ada wali, syarat wali adalah laki-laki, muslim, baliqh, dan berakal. Urutan yang berhak menjadi wali telah ditentukan dalam Alqur'an Surat An-Nisa ayat 32. Harus ada dua saksi dengan syarat saksinya dewasa, muslim, minimal 2 orang laki-laki, sehat jasmani dan rohani. Harus ada mahar seperti yang disebutkan dalam Alqur'an Surat Annisa:4. Syarat mahar harus yang halal dan toyib, halal barangnya dan halal mendapatkannya. Mahar boleh utang dan boleh tunai. Ada ijab 20 okum yaitu suatu akad penyerahan anak perempuan oleh walinya kepada mempelai laki-laki. Dalam hadis ditambahkan bahwa suatu perkawinan disunnahkan untuk diumumkan walaupun hanya dengan menyembelih seekor kambing.

Rukun dan syarat ini bila telah terpenuhi, dan larangan-larangan menikah tidak dilanggar, maka perkawinan tersebut adalah sah menurut hukum Islam. Perkawinan tersebut adalah sah menurut agama dan tidak ada perbuatan kriminal didalam perbuatan hukum tersebut dan negara sepantasnya memberi

---

<sup>5</sup> *ibid.* hlm.44

pengakuan normatif atas perbuatan hukum tersebut, akan tetapi dalam praktiknya negara tidak pernah mengakui perkawinan yang tidak dicatat.

Pernyataan bahwa perkawinan tersebut tidak berkekuatan hukum berdasarkan ketentuan UUP Pasal 2 ayat (2) dan KHI Pasal 5 dan 6 yang menyebutkan bahwa perkawinan yang tidak dicatat adalah Perkawinan tidak berkekuatan hukum (baca tidak sah). Akibat hukumnya menurut UUP Pasal 42 yang menyebutkan bahwa anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak dicatat adalah anak tidak sah.

Berpijak pada teori W. Menski bahwa hukum yang ideal untuk masyarakat yang plural adalah dengan mengadopsi tiga domain hukum yaitu etik, moral atau agama, masyarakat dan negara diresepsi untuk menjadi satu hukum yang ideal yang disebut dengan legal pluralism. Ketiga substansi Menski tersebut bila dihubungkan Pasal 2 UUP dan Pasal 4, 5, 6, 7 KHI, maka substansi pasal tersebut telah berisikan ketiga substansi tersebut hanya saja penggodokan substansi peraturan yang tidak mewakili hukum Islam seperti kehadiran penghulu KUA sebagai orang yang menyaksikan ijab kabul dan bila ia tidak hadir maka perkawinan menjadi tidak berkekuatan hukum. Dan tampak jelas kehendak negara begitu dominan dalam pembuatan peraturan KHI. Begitupun syarat berpoligami bagi laki-laki muslim dalam Islam syaratnya adalah mampu berlaku adil, akan tetapi syarat tersebut tidak disebutkan dalam PP No.10 tahun 1983 jo PP No.45 Tahun 1990 tentang PNS.

Dengan demikian UUP nomor 1 tahun 1974 dirumuskan atau di formulasikan berdasarkan kehendak DPR dan Pemerintah atau negara dan Menurut Menski dengan teori Pluralisme hukum mengatakan bahwa hukum yang ideal adalah ketika pada tahap formulasi dan eksekusi sebuah peraturan adalah hasil pertemuan dari tiga sistem hukum yang ada *state law, society, and ethic atau religion*. UUP dan KHI diharapkan diformulasikan dengan berpegang pada teori ini.

Pengkajian tentang pluralisme hukum dapat dilihat dari pendapat Werner Menski<sup>6</sup> tentang unsur *Triangular Concept of Legal Pluralism*, mengemukakan bahwa:

*"The inevitably plural nature of law was earlier subtly indicated through Chiba's concept of the "identity postulat" of every law. Thus model culminates in a rather hidden global concept of "legal culture" when Chiba writer:*

*"in so far as a legal culture is preserved, a "basic legal postulate for the people's cultural identity in law, " which I prefer to call the identity postulate of a legal culture, must be presupposed as functioning, it guides people in choosing how to reformulate the whole structure of their law, including, among other, the combination of indigenous law and transplanted law, in order to maintain their accommodation to changing circumstances".*

Jadi menurut Menski, sifat alami hukum yang plural adalah sesuatu yang tidak dapat diabaikan, dan banyaknya kerumitan yang ada hubungan dengan sifat plural hukum tersebut, lebih awal ditunjukkan melalui konsep yang dicetuskan oleh Chiba tentang *identity postulate* (postulat identitas dari setiap hukum). Selanjutnya model yang digunakan Thuis, mengerucut dalam satu

---

<sup>6</sup> Werner Menski, p.600-610, lihat juga Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Peradilan*, Vol.1, 2006, hlm. 186-194.

konsep global yang agak mengelompokkan konsep global tentang *legal culture*, ketika Chiba menulis, bahwa:<sup>7</sup>

“Sepanjang satu kultur hukum terpelihara, maka *a basic legal postulate for the people’s cultural identity in law*, (suatu dasar postulat hukum bagi identitas kultur rakyat di dalam hukum) yang lebih saya sukai untuk menamakannya sebagai *the identity postulate of a legal culture* (postulat identitas dari suatu kultur hukum), harus disyaratkan sebagai berfungsi. Hal itu akan memandu orang dalam memilih bagaimana untuk melakukan “reformasi” terhadap keseluruhan struktur hukum, mencakup, antara lain, kombinasi hukum asli (pribumi) dan hukum yang merupakan hasil cangkakan hukum asing, dalam rangka untuk memelihara akomodasi mereka untuk mampu mengubah keadaan dilingkungannya”.

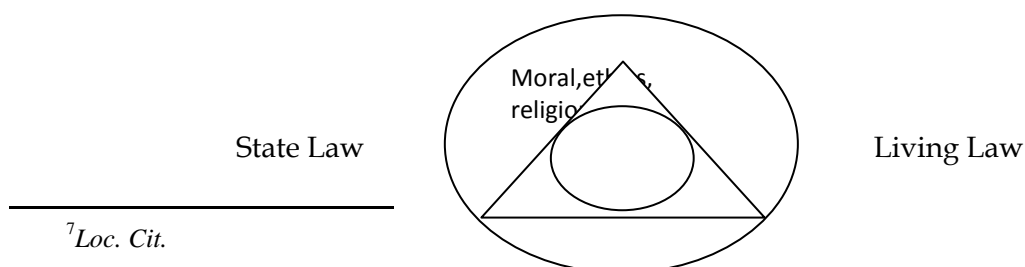
Selanjutnya dikemukakan, bahwa:

*This identity postulate as a constantly negotiated central element of a legal culture is at all times closely and directly linked to ethical values, social norms and posited state-made legal rules as facts of human life in their various culture specific manifestations. This means that law as a global phenomenon is only the same all over the world in that it is everywhere composed of the same basic constituents of ethical values, social norms and state-made rule, but appears in myriad culture-specific variations. This simply confirms the known basic premise that all laws are culture-specific and that legal matters like contract, marriage and murder are universal phenomena that seem to constantly change over time and space.*

“Postulat identitas” ini muncul sebagai pusat yang secara terus-menerus menegosiasikan elemen suatu kultur hukum secara terus menerus, mendekat dan secara langsung berhubungan pada nilai etis, norma-norma sosial dan aturan-aturan yang dibuat oleh pemerintah, sebagai fakta kehidupan manusia dalam berbagai penjelmaan spesifik kultur mereka. Ini berarti bahwa, hukum sebagai suatu fenomena global memiliki kesamaan di seluruh dunia, dalam arti bahwa di mana-mana hukum terdiri atas dasar nilai etis, norma-norma sosial, dan aturan-aturan yang dibuat oleh negara, meskipun tentu saja di dalam realitasnya, muncul banyak sekali variasi kultur yang lebih spesifik. Hal ini hanya mengkonfirmasi tentang “premis dasar” yang telah diketahui, bahwa semua hukum adalah kultur-spesifik dan bahwa di dalam berbagai bidang hukum seperti kontrak, perkawinan, dan pembunuhan adalah merupakan fenomena universal, yang tampak secara terus menerus berubah dari waktu ke waktu serta dari ruang/spasi ke ruang/spasi lain.

Werner Menski juga menggunakan 3 (Tiga) tipe pendekatan utama hukum, yaitu: (1) *State Law* (Hukum yang diciptakan negara); (2) *Living Law* (Hukum yang hidup dalam masyarakat); (3) *Nature Law* (Hukum alam atau hukum yang timbul melalui nilai, serta etika dan agama). Pendekatan di atas sebagaimana diagram berikut:

Ragaan 8. Teori Menski



<sup>7</sup>Loc. Cit.

Argumen yang sama juga kiranya dapat digunakan dalam melihat pluralisme hukum. Jika hukum dalam kemunculannya didasari pada adanya perbedaaneksistensinya yang mendahului essensinya<sup>8</sup>, maka pluralisme hukum merupakan keniscayaan, artinya munculnya perbedaan antara satu hukum dengan hukum yang lain merupakan kebenaran eksistensi, yaitu kebenaran yang merupakan sifat hakiki hukum itu sendiri.

Pada sentralisme hukum ini, kiranya pemikiran plural dalam hukum tidak memperoleh tempat dalam studi antropologi, artinya antropologi hukum dalam studinya lebih memusatkan perhatiannya pada keberadaan salah satu hukum saja dari satu golongan masyarakat, tanpa mau melihat pertemuan dengan hukum lainnya, padahal dalam antropologi *pluralism* hukum dimaknai oleh Griffiths sebagai adanya lebih dari satu tatanan hukum dalam suatu arena sosial (*by legal pluralism I mean the presence in a sosial field of more than one legal order*)<sup>9</sup> atau oleh Santos pluralisme hukum dimaknai sebagai suatu ide sistem hukum yang lebih dari satu dan beroperasi dalam satu unit politik (*legal pluralism concerns the idea that more than one legal system operate in a single political unit*)<sup>10</sup>.

Dengan demikian hukum agama menjadi terdesak dan termarginalkan dalam ranah kehidupannya. Rousco Pound sendiri sebagai tokoh yang terkenal dalam mengembangkan konsep hukum sebagai Rekayasa Sosial melihat sentralisme hukum sebagai suatu mitos, pandangan idealisme hukum serta merupakan klaim yang bersifat ilusi semata (*legal pluralism is the fact legal centralism is myth, an ideal a claim an illusion*)<sup>11</sup>

Adanya masyarakat yang hidup di perkotaan dan pedesaan, berbagai macam agama, suku bangsa dan etnis, sistem pemerintahan yang otoriter, demokrasi, sosialis/komunis sampai pada hukum sekuler dan hukum agama adalah merupakan fakta sosial yang keberadaannya tidak terbantahkan.<sup>12</sup>Perbedaan inilah yang menjadikan pluralisme hukum sebagai suatu paham memperoleh akar yang kuat dalam khasanah pemikiran dan ilmu pengetahuan karena ontologinya berpijak pada fakta dan realitas sosial yang sesungguhnya.<sup>13</sup>

Oleh karena itu, bila dihubungkan dengan pasal-pasal dalam UUP dan KHI tentang sah tidaknya perkawinan dan sah tidaknya anak-anak yang lahir dari perkawinan secara agama menurut penulis pasal tersebut sudah harus ditinjau ulang atau direformasi atau diperbaharui karena pasal yang ada saat ini bersifat monoisme yang bersumber dari produk hukum negara yang mengabaikan hukum yang hidup di masyarakat khususnya hukum Perkawinan Islam.

---

<sup>8</sup>Frase “eksistensi mendahului esensi” adalah frase yang terkenal dalam filsafat eksistensialisme, aliran filsafat yang dalam tulisan disertasi ini menjadi pegangan penulis dalam melihat keberadaan hukum, baik hukum negara maupun hukum lokal.

<sup>9</sup>Griffiths, *What Is Legal Pluralism* dalam Journal of legal pluralism and unofficial law number 24/1986, The foundation for Journal of legal pluralism, 1986, hlm. 24.

<sup>10</sup>Boaventura De Saousa Santos, *Toward A New Common Sense, Law, Science And Politics In The paradigmatic Transition*, New York : Routledge, 1995, hlm 114.

<sup>11</sup>*Ibid.* hlm. 4.

<sup>12</sup>*Loc. Cit.*

<sup>13</sup>*Ibid.* 87.

Pencatatan perkawinan penting tapi tidak dengan semena-mena menghilangkan satu hukum dan meninggikan hukum yang lain. Sebagai **contohposisi wali** dalam perkawinan Islam tidak bisa direndahkan statusnya, dan meninggikan posisi penghulu KUA sebagai orang yang harus hadir di majelis ijab kabul karena bila ia tidak hadir mengawasi maka sebuah perkawinan menjadi tidak berkekuatan hukum {Pasal 6 ayat (1) dan (2)}. Ini merupakan ironi hukum.

Uraian di atas bila di hubungkan dengan konsep hukum Satjipto Raharjo tentang hukum progresif yang bertujuan untuk membuat orang bahagia, memanusiakan manusia maka pilihannya adalah mereformasi substansi Pengertian Perkawinan sah dalam UUP, PP No. 9 Tahun 1975 KHI dan Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 jo PP No. 10 Tahun 1983 jo PP No.45 Tahun 1990 tentang PNS substansi persyaratan berpoligami, pengertian perkawinan yang sah dan KHI Pasal 5, 6, 7 tentang Dasar-Dasar Perkawinan, PP No.48 tahun 2014 tentang Biaya Perkawinan serta aturan hukum di bawahnya seperti peraturan atau keputusan menteri agama.

Kini Pasal 43 UUP telah dirubah redaksionalnya sehingga anak yang lahir dari perkawinan tidak dicatat secara hukum telah dilindungi hak-haknya. Akan tetapi, setelah Pasal 43 ayat (1) UUP di *judicial review* maka muncullah problema hukum baru dimana peraturan hukum yang senada dan setara dengan ketentuan UUP Pasal 43 ayat (1) baru tersebut belum dilakukan perubahan atau belum diharmonisasi, misalnya KHI masih menerapkan bahwa perkawinan tidak mempunyai akta perkawinan tidak mempunyai kekuatan hukum. Bahkan keterangan pemerintah dalam perkara *judicial review* Pasal 43 UUP mengatakan bahwa perkawinan tidak berakta perkawinan adalah perkawinan yang liar. Bukan hanya belum adanya harmoni antara peraturan hukum perkawinan dan Pasal 43 UUP baru, tetapi juga dalam praktik budaya hukum agama belum dapat menerima kehadiran Pasal 43 Baru UUP. Hakim agama dan penghulu KUA tetap berpegang teguh pada peraturan lain yang menunjang hakim untuk tetap berpegang pada aliran positivistik (*legal centralism*). Meskipun ia seorang hakim agama yang sepatutnya memepertimbangkan hal-hal yang berhubungan dengan agama Islam seperti yang disebutkan dalam UU Peradilan Agama Pasal 49 bahwa perkara yang ditangani hakim agama adalah perkara yang berhubungan dengan hukum Islam dan agama Islam, tetapi hakim agama tetaplah memegang teguh azas legalitas di bawah aliran positivistik (*legal centralism*), dan tidak ambil peduli dengan hukum Islam. Budaya hukum hakim agama adalah sebagai corong undang-undang.

## **2. Budaya Hukum Hakim Pengadilan Agama yang perlu direformasi.**

### **a. Reformasi Budaya hukum Hakim Agama yang Positivistik.**

Paham positivistik adalah sebuah paham atau aliran dalam sisitem hukum. faham ini dianut hampir semua negara didunia yang menitikberatkan pada hukum tertulis sebagai ciri-ciri negara hukum modern. Paham Postivistik meletakkan undang-undang atau keseluruhan aturan secara lengkap sehingga tugas aparat hukum hakim agama hanya menerapkan aturan secara mekanis dan linier untuk menangani persoalan hukum mayarakat sesuai bunyi undang-undang. Paham positistik hanya menempatkan aparat negara Hakim agama sebagai corong undang-undang, tidak memberi peluang pada hakim agama



untuk berbuat kreatif dengan berijtihad atau *rechtoinding* ketika menjatuhkan vonnis.

Dalam pandangan paham positivistik maka hukum adalah wilayah yang steril, ia tak boleh tercemar oleh moral, etik apalagi religion (keyakinan). Bahkan paham Kelsenian menolak hukum yang telah tercampuri oleh faktor-faktor non hukum seperti sosiologis, politik, ekonomi, historis. Dan lain-lain. Hukum adalah murni hukum yang berubah wujud menjadi ilmu yang mempelajari tentang "perintah penguasa". Oleh karena itu, dalam paham positivistik maka hakim (agama) tidak perlu memikirkan tentang hukum yang ideal (*das sollen*), melainkan cukup hanya berpegang pada norma hukum positif (*ius constitutum*)<sup>14</sup>

Ajaran positivistik meletakkan hakim agama sebagai corong undang-undang, dan menetapkan bahwa hakim agama hanyalah orang yang mengutamakan undang-undang atau norma tertulis, hakim agama mengesampingkan moral dan keadilan. Dan ajaran positivistik ini dipegang teguh oleh hakim agama dan aparat penegak hukum lainnya dalam menegakkan hukum.

Hal ini karena pengaruh dari penjajahan oleh Belanda selama tiga setengah abad. Seperti kita fahami Belanda dengan tradisi *civil law*-nya adalah negara yang sangat kental dengan hukum tertulis. Pengaruh tradisi *civil law* ini sangat terasa pada sistem hukum Indonesia yang semuanya harus tertulis syarat dengan prosedur, kaku dan sulit berubah, padahal basis hukum tersebut ada di tengah masyarakat seperti yang disampaikan Seidman bahwa hukum tidaklah berada di ruang hampa. Kelemahan sistem positivistik ini telah diuraikan di atas seperti pada kasus AK seorang guru besar di Bandar Lampung

Dengan sistem hukum yang kaku, syarat prosedur, mengabaikan moral dan keadilan dengan paham positivistik justru aparat hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan hukum perkawinan menimbulkan dua kutub yang saling berseberangan yaitu budaya hukum hakim agama di pengadilan agama berbeda dengan budaya hukum masyarakat. Aparat hakim agama pada pengadilan agama berhukum dengan hukum undang-undang, sedangkan masyarakat berhukum dengan hukum materil Perkawinan Islam berbasis moral dan keyakinan.

Di pengadilan agama penanganan terhadap kasus pengesahan anak seperti kasus Machicha Muchtar selama ini diketahui bahwa pengadilan agama sarat dengan prosedur, formalistis, kaku, dan lamban dalam memberikan putusan terhadap suatu perkara. Agaknya faktor tersebut tidak lepas dari cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Sepatutnya hakim mampu menjadi *the living interpretator* yang mampu menangkap semangat keadilan dalam masyarakat dan tidak terbelenggu oleh kekakuan normatif-prosedural yang ada dalam suatu peraturan perundang-undangan, karena hakim bukan lagi sekedar *la bouche de la loi* (corong undang-undang). Tentu saja hakim harus tunduk pada aliran positivistik, bila tidak mereka pun akan diperiksa oleh lembaga berwenang

Undang-Undang merupakan faktor yang cukup besar mempengaruhi hakim dalam pengambilan putusan. Undang-undang begitu besar memberikan pengaruh pada hakim, karena masih adanya perspektif bahwa hakim tidak

---

<sup>14</sup>Widodo Dwi Putro, *Kritik terhadap Positivisme Hukum*, Penerbit, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm.4

mempunyai kebebasan di dalam berijtihad (*rechtoinding*), sehingga pengadilan sering disebut sebagai corong undang-undang, mengakibatkan pengadilan tidak mempunyai otonom. Pandangan demikian sesuai teori bersendikan sejarah (*historical theory*) karena hukum yang terbentuk dalam undang-undang dianggap sebagai pokoknya suatu pernyataan dari hukum yang ada dulunya, undang-undang itu dipandang sebagai lanjutan dan perkembangan hukum yang ada sebelumnya.<sup>15</sup>

Undang-undang sendiri ada kelemahannya sebab begitu undang-undang dinyatakan berlaku pada saat yang bersamaan undang-undang tersebut sudah tertinggal dengan kebutuhan, sebab permasalahan masyarakat lebih cepat berkembang daripada hukum. Hukum berjalan seperti deret tambah dan kebutuhan hukum berjalan seperti deret ukur.

Sesuai dengan hasil wawancara dengan hakim Pengadilan Agama Jakarta Selatan, Yasardin<sup>16</sup> sebagai salah satu hakim yang memutus perkara Machicha Muhtar mereka para hakim agama memang tidak bisa keluar dari ranah hukum undang-undang dalam menerima, memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara. Menurut hakim agama adanya kepastian hukum juga akan terganggu.

Hasil wawancara menunjukkan bahwa hakim agama memperhatikan norma dalam pengertian bahwa norma sendiri adalah aturan tertulis yang terbuat dalam pasal undang-undang selanjutnya pada tahap pembuktian perkara anak Machicha akan dipertimbangkan pasal-pasal dalam UUP dan KHI. Informan (hakim agama) menerangkan bahwa hakim agama tidak mungkin keluar dari aturan dalam UUP dan KHI.

Berdasarkan uraian di atas maka penulis beranggapan perlunya sistem hukum sub budaya hukum hakim agama yang berpegang pada ajaran positivistik atau *legal centralism* ini di reformasi. Berpegang terlalu teguh pada prinsip ajaran ini bukan tanpa kelemahan, seperti beberapa kasus diuraikan di atas seperti kasus K dan AK yang telah membuat aturan hukum positif juga lemah / diabaikan pelaku. Atau terhadap kasus lain yang mengabaikan keadilan substantif.

#### b. Kendala pemahaman.

Hasil wawancara dengan mantan hakim konsitusi perkara MK No 46/PU-VIII/2010 mengatakan pemahaman hakim agama akan hukum juga mempengaruhi putusan hakim. Latar belakang pendidikannya latar belakang keluarga, asal wilayah akan mempengaruhi putusan sang hakim, Pendidikan yang minim dari pendidikan fakultas hukum mempengaruhi pemahaman hakim akan hukum, hakim agama umumnya berbasis pendidikan non hukum, sehingga pemaknaan hukum juga menjadi minim.

#### c. Faktor struktur organisasi

Hakim agama tidak dapat keluar dari pakem positivistik dikarenakan adanya pengawasan akan kinerja hakim oleh Badan Pengawas Hakim di bawah naungan Mahkamah Agung dan Pengawasan oleh Komisi Yudisial, sehingga mereka tidak dapat melakukan *rechtoinding*. Dengan uraian di atas maka dapat

<sup>15</sup>Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, diterjemahkan dan edisi diperluas oleh Muhammad Radjab, Jakarta, Barata, 1996, hlm 66.

<sup>16</sup>Wawancara tahun 2014 di pengadilan agama Jakarta Selatan

digambarkan dialektika antara konstruksi *existing* dan konstruksi ideal dalam ragaan berikut:

Tabel 7  
Dialektika Kondisi *existing* dan konstruksi Ideal sistem hukum pencatatan perkawinan

Konstruksi Ideal	Konstruksi <i>existing</i>
<p>A. Filosofi : Perlindungan Perempuan dan Anak</p> <p>B. Aliran :Positivistik</p> <p>C. Dasar Hukum</p> <p>Hendaknya negara dalam membuat peraturan mempertimbangkan bahwa pencatatan perkawinan bukanlah peristiwa hukum tetapi peristiwa penting sama seperti kematian dan kelahiran. Mengingat hal yang demikian maka peristiwa penting tidak dapat membatalkan peristiwa hukum. Oleh karena itu konstruksi ideal adalah sebagai berikut.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Peran penghulu KUA sesuai Pasal 6 ayat (1) mengharuskan perkawinan dilangsungkan dihadapan penghulu KUA dan di bawah pengawasan KUA dihilangkan.</li> <li>2. Pasal 6 ayat (2) mengatakan bahwa perkawinan yang tidak memenuhi ayat (1) adalah perkawinan tidak berkekuatan hukum atau perkawinan liar (istilah yang digunakan pemerintah dalam keterangannya terhadap hakim konsitusi perkara JR No.46/PU-VIII/2010)dipertimbangkan untuk ditiadakan.</li> <li>3. Pencatatan perkawinan yang menurut ketentuan KMA No.11/ 2007 adalah sebuah peraturan pencatatan perkawinan yang berasal dari elitisme, yang tidak memperhitungkan aspek non hukum. Oleh karena itu diharapkan negara merubah peraturan KMA No. 11 tahun</li> </ol>	<p>A. Filosofi Pencatatan: Perlindungan Perempuan dan anak.</p> <p>B. Aliran Positivistik</p> <p>C. Tentang Dasar hukum.</p> <p>Demi terjaminnya ketertiban masyarakat perkawinan harus dicatat. Tidak ada yang salah dalam redaksional pasal ini dalam filosofi perkawinan tujuan utama adalah perlindungan perempuan dan anak. Yang harus menjadi fokus adalah pencatatan bukanlah peristiwa hukum tetapi peristiwa penting (Bagir Manan) Sjekh Al Jalaad Al Haq dari Universitas Al Azhar mengatakan pentingnya pencatatan. Oleh karena itu, peristiwa penting tidak dapat membatalkan peristiwa hukum.</p> <p>Menurut hukum Islam Rukun dan Syarat menikah yaitu ada catin, ada wali ada saksi dan ada ijab kabul. Kehadiran dan keharusan penghulu hadir pada majelis ijab kabul bukanlah persyaratan dan rukun perkawinan islam. Dgn demikian isi Pasal 6 KHI yang mengatakan bahwa perkawinan yang tidak dihadiri dan diawasi oleh penghulu KUA adalah perkawinan tidak berkekuatan hukum (Pasal 6 ayat (2) adalah menciderai Rukun dan Syarat dalam perkawinan Islam.</p> <p><b>Dasar Hukum Poligami:</b> Diabaikan masyarakat oleh K oleh AK MN, pejabat di Lampung. Kelompok eksklusif mengabaikan dan kelompok masyarakat miskin.</p> <p>D. Status Akta Perkawinan: sebagai alat bukti satu-satunya di pengadilan agama (kasus MM) Alat bukti di pengadilan seperti yang ditetapkan oleh HIR 164 dan Rbg 283 yang berlaku berdasar Pasal 54</p>

<p>2007.</p> <p>4. Pemerintah melakukan perubahan dengan langkah merubah paradigma ah merubah model pencatatan dari gaya Elitisme menjadi gaya yang lebih progresif.</p> <p>5. Diharapkan membangun model pencatatan dengan berbasis budaya hukum yang berpegang pada kesadaran hukum masyarakat dalam mencatatkan perkawinan. Apabila model pencatatan berbasis kesadaran hukum dan budaya hukum ini terwujud maka otomatis hak-hak keperdataan anak-anak terlindungi.</p> <p>6. Putusan MK No. 46 /PU-VIII/2010 perlu peraturan tambahan pelaksanaan. Perlu sinkronisasi peraturan lainnya dengan putusan MK tersebut, sehingga tidak saling berbenturan.</p>	<p>Undang-Undang Peradilan Agama Nomor 3 Tahun 2006 bahwa alat bukti adalah (1) bukti tertulis, (2) saksi, (3) praduga, (4) sumpah, dan (5) pengakuan.</p> <p>E. Perlindungan anak. Pasal 43 baru belum sinkron dengan Pasal 42 UUP anak yang lahir dari perkawinan sah adalah anak sah. Pasal 99 (1) KHI Anak sah adalah anak yang lahir dari perkawinan yang sah. Ps 99 (2) hasil pembuahan suami isteri sah di luar rahim atau di dalam rahim isteri tersebut. Pasal 100 Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya.</p> <p>Putusan MK sudah mengkomodir rasa keadilan mmasyarakat tetapi belum dapat diimplementasikan dibuktikan dengan putusan PA Jakesel No.1241/Pdt-/2013</p>
---	--

d. Konsep Menurut Bagir Manan tentang Prinsip Dasar Perkawinan.

Konsep persyaratan perkawinan sesuai tafsir Pasal 2 UUP dari pakar Bagir Manan seperti diuraikan di atas maka persyaratan perkawinan pada Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) adalah Pasal 2 ayat (1) adalah sebuah peristiwa hukum dan Pasal 2 ayat (2) adalah peristiwa penting.

e. Konsep Perkawinan Sah Menurut Syekh Al Azhar, Al Jaad al Haq

Konsep perkawinan sah menurut syekh Al Azhar, Ali Jaad al Haq tentang al zawaj al-'urf<sup>17</sup> adalah sebuah perkawinan yang tidak dicatat sesuai peraturan perundangan. Syekh Jaad al Haq mengatakan ketentuan yang mengatur perkawinan menjadi dua yaitu:

1. Peraturan syara', yaitu peraturan yang menentukan sah atau tidak sahnya sebuah perkawinan. Oleh ulama besar ini, ketentuan-ketentuan tersebut dianggap sebagai unsur-unsur pembentuk bagi akad perkawinan. Apabila unsur-unsur pembentuknya seperti diatur dalam syariat Islam itu telah secara sempurna dapat dipenuhi, maka menurutnya, akad perkawinan itu secara syara' telah dianggap sah sehingga halal bergaul sebagaimana layaknya suami-istri yang sah, dan anak dari hubungan suami-istri itu sebagai anak yang sah.

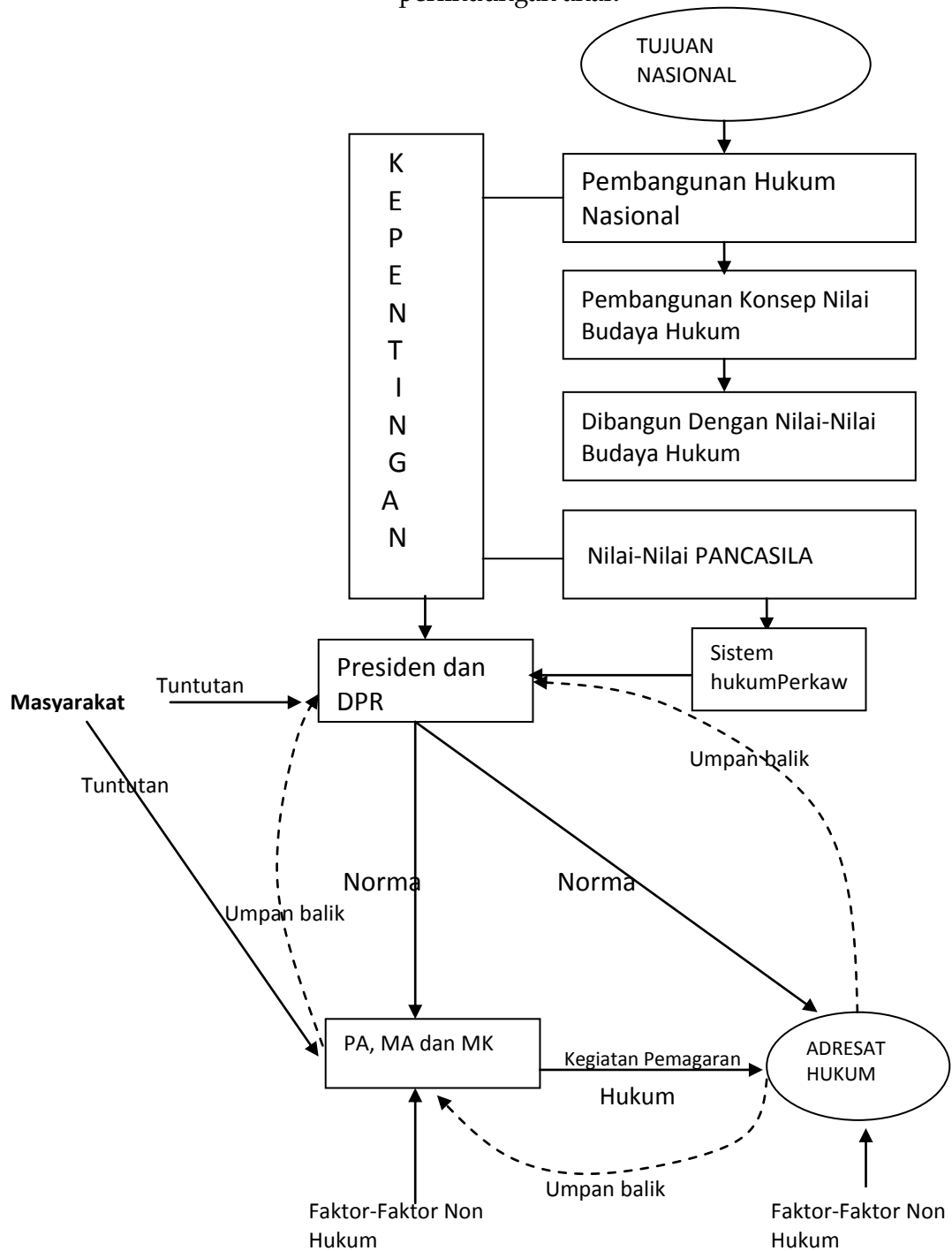
<sup>17</sup>Satria Effendi Zein, *Problematika Hukum Keluarga Kontemporer*. Jakarta, Kencana, 2004, hlm. 33

2. Peraturan yang bersifat *tawsiqy*, yaitu peraturan tambahan yang bermaksud agar perkawinan di kalangan umat Islam tidak liar, tetapi tercatat dengan memakai surat Akta Perkawinan secara resmi yang dikeluarkan oleh pihak yang berwenang.

Oleh karena itu pencatatan adalah keharusan, tetapi sistem mencatatkan perkawinan yang ada saat ini dapat menghalangi masyarakat mencatatkan perkawinannya. Di Indonesia masa Kolonial Belanda dilakukan model pencatatan yang tumbuh dari kesadaran masyarakat dan di tuangkan dalam Regeling Reglement No. 75, di negara jiran Malaysia pencatatan di serahkan kepada kesadaran hukum masyarakat. Negara hanya berperan sebagai regulator.

Berdasarkan dalil-dalil dari Teori Chambliss-Seidman, Konsep Pembangunan Sistem Hukum Nasional Barda Nawawi Arief, konsep hukum sjeikh Al Jalaad Al Haq dari Al Azhar, sistem pencatatan perkawinan negara Malaysia, maka sistem pencatatan dan sistem hukum perkawinan dapat dibangun sebuah model tentang Pembangunan Sistem Hukum Perkawinan di Indonesia sebagai berikut:

Rancangan Model Reformasi Sistem Hukum Perkawinan dalam rangka perlindungan anak



Keterangan:

1. Sistem hukum bersumber pada Tujuan Nasional sehingga sistem hukum nasional harus diarahkan pada pencapaian Tujuan Nasional tersebut melalui Pembangunan Hukum Nasional.
2. Pembangunan Hukum Nasional didasarkan pada Pembangunan Konsep Nilai dalam bentuk Pembangunan Budaya Hukum. Pembangunan Ilmu Hukum Nasional termasuk di dalam Pembangunan Budaya Hukum ini.
3. Pembentukan Budaya Hukum tersebut dibangun dengan cara meningkatkan kesadaran hukum masyarakat terhadap 1) Pengetahuan seluruh elemen masyarakat tentang hukum, 2) penghayatan terhadap hukum, 3) ketaatan seluruh elemen masyarakat terhadap hukum. Nilai-nilai kesadaran hukum dalam wujud konkret dapat dilihat pada nilai-nilai Pancasila sila kesatu.
4. Sistem Hukum di samping berdasar pada Tujuan Nasional, sistem hukum harus menjadikan Pancasila sebagai pegangannya.
5. Sistem hukum selanjutnya akan menentukan kualitas penegakan hukum yang dapat disamakan dengan bekerjanya hukum Chambliss-Seidman baik penegakan hukum "*in abstracto*" yaitu proses legislasi/formulasi/pembuatan peraturan-perundang-undangan (*law making*). Proses *law making* melalui *law making institutions* merupakan tahap awal yang sangat strategis dari proses penegakan hukum "*in concreto*" yang dilakukan oleh Pemegang Peran, yaitu masyarakat atau *addressat* hukum. Kesalahan/kelemahan pada tahap kebijakan legislasi/formulasi merupakan kesalahan strategis yang dapat menjadi penghambat upaya penegakan hukum "*in concreto*". Dalam hal tersebut peran penegak hukum harus kembali kepada makna filosofi dasarnya yaitu hukum untuk kepentingan manusia bukan sebaliknya. Hukum tidak ada untuk dirinya melainkan untuk sesuatu yang luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia, khususnya keadilan dan perlindungan HAM kaum perempuan.<sup>18</sup>
6. Dalam praktik legislasi, terlalu banyak produk legislatif yang bermasalah, sehingga tidak jarang suatu UU yang baru keluar sudah digugat (sebagai umpan balik) oleh masyarakat bahkan harus dicabut, diubah, diperbaiki, atau diamandemen. Seperti kasus Pasal 43 UU Perkawinan yang di *judicial review*.
7. Lembaga Pemagaran Hukum bertugas untuk mengawal, memagari, mereview sampai mencabut atau membatalkan peraturan perundang-undangan yang bermasalah. Lembaga yang berwenang untuk ini adalah Mahkamah Konstitusi (MK) dan/atau Mahkamah Agung (MA). Kedua lembaga ini harus memiliki sensitivitas terhadap fungsinya sebagai "*constitution guardian*", khususnya Mahkamah Konstitusi.

---

<sup>18</sup> Habib Shulton Asnawi, 2013, *Membongkar Positivisme Hukum Dalam Kuhp Perspektif Hukum Islam Upaya Menegakkan Keadilan Ham Kaum Perempuan Di Indonesia*, NIZHAM, Vol. 01. No. 01, Januari-Juni 2013, hlm.16

## Simpulan

Berdasarkan uraian pada bab-bab terdahulu maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut:

### 1. Potret Sistem Hukum Perkawinan.

Potret Substansi hukum perkawinan dan perlindungan anak seluruh peraturan baik dalam bentuk undang-undang, seperti UUP, Peraturan Pemerintah (PP), UU Pencatatan Sipil, UU Pemda, UU Perlindungan Anak, Kompilasi Hukum Islam dan SK Menteri Agama dalam merumuskan perkawinan yang sah tetap mengacu pada Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Perkawinan. Ini artinya anak pada perkawinan tidak dicatat tidak dilindungi negara. Sistem hukum perkawinan secara umum terutama sejak dikeluarkannya Putusan MK No. 46/PU-VIII/ 2010 telah melindungi hak-hak anak yang lahir dari perkawinan tidak dicatat, akan tetapi putusan MK belum diikuti oleh peraturan lain sehingga putusan tersebut dapat diimplementasikan. Hukum Islam melindungi secara penuh hak anak-anak tersebut, tapi tidak menjadi hukum positif. Akibatnya timbullah dampak seperti penyelundupan hukum, pengabaian hukum dll.

### 2. Faktor pendorong masyarakat tidak mencatatkan perkawinan. yaitu:

- (1) Faktor Peraturan pada ranah substansi
  - 1) Pasal 2 ayat (1) UUP merupakan peristiwa hukum ditawarkan untuk dipisahkan dengan Pasal 2 ayat (2) UUP sebagai peristiwa penting, sehingga tidak terjadi pembatalan perkawinan yang telah memenuhi Rukun dan Syarat Perkawinan Islam.
  - 2) Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 4 ayat (2) UUP tentang poligami warga muslim yang tidak berkeadilan Islam, dan Pasal 4 ayat (1) PP No.9 Tahun 1975 yang tidak berkeadilan Islam
  - 3) Pasal 6 ayat (1) telah memberikan peran pada penghulu KUA terlalu besar, bahwa setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan penghulu
  - 4) Peran yang terlalu besar diberikan negara pada penghulu KUA disebutkan pada Pasal 6 ayat (2) KHI bahwa perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan penghulu KUA tidak mempunyai kekuatan hukum
  - 5) Pasal 7 ayat (1) KHI bahwa perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta perkawinan yang dibuat oleh PPN, ketentuan ini telah menafikan Rukun dan Syarat menikah Islam, dan bertentangan dengan hukum acara di pengadilan agama yang mengakui alat bukti lain selain akta tertulis.
  - 6) Peraturan Prosedur dan Persyaratan Perkawinan pada KMA No.11 Tahun 2007 adalah syarat birokrasi dan memberatkan.

#### (2) Faktor Budaya Hukum Masyarakat.

Sebagian masyarakat ber hukum dengan hukum berdasarkan keyakinannya yaitu hukum perkawinan Islam, sedangkan bagi aparat seperti penghulu KUA dan hakim agama ber hukum dengan hukum positif. Keyakinan dimaksud bahwa mereka meyakini bahwa sepanjang tidak melanggar Rukun dan Syarat Perkawinan Islam maka perkawinan tersebut sah.

#### (3) Faktor Ekonomi masyarakat

Faktor ekonomi yang lemah menjadikan sebagian masyarakat tidak mencatatkan perkawinannya. Sedangkan bagi masyarakat yang secara ekonomi



mapan tidak mencatatkan perkawinan karena faktor "x" yang terkadang sulit dinalar. Bagi sebagian kelompok masyarakat dengan ekonomi mapan ini hukum bisa dibeli yaitu dengan mendapatkan akta perkawinan asli tapi palsu.

### **3. Reformasi Sistem Hukum Pencatatan Perkawinan dalam rangkaperlindungan anak.**

Reformasi sistem hukum pencatatan adalah :

(1) Pada ranah substansi yaitu:

- a) Pasal 2 ayat (1) UUP merupakan peristiwa hukum ditawarkan untuk dipisahkan dengan Pasal 2 ayat (2) UUP sebagai peristiwa penting, sehingga tidak terjadi pembatalan perkawinan yang telah memenuhi Rukun dan Syarat Perkawinan Islam sebagai peristiwa hukum oleh peristiwa penting karena tidak adanya pencatatan,
- b) Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 4 ayat (2) tentang poligami warga muslim yang tidak berkeadilan Islam, begitu juga Pasal 4 ayat (1) PP No.9 Tahun 1975 yang tidak berkeadilan Islam.
- c) Pasal 6 ayat (1) KHI telah memberikan peran pada penghulu terlalu besar karena peran itu seharusnya dilakukan oleh wali dan keluarga besar pihak-pihak yang akan menikah
- d) Peran yang terlalu besar juga terdapat pada Pasal 6 ayat (2) KHI yang menyebutkan bahwa perkawinan yang tidak dilangsungkan dihadapan penghulu KUA maka perkawinan tidak berkekuatan hukum,
- e) Pasal 7 ayat (1) KHI yang hanya mengakui alat bukti untuk perkawinan hanyalah akta perkawinan, maka ini telah menafikan Rukun dan Syarat menikah Islam, dan juga telah bertentangan dengan hukum acara di pengadilan agama yang menetapkan bahwa alat bukti tidak hanya akta tertulis, tetapi alat bukti lainnya

Reformasi dilakukan dengan berpegang pada tujuan pembangunan hukum nasional, berdasar pada budaya hukum masyarakat, berbasis nilai-nilai Pancasila. Dengan direformasinya sistem hukum pencatatan perkawinan ini diharapkan perlindungan hukum anak yang tertuang dalam Konvensi Hak Anak, UU Perlindungan Anak dan UU HAM dapat ditegakkan.

### **4. Rekomendasi**

Berdasarkan uraian pada bab terdahulu maka penulis merekomendasikan 2 hal dalam melakukan perlindungan terhadap anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat. Rekomendasi ini ditujukan pada lembaga pembuat hukum (Presiden+ DPR), untuk mereformasi peraturan agar anak pada perkawinan tidak dicatat dilindungi negara:

- (1) Mereformasi peraturan tentang sistem pencatatan perkawinan warga muslim dengan berpijak pada konsep bahwa Rukun dan Syarat menikah adalah peristiwa hukum yang mengesahkan perkawinan Islam dan pencatatan adalah peristiwa penting seperti peristiwa kelahiran dan kematian. Oleh karena itu perlu dibuat kebijakan yang dapat mendukung sistem pencatatan perkawinan berkeadilan Islam dan berlandaskan HAM. Dengan demikian memberi ruang dan tempat untuk memberi perlindungan hukum anak pada perkawinan tidak dicatat.
- (2) Melakukan perubahan paradigma negara bahwa pencatatan perkawinan adalah sebuah peristiwa penting, bukan peristiwa hukum, dalam kajian

ushul fikih maqosyid al syariah pencatatan adalah pemenuhun kebutuhan penting manusia. Oleh karena itu, pencatatan adalah hak warganegara bukan kewajiban warga negara, sama kedudukannya dengan peristiwa kematian dan kelahiran. Membangun kesadaran hukum masyarakat adalah tugas utama negara dan masyarakat

## Referensi

### 1. Buku-Buku

- A. Heuken SJ. *et al*, *Ensiklopedi politik Pembangunan Pancasila*. Jakarta: Yayasan Cipta Loka Caraka, 1973
- Azzam, Abdul Azis Muhammad dan Abdul Wahab Sayyed Wahhas, *Fiqih Munakahat*. 2009, Jakarta:
- Amanda Coffey, *Reconceptualizing Social Policy: Sociological Perspective on Contemporary Social Policy*, Open University Press, McGraw-Hill Education, Berkshire-England, 2004
- Amnawaty, *Hukum dan Hukum Islam*, Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2009.
- A. Strauss and J. Corbin, *Busir, Qualitative Research; Grounded Theory Procedure and Techniques*, London, Sage Publication, 1990
- Bogdan dan Biklen dalam Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1996
- Boaventura De Saousa Santos, *Toward A New Common Sense, Law, Science And Politics In The paradigmatic Transition*, New York : Routledge, 1995
- Donald Black, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York, 1976,
- HB Sutopo, *Metodologi Penelitian Kualitatif Bagian II*, Universitas Negeri Sebelas Maret Press, Surakarta, 1990
- H. Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat*. Bandung: Mandar Maju, 2003
- I Gede AB Wiranata, *Hukum Adat Indonesia dan Perkembangannya Dari Masa Ke Masa*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005
- Lawrence M. Friedman, *The legal System a Social Science Persepective*. New York: Russel Sage foundation, 1975
- Matthew B. Miles and A. Michael Huberman, *Analisis Data Kualitatif*, UI Press, Jakarta, 1992
- Robert K. Yin, *Studi Kasus, Desain dan Metode*, PT Radja Grafindo, Jakarta, 2006

Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, diterjemahkan dan edisi diperluas oleh Muhammad Radjab, Jakarta, Barata, 1996

Sanafiah Faisal, *Penelitian Kualitatif: Dasar-dasar & Aplikasinya*, Yayasan Asah Asih Asuh, Malang, 1990

Satria Effendi Zein, *Problematika Hukum Keluarga Kontemporer*. Jakarta, Kencana, 2004

Soetandyo Wignyosoebroto, *Perubahan Paradigma Dalam Ilmu Hukum Pada Masa Peralihan Milenium (dari Abad 20 ke Abad 21)*, Makalah Bahan Kuliah Program Doktor Ilmu Hukum, 2003

Suteki, 2008, *Reformasi Politik Hukum Tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial*, Disertasi, Semarang, Undip

Widodo Dwi Putro, *Kritik terhadap Positivisme Hukum*, Penerbit, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011

## **2. Peraturan Perundang-Undangan**

Undang-Undang No 22 Tahun 1946 jo UU No.32 Tahun 1954 tentang Pencatatan perkawinan, Talak, dan Rujuk

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama

Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam

Putusan MK No. 46 /PU-VIII/2010

Putusan Pengadilan Agama Jaksel No.1241/Pdt-/2013

## **3. Jurnal dan Website**

Griffiths, *What Is Legal Pluralism* dalam *Journal of legal pluralism and unofficial law* number 24/1986, *The foundation for Journal of legal pluralism*, 1986

Habib Shulton Asnawi, 2013, *Membongkar Positivisme Hukum Dalam Kuhp Perspektif Hukum Islam Upaya Menegakkan Keadilan Ham Kaum Perempuan Di Indonesia*, NIZHAM, Vol. 01. No. 01, Januari-Juni