

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Kajian Konsep dan Teori

1. Tradisi

a.) Definisi Tradisi

Upaya manusia dalam rangka memenuhi kebutuhan hidupnya tentu dengan mengandalkan kemampuan manusia sendiri untuk menjadikan alam sebagai obyek yang dapat dikelola untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Jadi dapat dikatakan bahwa kebudayaan tersebut lahir sesungguhnya diakibatkan oleh keinginan manusia untuk memenuhi kebutuhan hidupnya, dalam bentuk tingkah laku, pola hidup, perekonomian, pertanian, sistem kekerabatan, stratifikasi sosial, religi, mitos, dan sebagainya. Kesemua aspek tersebut yang kemudian harus dipenuhi oleh manusia akan melahirkan kebudayaan atau tradisi.

Tradisi adalah kesamaan benda material dan gagasan yang berasal dari masa lalu namun masih ada hingga kini dan belum dihancurkan atau dirusak. Namun demikian tradisi yang terjadi berulang-ulang bukanlah dilakukan secara kebetulan atau disengaja.⁸ Dari pemahaman tersebut maka apapun yang dilakukan

⁸ Piotr Sztompka, *Sosiologi Perubahan Sosial*, (Jakarta: Prenada Media Grup, 2007), hlm.

oleh manusia secara turun temurun dari setiap aspek kehidupannya yang merupakan upaya untuk meringankan hidup manusia dapat dikatakan sebagai “tradisi” yang berarti bahwa hal tersebut adalah menjadi bagian dari kebudayaan.

Secara termologi perkataan tradisi mengandung suatu pengertian yang tersembunyi tentang adanya kaitan masa lalu dengan masa kini. Ia menunjuk kepada sesuatu yang diwariskan oleh masa lalu tetapi masih berwujud dan berfungsi pada masa sekarang. Tradisi memperlihatkan bagaimana anggota masyarakat bertingkah laku, baik dalam kehidupan yang bersifat duniawi maupun terhadap hal yang gaib atau keagamaan.

b.) Macam-Macam Tradisi

Berikut ini adalah macam-macam tradisi yang masih berkembang di tengah-tengah masyarakat Indonesia dan masih dijaga keberadaannya:

1.) Tradisi Ritual Agama

Masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang majemuk, salah satu akibat dari kemajemukan tersebut adalah terdapat beranekaragam ritual keagamaan yang dilaksanakan dan dilestarikan oleh masing-masing pendukungnya. Ritual keagamaan tersebut mempunyai bentuk atau cara melestarikan serta maksud dan tujuan yang berbeda-beda antara kelompok masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lainnya.

Perbedaan ini disebabkan oleh adanya lingkungan tempat tinggal, adat, serta tradisi yang diwariskan secara turun temurun.

Agama-agama lokal atau agama primitif mempunyai ajaran-ajaran yang berbeda yaitu ajaran agama tersebut tidak dilakukan dalam bentuk tertulis tetapi dalam bentuk lisan sebagaimana terwujud dalam tradisi-tradisi atau upacara-upacara.⁹ Sistem ritual agama tersebut biasanya berlangsung secara berulang-ulang baik setiap hari, setiap musim, atau kadang-kadang saja.

2.) Tradisi Ritual Budaya

Orang Jawa di dalam kehidupannya penuh dengan upacara, baik upacara yang berkaitan dengan lingkaran hidup manusia sejak dari keberadaannya dalam perut ibu, lahir, kanak-kanak, remaja, sampai saat kematiannya, atau juga upacara-upacara yang berkaitan dengan aktifitas kehidupan sehari-hari dalam mencari nafkah, khususnya bagi para petani, pedagang, nelayan, dan upacara-upacara yang berhubungan dengan tempat tinggal, seperti membangun gedung untuk berbagai keperluan, membangun, dan meresmikan rumah tinggal, pindah rumah, dan sebagainya.

Upacara-upacara itu semula dilakukan dalam rangka untuk menangkal pengaruh buruk dari daya kekuatan gaib yang tidak

⁹ Suber Budhi Santoso, *Tradisi Lisan sebagai Sumber Informasi Kebudayaan dalam Analisa Kebudayaan*, (Jakarta: Depdikbud, 1989), h. 27

dikehendaki yang akan membahayakan bagi kelangsungan kehidupan manusia. Upacara ritual tersebut dilakukan dengan harapan pelaku upacara agar hidup senantiasa dalam keadaan selamat.¹⁰

c.) Fungsi Tradisi

Menurut Shils “Manusia tak mampu hidup tanpa tradisi meski mereka sering merasa tak puas terhadap tradisi mereka”.¹¹ Maka Shils menegaskan, suatu tradisi itu memiliki fungsi bagi masyarakat antara lain:

- 1.) Dalam bahasa klise dinyatakan, tradisi adalah kebijakan turun temurun. Tempatnya di dalam kesadaran, keyakinan norma dan nilai yang kita anut kini serta di dalam benda yang diciptakan di masa lalu. Tradisi pun menyediakan fragmen warisan historis yang kita pandang bermanfaat. Tradisi seperti onggokan gagasan dan material yang dapat digunakan orang dalam tindakan kini dan untuk membangun masa depan.
- 2.) Memberikan legitimasi terhadap pandangan hidup, keyakinan, pranat dan aturan yang sudah ada. Semuanya ini memerlukan pembenaran agar dapat mengikat anggotanya.
- 3.) Menyediakan simbol identitas kolektif yang meyakinkan, memperkuat loyalitas primordial terhadap bangsa, komunitas

¹⁰ Darori Amin, *Islam dan Kebudayaan Jawa*, (Yogyakarta: Gama Media, 2000), h.131

¹¹ Piotr Sztompka, *Sosiologi Perubahan Sosial*, (Jakarta: Prenada Media Grup, 2007), hlm.

dan kelompok. Tradisi daerah, kota dan komunitas lokal sama perannya yakni mengikat warga atau anggotanya dalam bidang tertentu.

4.) Membantu menyediakan tempat pelarian dari keluhan, kekecewaan dan ketidakpuasan kehidupan modern. Tradisi yang mengesankan masa lalu yang lebih bahagia menyediakan sumber pengganti kebanggaan bila masyarakat berada dalam krisis.¹²

2. Gender

a.) Definisi Gender

Gender dipahami sebagai suatu konsep mengenai peran laki-laki dan perempuan di suatu masa dan kultur tertentu yang dikonstruksi. Gender mengacu pada perempuan dan laki-laki yang dikonstruksi secara sosial. Peran tersebut dipelajari berubah dari waktu ke waktu dan beragam menurut budaya dan antar budaya.

Gender sebagai konsep yang mengacu pada peran dan tanggung jawab laki-laki dan perempuan yang terjadi akibat dari dan dapat berubah oleh keadaan sosial dan budaya masyarakat. Hal ini menunjukkan bahwa gender merupakan hasil bentukan ketentuan kehidupan bersosial dan bukan biologis.¹³

¹² *Ibid*, hlm. 75-76

¹³ Elfi Mu'awanah, *Menuju Kesetaraan Gender*, (Malang: Kutub Minar, 2006), h.9

Dengan kata lain gender secara umum digunakan untuk mengidentifikasi perbedaan laki-laki dan perempuan dari segi sosial budaya, yang berbeda dengan *sex* yang secara umum digunakan untuk membedakan laki-laki dan perempuan secara biologis.

b.) Keadilan dan Kesetaraan Gender

Keadilan gender adalah suatu perlakuan yang sesuai dengan hak dan kewajiban sebagai manusia yang bermartabat dalam keluarga dan masyarakat.¹⁴ Keadilan gender menonjolkan pentingnya kesetaraan hasil. Keadilan gender suatu proses untuk menjadi adil terhadap laki-laki dan perempuan.

Kesetaraan gender adalah kesamaan peluang dan kesempatan dalam bidang sosial, politik dan ekonomi antara laki-laki dan perempuan. Perempuan dan laki-laki adalah makhluk yang memiliki potensi sama. Kerja sama mereka dapat mempercepat kemajuan pembangunan di segala bidang. Contoh: pembangunan jembatan di desa akan cepat terlaksana apabila melibatkan perempuan dalam perencanaan, karena jumlah penduduk perempuan lebih banyak dan memberikan kesempatan kepada perempuan untuk berpartisipasi. Pembangunan sebaiknya memenuhi aspirasi dan kebutuhan laki-laki dan perempuan, misalnya: menyediakan fasilitas kesehatan dan tempat penitipan anak.¹⁵

¹⁴ Prof.Dr. Maidin Gultom, S.H., M.Hum, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dan Perempuan*, (Bandung: PT Rafika Aditama, 2013), h.80

¹⁵ *Ibid*, h.80

c.) Bentuk Ketidakadilan Gender

Perbedaan gender (*gender differences*) yang selanjutnya melahirkan peran gender (*gender role*) sesungguhnya tidak menimbulkan masalah, sehingga tidak perlu digugat. Jadi secara biologis (kodrat) kaum perempuan dengan organ reproduksinya bisa hamil, melahirkan dan menyusui dan kemudian mempunyai peran gender sebagai perawat, pengasuh dan pendidik anak, sesungguhnya tidak ada masalah dan tidak perlu digugat.

Akan tetapi, yang perlu digugat adalah struktur ketidakadilan yang ditimbulkan oleh 'peran gender' dan 'perbedaan gender' yang ternyata banyak ditemukan berbagai manifestasi ketidakadilan, seperti uraian berikut:

1.) Marginalisasi (pemiskinan ekonomi) terhadap kaum perempuan

Meskipun tidak setiap marginalisasi perempuan disebabkan oleh ketidakadilan gender, namun yang dipersoalkan disini adalah yang disebabkan oleh perbedaan gender. Misalnya, banyak perempuan desa tersingkirkan dan menjadi miskin akibat dari program pertanian Revolusi Hijau yang hanya memfokuskan pada petani laki-laki. Hal ini karena asumsinya adalah bahwa petani itu identik dengan laki-laki. Atas dasar itu banyak petani perempuan yang tergusur dari sawah dan

pertanian. Jadi yang dipermasalahkan adalah pemiskinan petani perempuan akibat dari bias gender.¹⁶

2.) Subordinasi

Dalam rumah tangga, masyarakat maupun Negara, banyak kebijakan dibuat tanpa menganggap penting kaum perempuan. Misalnya adanya anggapan tidak penting sekolah tinggi untuk kaum perempuan karena perempuan pada akhirnya akan melakukan pekerjaan dapur, adalah bentuk subordinasi yang dimaksudkan. Bentuk dan mekanisme dari subordinasi tersebut dari waktu ke waktu, tempat ke tempat berbeda.

Selama berabad-abad, atas alasan agama, kaum perempuan tidak boleh memimpin apapun, termasuk masalah keduniawian, tidak dipercaya untuk memberikan kesaksian bahkan tidak mendapatkan warisan. Timbulnya penafsiran yang demikian itulah yang dipersoalkan.¹⁷

3.) Pelabelan Negatif

Pelabelan negatif (*stereotype*) terhadap jenis kelamin tertentu yang mengakibatkan terjadinya diskriminasi serta berbagai ketidakadilan lainnya. Dalam masyarakat banyak sekali stereotipe yang dilabelkan kepada kaum perempuan yang

¹⁶ Mansour Fakih, dkk., *Membincang Feminisme Diskursus Gender Perspektif Islam*, (Surabaya: Risalah Gusti, 1996), h.45-47

¹⁷ *Ibid*, h.47

akibatnya membatasi, menyulitkan, dan memiskinkan kaum perempuan.¹⁸

4.) Kekerasan

Kekerasan (*violence*) terhadap jenis kelamin tertentu, umumnya perempuan, yang disebabkan perbedaan gender. Kekerasan disini mulai dari kekerasan fisik seperti pemerkosaan dan pemukulan, sampai pada kekerasan dalam bentuk halus seperti pelecehan seksual (*sexual harassment*) dan penciptaan ketergantungan.¹⁹

d.) Upaya Perlindungan terhadap Ketidakadilan Gender

Hukum pada dasarnya merupakan pencerminan dari HAM, sehingga hukum itu mengandung keadilan atau tidak, ditentukan oleh HAM yang dikandung dan diatur atau dijamin hukum itu. Hukum tidak lagi dilihat sebagai refleksi kekuasaan semata-mata, tetapi juga harus memancarkan perlindungan terhadap hak-hak warga negara.

Hukum yang berlandaskan nilai-nilai kemanusiaan mencerminkan norma-norma yang menghormati martabat manusia dan mengakui HAM. Norma-norma yang mengandung nilai-nilai luhur yang menjunjung tinggi martabat manusia dan menjamin HAM. HAM merupakan alat untuk memungkinkan warga

¹⁸ *Ibid*, h.48

¹⁹ *Ibid*, h.48

masyarakat dengan bebas mengembangkan bakatnya untuk penunai tugasnya dengan baik. Kemungkinan ini diselenggarakan oleh negara dengan jalan membentuk kaidah-kaidah atau peraturan-peraturan hukum, yang merupakan tugas penting negara. Kebebasan dijamin oleh negara demi kepentingan masyarakat.²⁰

Kaidah hukum yang memungkinkan anggota masyarakat mengembangkan bakatnya bermanfaat bagi perkembangan hukum dan tercapainya tertib hukum.

Bila diperhatikan dengan cermat, dari sekian banyak produk peraturan perundang-undangan tentang perlindungan terhadap perempuan dan anak, sudah selayaknya Negara Indonesia ini menempatkan perempuan pada prioritas untuk memperoleh perlindungan. Perlindungan itu baik dari segi yuridis maupun non-yuridis. Namun harapan itu sampai sekarang masih sebatas “harapan dalam mimpi”. Persolan-persoalan dan pelanggaran-pelanggaran terhadap hak-hak perempuan di Indonesia masih terus terjadi.²¹

Di dalam keluarga, seseorang belajar memegang peranan sebagai makhluk sosial yang memiliki norma-norma dan kecakapan tertentu di dalam pengalamannya dengan masyarakat lingkungannya. Pengalaman-pengalaman yang didapatnya di dalam keluarga turut pula menentukan cara-cara bertingkah laku. Apabila

²⁰ Prof.Dr. Maidin Gultom, S.H., M.Hum, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dan Perempuan*, (Bandung: PT Rafika Aditama, 2013), h.75

²¹ *Ibid*, h.75

hubungan dalam keluarga berlangsung secara tidak wajar ataupun kurang baik, maka kemungkinan pada umumnya, hubungan dengan masyarakat di sekitarnya akan berlangsung secara tidak wajar pula. Untuk itu, orang tua, keluarga, masyarakat dan negara harus secara bersama-sama memiliki komitmen yang kuat untuk memberikan perlindungan terhadap perempuan.

Mempertimbangkan bahwa menurut prinsip-prinsip yang dinyatakan dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, pengakuan terhadap martabat yang melekat, dan hak-hak yang sama dan tidak terpisahkan dari semua anggota umat manusia, merupakan dasar dari kebebasan, keadilan dan perdamaian di dunia. Setiap orang berhak atas semua hak dan tanpa pembedaan macam apapun seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik, atau asal usul, harta kekayaan atau status yang lain.²²

e.) Perkawinan dalam Perspektif Gender

Gender menurut HT Wilson adalah suatu dasar untuk menentukan pengaruh faktor suatu budaya dari kehidupan kolektif dalam membedakan laki-laki dan perempuan. Ia berpendapat bahwa tidak lebih dari sekedar pembedaan laki-laki dan perempuan dilihat dari konstruksi sosial budaya, tetapi menekankan gender sebagai konsep analisa yang dapat digunakan untuk menjelaskan sesuatu.

²² *Ibid*, h.76

Sementara itu, perempuan yang sudah menikah pada hakikatnya haruslah berdiam diri di rumah, mengerjakan semua pekerjaan rumah dan mematuhi perintah suami, jika seorang istri keluar rumah maka dia harus ditemani oleh mahromnya.

Jika aturan tersebut tetap diterapkan dimasa globalisasi yang semakin berkembang maka akan menjadi tidak sinkron terutama dalam perkawinan. Dengan adanya kesetaraan antara laki-laki dan perempuan dalam berbagai bidang kehidupan berarti membangun perspektif keadilan dan kesetaraan untuk menuju tatanan kehidupan bermasyarakat yang lebih baik dan demokratis.

Kebanyakan masyarakat dan sistem keagamaan, wanita yang sudah menikah tidak akan mendapatkan hak-hak independen mereka, karena sudah berkurang dengan hak seorang suami. Padahal perkawinan adalah kontrak suci antara dua insan yang sudah sama-sama disepakati, beberapa hal yang menunjukkan bias gender dalam perkawinan suami istri.²³

Pertama, anggapan laki-laki yang mempunyai hak lebih tinggi derajatnya dan lebih sempurna dibandingkan perempuan adalah kurang tepat karena derajat laki-laki tidak lepas dari tugas dan kewajiban dalam memberikan perlindungan dan nafkah pada keluarga. Jika seseorang laki-laki tidak bisa memenuhi kewajiban

²³ Mas Zain, *Gender dan Wanita dalam Perkawinan*, <http://artikel.ilmiahlengkap.blogspot.com/2012/12/gender-dan-wanita-dalam-perkawinan.html>, (3 Januari 2018)

tersebut sehingga seorang istri yang menjadi tulang punggung dalam keluarga maka kelebihan tersebut menjadi hak istri.

Kedua, ketaatan istri pada suami, hal ini memang sangat penting namun bukan berarti ketaatan tersebut bisa diartikan ketaatan tanpa batas. Misalkan saja dalam seks, suami tidak bisa begitu saja memaksa istrinya jika memang istri tidak mood atau sakit, dan istri tidak bisa diancam dengan mendapatkan laknat Allah karena dalam seks, istri juga mempunyai hak yang bisa dituntut pada suami dan pelaksanaannya juga sesuai dengan kesepakatan bersama.

Ketiga, larangan keluar rumah untuk mencari ilmu, sholat dimasjid atau melakukan kegiatan positif lainnya. Pada zaman rasul, dikhawatirkan akan membahayakan jika bepergian sendirian. Sementara zaman sekarang sudah berkembang dan banyak alat-alat canggih yang menjadai keamanan dan kenyamanan terjamin.

Keempat, anggapan bahwa perempuan adalah racun dunia atau tali jerat setan dan sejenisnya, hal ini sangatlah tidak tepat karena seorang perempuan adalah ibu umat manusia dan dari ibulah terlahir generasi muda penerus bangsa.

3. Hak Asasi Manusia (HAM)

a.) Pengertian dan Dasar Hukum HAM

Hak asasi manusia (HAM) sejatinya merupakan konsepsi kemanusiaan dan relasi sosial yang dilahirkan dari sejarah peradaban manusia diseluruh penjuru dunia. HAM juga bisa

dimaknai sebagai hasil perjuangan manusia untuk mempertahankan dan mencapai harkat kemanusiaannya, sebab hingga saat ini hanya konsepsi HAM yang terbukti paling mengakui dan menjamin harkat kemanusiaan. HAM juga merupakan puncak tertinggi penghargaan dan penghormatan seluruh umat manusia atas hak-hak dasar yang melekat pada setiap individu yang lahir dimuka bumi ini.²⁴

Hak asasi manusia adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Manusia memiliki hak tersebut bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat ataupun berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata karena martabatnya sebagai manusia.

Keberadaan hak asasi manusia menjelaskan bahwa setiap manusia memiliki kedudukan yang sama tanpa memandang warna kulit, ras, agama, bahasa, budaya dan kewarganegaraannya. Hak-hak yang dimiliki setiap manusia yang ia bawa sejak lahir juga tidak dapat dicabut (*inalienable*) sampai kapan pun dan oleh siapapun.

b.) Sejarah HAM

Berbicara tentang sejarah atau asal usul lahirnya HAM menjadi suatu perdebatan panjang, namun informasi awal yang ada bahwa sejak beberapa sebelum masehi orang sudah membicarakan tentang masalah HAM.²⁵ HAM sesungguhnya dapat dikatakan hampir sama

²⁴ Irfan Abubakar, dkk. *Modul Pelatihan : Agama dan Hak Asasi Manusia*, (Jakarta: CSRC UIN Syarif Hidayatullah, 2009), hlm.9

²⁵ Kurniati, *HAM Dalam Perspektif Syariah dan Deklarasi PBB, Studi Komperatif Dengan Pendekatan Metodologi Hukum Islam* (Makassar: Alauddin University Press, 2012), hlm.44.

tuanya dengan keberadaan manusia dimuka bumi ini, HAM memiliki sifat yang selalu melekat (*inherent*) pada diri setiap manusia. Eksistensinya tidak dapat dipisahkan dari sejarah kehidupan manusia.

Secara historis HAM mengalami pertumbuhan dan perkembangan sesuai dengan sejarah perkembangan kehidupan manusia. Hampir seluruh pemikiran yang berkembang membenarkan pendirian atau pandangan tentang persamaan kemanusiaan yang mengakui pentingnya pencitraan bagi manusia, yakni harkat dan martabatnya yang berkaitan dengan persamaan kedudukan, kemerdekaan dan kebebasan. Dalam berbuat dan bertindak, kebebasan berbuat dan bertindak seseorang dikendalikan atau batasi oleh hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku serta hak-hak orang lain.²⁶

Sejak dahulu hingga sekarang, perjuangan manusia untuk mempertahankan harkat dan martabatnya dari tindakan kesewenang-wenangan penguasa. Timbulnya keadaran manusia atas hak-haknya sebagai manusia menjadi salah satu faktor utama yang melatarbelakangi dan melahirkan gagasan yang kemudian dikenal dengan HAM. Ras, jenis kelamin, agama, bahasa, budaya dan lain-lain menjadi faktor atas eksistensi HAM pada diri manusia.

²⁶ Ambo Asse, *Hak Asasi Manusia Dalam Persepektif Nabi Saw* (Makassar: Alauddin University Press, 2012), hlm. 37.

c.) Prinsip-Prinsip HAM

Berbicara mengenai prinsip-prinsip HAM dalam konteks HAM internasional, ada beberapa prinsip yang telah menjiwai hak-hak asasi internasional. Prinsip tersebut ialah prinsip kesetaraan, prinsip diskriminasi dan prinsip kewajiban positif.

1.) Prinsip Kesetaraan

Kesetaraan mensyaratkan adanya perlakuan yang setara, di mana pada situasi sama harus diperlakukan dengan sama, dan dengan perdebatan, dimana pada situasi yang berbeda di perlakukan dengan berbeda pula. Masalah muncul ketika seseorang berasal dari posisi yang berbeda tapi diperlakukan secara sama. Jika perlakuan yang sama ini terus diberikan, maka tentu saja perbedaan ini akan terjadi terus menerus walaupun standar hak asasi manusia telah ditingkatkan. Karena itulah penting untuk mengambil langkah selanjutnya guna mencapai kesetaraan.

2.) Prinsip Diskriminasi

Pelanggaran terhadap diskriminasi adalah salah satu bagian penting dalam prinsip kesetaraan. Jika semua orang setara, maka seharusnya tidak ada perlakuan diskriminatif (selain tindakan afirmatif yang dilakukan untuk mencapai kesetaraan).²⁷

²⁷*Ibid*, hlm. 40

Hukum hak asasi manusia internasional telah memperluas alasan diskriminasi. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menyebutkan beberapa alasan diskriminasi antara lain ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau opini lainnya, nasional atau kebangsaan, kepemilikan atas suatu benda, kelahiran atau status lainnya. Semua itu merupakan alasan yang tidak terbatas dan semakin banyak pula instrumen yang memperluas alasan diskriminasi termasuk didalamnya orientasi seksual, umur dan cacat tubuh.

3.) Prinsip Kewajiban Positif

Prinsip kewajiban positif negara timbul sebagai konsekuensi logis dari adanya ketentuan menurut hukum HAM internasional bahwa individu adalah pihak yang memegang HAM (*right bearer*) sedangkan negara berposisi sebagai pemegang kewajiban (*duty bearer*) terhadap HAM, yaitu kewajiban untuk melindungi, menjamin, memenuhi HAM setiap individu. Menurut hukum internasional, kewajiban diatas merupakan kewajiban yang bersifat *erga omnes* atau kewajiban bagi seluruh negara jika menyangkut norma-norma HAM yang berkategori sebagai *jus cogens* (*peremptory norms*).²⁸

²⁸Andrey Sujakmoko, *Sejarah, Teori, Prinsip dan Kontroversi HAM* (Yogyakarta: PUSHAM-UII, 2009), h.10

d.) Pelanggaran HAM

Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM mengemukakan pengertian Pelanggaran Hak Asasi Manusia. Pelanggaran Hak Asasi Manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk juga aparat negara, yang baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara hukum mengurangi, membatasi, menghalangi dan mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh Undang-Undang dan tidak didapatkan atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang benar dan adil, yang didasarkan pada mekanisme hukum yang berlaku.²⁹

Dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia pasal 1 ayat (6) menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan pelanggaran Hak Asasi Manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh Undang-Undang ini, dan tidak mendapatkan, atau

²⁹ Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Jadi Pelanggaran Hak Asasi Manusia merupakan suatu perbuatan yang dilakukan oleh seseorang, kelompok, aparatur negara maupun aparatur lainnya yang dilakukan secara sengaja maupun tidak sengaja dan mengabaikan hak-hak fundamental seseorang yang mengakibatkan kerugian terhadap korbannya baik secara fisik maupun secara mental.

e.) Upaya Perlindungan HAM

Di dalam UUD 1945 secara jelas menyebutkan bahwa perlindungan, kemajuan, penegakan dan pemenuhan HAM adalah tanggung jawab negara, utamanya pemerintah (Pasal 28 I ayat (4)). Dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 juga menyebutkan hal yang sama yakni pemerintah mempunyai kewajiban dan tanggung jawab untuk menghormati, melindungi, menegakkan, memajukan HAM yang diatur dalam berbagai UU dan hukum internasional tentang HAM yang di terima oleh Indonesia.

Upaya yang dilakukan misalnya memastikan bahwa lembaga-lembaga negara dalam melaksanakan kewajibannya mengambil atau membuat kebijakan harus berdasarkan nilai-nilai HAM, melakukan tindakan-tindakan pemenuhan HAM, dan juga membentuk lembaga-lembaga khusus untuk memastikan penegakan HAM, misalnya

Komnas HAM, Komnas Perempuan, Komnas Perlindungan Anak Indonesia, dan lain-lain.³⁰

Jika terjadi pelanggaran HAM, maka negara dan perangkatnya harus melakukan langkah-langkah yang diperlukan untuk memastikan adanya pemulihan kepada korban. Dan untuk memastikan tidak ada pelanggaran HAM, lembaga-lembaga negara dan aparatus negara harus bertindak sesuai dengan kewenangannya berdasarkan Undang-Undang untuk menjamin pelaksanaan hak yang dijamin. Setiap bentuk pelanggaran atau pelanggaran hukum, pertanggung jawaban dapat dilakukan dengan mekanisme pengadilan.

f.) Perkawinan dalam Perspektif HAM

Sejarah perjuangan untuk mengukuhkan gagasan hak asasi manusia sudah dimulai sejak abad ke-13, yaitu sejak ditandatanganinya *Magna Charta* pada tahun 1215 oleh Raja John Locked. Setelah Perang Dunia ke-2 berakhir, sebuah deklarasi mengenai hak asasi manusia (HAM) disepakati di Paris pada tahun 1948, yang lebih dikenal sebagai Deklarasi Universal tentang Hak-Hak Asasi Manusia (DUHAM). Kemudian, deklarasi ini dipertegas kembali dengan dilahirkannya *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) yang dipengesahannya oleh Indonesia

³⁰Elsam (Lembaga Study dan Advokasi Masyarakat), *Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia*, <http://referensi.elsam.or.id/2014/09/perlindungan-hak-asasi-manusia-di-indonesia/>, (27 Desember 2017)

dilakukan melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 dan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) yang pengesahannya dilakukan melalui Undang-Undang No. 11 Tahun 2005.³¹

Mengenai perkawinan, disinggung dalam Pasal 16 DUHAM. Menurut Pasal ini, pria dan wanita yang sudah dewasa, tanpa dibatasi oleh kebangsaan, kewarganegaraan atau agama, berhak untuk menikah dan untuk membentuk keluarga. Keduanya mempunyai hak yang sama atas perkawinan, selama masa perkawinan dan pada saat perceraian. Syarat perkawinan hanya dilihat dari faktor persetujuan saja. Perkawinan hanya dapat dilakukan bila keduanya setuju tanpa syarat.

Menurut DUHAM, keluarga merupakan sebuah kesatuan alamiah dan fundamental dari masyarakat. Oleh sebab itu, hak ini harus mendapat perlindungan dari masyarakat dan negara.

DUHAM menegaskan bahwa pelaksanaan hak tersebut harus dilakukan tanpa pengecualian apapun, termasuk berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pendapat yang berlainan, kebangsaan atau kemasyarakatan, hak milik, kelahiran ataupun kedudukan lain. Demikian juga, pembedaan tidak boleh didasarkan atas dasar kedudukan politik, hukum atau

³¹ No Man's Land, *Tag Archives: Perkawinan dari Aspek HAM*, <https://bh4kt1.wordpress.com/tag/perkawinan-dari-aspek-ham/>, (15 Mei 2018)

kedudukan internasional dari negara atau daerah dari mana seseorang berasal, baik dari negara yang merdeka, yang berbentuk wilayah-wilayah perwalian, jajahan atau yang berada di bawah batasan kedaulatan yang lain.

Demikian juga dengan ICCPR (Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik) dan ICECSR (Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya). Dalam Pasal 23 ICCPR, disebutkan bahwa keluarga merupakan kesatuan masyarakat yang alamiah serta mendasar dan berhak mendapat perlindungan dari masyarakat dan negara. Setiap laki-laki dan wanita yang sudah dalam usia perkawinan berhak untuk melakukan perkawinan dan hak untuk membentuk keluarga harus diakui. Syarat mendasar bagi perkawinan adalah adanya persetujuan yang bebas dari para pihak yang menikah (jo. Pasal 10 ICESCR).

Dalam Pasal 1 angka 1 UU HAM, disebutkan bahwa Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan yang Maha Esa dan merupakan anugrah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Terkait dengan perkawinan, Pasal 28B UUD 1945 Amandemen (Perubahan kedua tahun 2000) menyatakan dengan tegas bahwa setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan

keturunan melalui perkawinan yang sah. Jaminan atas hak ini sebelumnya telah dipertegas oleh peraturan perundang-undangan di bawahnya, yaitu Pasal 10 ayat (1) UU HAM. Sementara, ayat (2) dari pasal ini mengatur tentang syarat sahnya suatu perkawinan, yaitu kehendak bebas calon suami atau istri yang bersangkutan, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

4. Hukum Positif

a.) Hukum Positif

Hukum positif disebut juga *ius constitutum* yang berarti kumpulan asas dan kaidah hukum tertulis yang pada saat ini sedang berlaku dan mengikat secara umum atau khusus dan ditegakkan oleh atau melalui pemerintah atau pengadilan dalam Negara Indonesia.³²

Ius constituendum lazim didefinisikan sebagai hukum yang diinginkan atau yang dicita-citakan, yaitu hukum yang telah didapati dalam rumusan-rumusan hukum tetapi belum berlaku: Berbagai rancangan peraturan perundang-undangan (RUU, RPP, R.Perda, dan lain-lain rancangan peraturan) adalah contoh-contoh dari *ius constituendum*.

Sumber hukum dapat diartikan sebagai-bahan yang digunakan sebagai dasar oleh pengadilan dalam memutus perkara. Sumber hukum diklasifikasikan kedalam dua bentuk yaitu sumber hukum

³² I.Gede Pantja Astawa, *Dinamika Hukum dan Ilmu Perundang-Undangan di Indonesia*.(Jakarta: PT. Alumni, 2008), h. 56

formil dan sumber hukum materiil. Sumber hukum formil menjadi determinan formil membentuk hukum (*formele determinanten van de rechtsvorming*), menentukan berlakunya hukum. Sedangkan sumber-sumber hukum materiil membentuk hukum (*materiele determinanten van de rechtsvorming*), menentukan isi dari hukum.

Sumber hukum formil adalah:

1.) Undang-Undang

Undang-undang adalah suatu peraturan yang mempunyai kekuatan hukum mengikat yang dipelihara oleh penguasa negara.

Undang-undang sering digunakan dalam 2 pengertian, yaitu Undang-undang dalam arti formal dan Undang-undang dalam arti material.³³ Undang-undang dalam arti formal adalah peraturan yang disebut undang-undang mengingat formalitas cara terjadinya. Undang-undang dalam arti formal ini biasanya cukup disebut sebagai undang-undang saja.

Undang-undang dalam arti material adalah peraturan yang disebut undang-undang mengingat isinya yang mengikat umum. Disini dikatakan “mengikat umum” sebab berbeda dengan suatu Surat Keputusan yang hanya mengikat orang atau orang-orang tertentu saja karena di dalamnya disebutkan nama atau nama-nama tertentu.

³³ *Ibid*, h.90

2.) Kebiasaan

Kebiasaan ialah perbuatan manusia mengenai hal tertentu yang tetap, dilakukan berulang-ulang dalam rangkaian perbuatan yang sama dan dalam waktu yang lama. Apabila suatu kebiasaan dari perbuatan manusia dilakukan secara tetap atau *ajeg* dan dilakukan berulang-ulang dalam waktu yang lama karena menimbulkan hak dan keharusan, atau karena mengandung larangan dan keharusan, atau diperbolehkan (perkenan), maka kebiasaan itu mempunyai kekuatan mengikat secara normatif.

Karena perbuatan dilakukan oleh orang banyak dan diulang-ulang untuk melakukan perbuatan yang sama, maka akan menimbulkan kesadaran atau keyakinan bahwa perbuatan itu memang patut yang seharusnya dilakukan. Perbuatan yang dirasakan patut dan diulang-ulang dalam waktu yang lama, itulah adat atau kebiasaan.³⁴

3.) Traktat

Traktat atau *treaty* atau perjanjian internasional dipergunakan sebagai sumber hukum dalam arti formal, karena itu harus memenuhi persyaratan tertentu untuk dapat dinamakan perjanjian internasional. Perjanjian internasional adalah

³⁴ Umar Said Sugiarto, S.H., M.S, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), h. 65

perjanjian yang diadakan antara subjek hukum internasional yang menimbulkan akibat hukum, atau perjanjian yang mengatur hubungan antara negara dan atau lembaga internasional yang bertujuan menimbulkan akibat hukum tertentu.³⁵

4.) Yurisprudensi

Yurisprudensi, berasal dari kata *jurisprudentia* (bahasa Latin) yang berarti “pengetahuan hukum” (*rechtsgeleerdheid*), dalam bahasa Inggris *jurisprudence* artinya ilmu hukum atau ajaran hukum umum atau teori hukum umum.

Dengan demikian, pengertian “yurisprudensi” sebagai sumber hukum formal adalah keputusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap yang diikuti atau dipergunakan oleh hakim berikutnya sebagai dasar hukum untuk memutus perkara yang serupa atau sama.³⁶

Yurisprudensi merupakan sumber hukum formal, karena didasarkan atas kenyataan bahwa sering terjadi dalam memutus perkara yang diperiksa oleh hakim tidak didasarkan pada hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup di dalam masyarakat, karena undang-undang yang ada sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat yang beradab.

³⁵ *Ibid*, h. 71

³⁶ *Ibid*, h.68

5.) Doktrin

Doktrin atau ajaran-ajaran atau pendapat-pendapat para ahli hukum/ sarjana hukum terkemuka dan berpengaruh, besar pengaruhnya terhadap hakim dalam mengambil putusan. Seringkali hakim dalam memutuskan perkara yang diperiksa, menyebut-nyebut pendapat sarjana hukum tertentu sebagai dasar pertimbangan. Doktrin atau pendapat para ahlu hukum yang digunakan hakim untuk menentukan hukumnya dalam memutus suatu perkara, disebut “doktrin hukum” yang telah menjadi *ius comminis opinio doctorum* sebagai sumber hukum formal.³⁷

Doktrin dapat menjadi sumber hukum formal setelah menjelma atau menjadi dasar putusan hakim. Doktrin atau ajaran atau pendapat para ahli hukum tidak hanya mempengaruhi hakim saja, tetapi juga mempengaruhi para aparat pelaksana atau penegak hukum yang lain.

Sumber hukum materiil adalah faktor-faktor yang menentukan kaidah hukum, tempat dari mana berasalnya isi hukum, atau faktor-faktor yang menentukan isi hukum yang berlaku. Faktor-faktor yang menentukan isi hukum dapat dikelompokkan atas faktor ideal (filosofis), faktor sejarah (historis) dan faktor kemasyarakatan (sosiologis).

³⁷ *Ibid*, h.73

- 1.) Faktor ideal (filosofis) adalah pedoman-pedoman hidup yang tetap mengenai nilai-nilai etika dan keadilan yang harus dipatuhi oleh para pembentuk undang-undang ataupun lembaga-lembaga pelaksana hukum dalam melaksanakan tugasnya.
- 2.) Faktor sejarah (historis) tempat hukum dari sejarah kehidupan, tumbuh dan berkembangnya suatu bangsa di masa lalu.
- 3.) Faktor kemasyarakatan (sosiologis), adalah hal-hal yang nyata hidup dalam masyarakat yang tunduk pada aturan-aturan tata kehidupan masyarakat. Sumber hukum formal, yang sudah ada sekarang ini dapat dijadikan bahan untuk menentukan isi hukum yang akan datang.

Di dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia yang berlaku saat ini (hukum positif), tidak ada yang mengatur tentang macam-macam lapangan hukum yang berlaku di Indonesia termasuk di dalam Undang-Undang Dasar 1945. Di dalam UUDS 1950 yang pernah berlaku di negara ini disebutkan adanya lapangan hukum yakni tercantum di dalam Pasal 102 dan 108.

Berdasarkan klasifikasi lapangan-lapangan hukum secara tradisional yang sudah dikenal di banyak tata hukum (hukum positif) di negara-negara Eropa yang menganut sistem hukum kontinental (*civil law sistem*) termasuk juga di negara Belanda dan jajahannya

(Hindia Belanda/ Indonesia) dikenal adanya lapangan-lapangan hukum berikut.³⁸

- 1.) Hukum pidana atau (*ius poenale/ strafrecht/ criminal law*) adalah keseluruhan peraturan atau norma hukum yang mengatur perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana karena melanggar peraturan pidana.;
- 2.) Hukum tata negara atau (*staatsrecht/ vervassungsrecht* atau *constitutional law/ droit constitutionel*) adalah keseluruhan peraturan atau norma hukum yang mengatur tentang dasar dan tujuan negara.;
- 3.) Hukum tata usaha negara (material) atau (*administratief recht/ verwaltungsrecht* atau *droit administratif/ administrative law*) adalah keseluruhan peraturan atau norma hukum yang mengatur tentang tata cara atau prosedur aparatur negara dalam melaksanakan tugas kewajiban penyelenggaraan pemerintahan dalam hubungannya dengan pelayanan terhadap masyarakat;
- 4.) Hukum internasional (*internationaal recht/ internationaal public recht* atau *international law/ droit international*) adalah keseluruhan peraturan atau norma hukum dan asas hukum yang mengatur hubungan antar negara dan atau lembaga internasional;

³⁸ *Ibid*, h.35-36

- 5.) Hukum acara (hukum formal) atau (*proces recht* atau *proces law*) adalah keseluruhan peraturan atau norma hukum yang mengatur bagaimana cara melaksanakan dan mempertahankan hukum material yang dilanggar;
- 6.) Hukum perdata (*privaatrecht/ burgerlijk recht/ private law*) adalah keseluruhan peraturan atau norma hukum yang mengatur hubungan hukum antara perseorangan dan atau badan hukum yang mengutamakan kepentingan pribadi atau individu.;
- 7.) Hukum dagang (*handelsrecht/ kommercial law*) adalah keseluruhan peraturan atau norma hukum yang mengatur hubungan antara perseorangan dan atau badan hukum di lapangan perdagangan atau bisnis.

b.) Perkawinan menurut Hukum Adat

Perkawinan dalam arti perikatan adat adalah perkawinan yang mempunyai akibat hukum terhadap hukum adat yang berlaku bagi masyarakat bersangkutan. Akibat hukum ini telah ada sejak sebelum perkawinan terjadi, yaitu misalnya dengan adanya hubungan pelamaran yang merupakan “*rasan sanak*” (hubungan anak-anak, bujang-*muli*) dan “*rasan tuha*” (hubungan antara orang tua keluarga dari para calon suami, istri).³⁹ Dengan demikian, menurut hukum adat perkawinan bisa merupakan urusan kerabat, keluarga,

³⁹ Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia*, (Bandung: Mandar Maju, 2007), h.8

persekutuan, martabat, bisa merupakan urusan pribadi, bergantung kepada tata-susunan masyarakat yang bersangkutan.

Pembahasan tentang subyek hukum perkawinan, pada dasarnya membicarakan mengenai siapa yang boleh melangsungkan perkawinan dengan siapa. Perkataan siapa mengandung arti bahwa yang dapat melangsungkan perkawinan itu hanyalah subyek hukum yang dinamakan pribadi kodrati. Tetapi, kiranya tidak setiap pribadi kodrati dapat melangsungkan perkawinan. Berikut adalah pribadi kodrati yang dapat melangsungkan perkawinan.⁴⁰

- 1.) Masyarakat Batak menganggap bahwa perkawinan ideal adalah perkawinan antara *orang-orang rumpal* ialah antara seorang laki-laki dengan anak perempuan saudara laki-laki ibunya. Dengan demikian, seorang laki-laki Batak, sangat pantang kawin dengan seorang wanita dari marganya sendiri dan juga dengan anak perempuan ayah.
- 2.) Pada masyarakat adat Lampung ditentukan siapa yang tidak dibolehkan untuk melangsungkan perkawinan, yaitu antara dua orang yang masih mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas maupun ke bawah, garis keturunan menyamping, dan antara dua orang yang masih berhubungan semenda.

⁴⁰ Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2008), hlm. 217

- 3.) Pada masyarakat Jawa, berlaku adat yang menentukan bahwa dua orang yang tidak boleh saling kawin apabila mereka saudara sekandung dan apabila mereka adalah misan.
- 4.) Dalam hal memilih jodoh, masyarakat Minahasa pada umumnya oleh adat diberikan kebebasan untuk menentukannya sendiri. Tetapi terdapat pembatasan, yaitu ada kewajiban bahwa seseorang harus melangsungkan perkawinan di luar famili.
- 5.) Pada masyarakat Bali, menurut adat lama yang amat dipengaruhi oleh sistem klen-klen (*dadia*) dan sistem kasta (*wangsa*) maka perkawinan itu sedapat mungkin dilakukan diantara warga seklen (*dadia*) atau setidak-tidaknya antara orang-orang yang dianggap sederajat dalam kasta (*wangsa*).

Proses pelaksanaan perkawinan harus sesuai dengan rukun dan syarat yang telah diatur menurut agama dan kepercayaan masing-masing. Akan tetapi dalam hukum adat terdapat asas-asas atau prinsip-prinsip dalam perkawinan yang merupakan hukum dasar atau sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat.

Adapun asas perkawinan adat yaitu:

1.) Tujuan Perkawinan

Tujuan dari perkawinan yang dilakukan, pada dasarnya adalah untuk memperoleh keturunan, yaitu anak. Begitu pentingnya hal keturunan (anak) ini, sehingga menimbulkan berbagai peristiwa hukum karena, misalnya, ketiadaan keturunan

(anak). Perceraian, poligami, dan pengangkatan anak merupakan beberapa peristiwa hukum yang terjadi karena alasan di dalam perkawinan itu tidak memperoleh keturunan. Tingginya frekuensi perceraian, poligami, dan pengangkatan anak yang dilakukan di dalam masyarakat mungkin merupakan akibat dari perkawinan yang tidak menghasilkan keturunan. Dengan demikian, apabila di dalam suatu perkawinan telah ada keturunan, maka tujuan perkawinan dianggap telah tercapai dan proses pelanjutan generasi dapat berjalan.⁴¹

Selain untuk mendapatkan keturunan, tujuan dari perkawinan ini yaitu untuk memperoleh nilai-nilai adat budaya dan kedamaian, dan untuk mempertahankan kewarisan.⁴²

Dengan demikian, tujuan perkawinan menurut hukum adat bukan hanya semata untuk membentuk keluarga yang kekal dan bahagia yang merupakan tujuan pribadi antara laki-laki dan perempuan, akan tetapi juga untuk kebahagiaan dua keluarga besar dan bahkan tetangga serta untuk mempertahankan hukum adat keluarga.

2.) Sahnya Perkawinan

Sahnya perkawinan menurut hukum adat bagi masyarakat hukum adat di Indonesia pada umumnya bagi penganut agama

⁴¹ *Ibid*, hlm. 250

⁴² Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia*, (Bandung: Mandar Maju, 2007), hlm. 22

tergantung pada agama yang dianut masyarakat adat bersangkutan.⁴³ Bagi mereka yang menganut agama Islam, maka sahnya perkawinan adalah melalui cara akad nikah, yaitu suatu ijab yang dilakukan oleh pihak wali mempelai perempuan yang kemudian diikuti dengan kabul dari calon suami.

Tetapi perlu diperhatikan bahwa upacara nikah menurut agama, pada dasarnya merupakan bagian dari keseluruhan upacara perkawinan itu. Dengan demikian sebelum atau sesudah nikah terdapat upacara perkawinan yang dilakukan menurut adat setempat. Kadang-kadang upacara nikah dilakukan pada tengah dari upacara perkawinan menurut adat setempat itu.⁴⁴

3.) Asas Monogami dan Poligami

Pada dasarnya, dalam masyarakat adat secara umum mengenal adanya asas monogami yaitu seorang laki-laki hanya menikah dengan satu perempuan. Akan tetapi dalam hukum adat dikenal adanya poligami yang terjadi pada raja-raja adat dahulu.⁴⁵

Meskipun dalam hukum adat mengenal adanya poligami sebagaimana yang terjadi pada raja terdahulu, akan tetapi hal tersebut tidak terjadi pada beberapa masyarakat adat di

⁴³ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005), hlm. 71

⁴⁴ Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2008), hlm. 231

⁴⁵ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005), hlm. 34

Indonesia. Saat ini masyarakat adat sudah mengedepankan asas monogami sebagaimana yang diatur di dalam UUP yaitu bahwa pada dasarnya seorang pria hanya boleh memiliki seorang isteri.

4.) Persetujuan

Menurut hukum adat, setiap pribadi yang sudah dewasa tidak bebas menyatakan kehendaknya untuk melakukan perkawinan, tanpa persetujuan orangtua atau kerabatnya.⁴⁶ Hal tersebut sejalan dengan ketentuan UUP yang mengatur bahwa setiap perkawinan yang dilakukan harus berdasarkan atas persetujuan calon mempelai. Di lingkungan masyarakat adat, perkawinan yang akan dilangsungkan dapat terjadi berdasarkan peminangan dan persetujuan orangtua/ wali/ kerabat kedua pihak.

Dengan demikian, dalam pelaksanaan perkawinan menurut hukum adat harus mendapatkan persetujuan dari orangtua serta keluarga besar. Karena pada dasarnya perkawinan bukan hanya perikatan antara laki-laki dan perempuan melainkan perikatan dua keluarga.

5.) Batas Usia

Hukum adat pada umumnya tidak mengatur tentang batas usia untuk melangsungkan perkawinan.⁴⁷ Hal mana berarti hukum adat membolehkan perkawinan semua umur. Akan

⁴⁶ *Ibid*, hlm. 43

⁴⁷ *Ibid*, hlm. 49

tetapi, hal tersebut tidak menutup kemungkinan menimbulkan perbedaan antara masyarakat adat *patrilinial*, *matrilinial*, dan *parental*. Hal tersebut dikarenakan laki-laki dan perempuan yang memiliki status sebagai seorang anak tidak memiliki wewenang untuk menentukan jodoh atau pendamping hidupnya.

Dengan demikian, berdasarkan ketentuan hukum adat bahwa batas usia bukanlah menjadi asas mutlak sebagai syarat melangsungkan perkawinan. Hal tersebut berbeda dengan ketentuan UUP yang menentukan batas usia minimal untuk melangsungkan perkawinan yaitu bagi pria yang telah berusia 19 tahun dan wanita berusia 16 tahun.

6.) Perjanjian Perkawinan

Perjanjian yang dilakukan sebelum atau pada waktu perkawinan berlaku dalam hukum adat, bukan saja antara kedua calon mempelai tetapi juga termasuk keluarga/ kerabat mereka. Hal ini menegaskan bahwa dalam hukum adat terdapat kebebasan kepada siapapun untuk melakukan perjanjian dalam perkawinan. Pada umumnya, perjanjian yang dibuat dalam hukum adat merupakan perjanjian lisan atau tidak tertulis, tetapi diumumkan di hadapan para anggota kerabat dan tetangga yang hadir dalam upacara perkawinan.⁴⁸

7.) Hak dan Kewajiban

⁴⁸ *Ibid*, hlm. 54

Menurut hukum adat, pada umumnya yang berlaku dalam masyarakat bangsa Indonesia, baik dalam masyarakat kekerabatan *bilateral* maupun *multilateral* (*patrilinial* dan *matrilinial*) ataupun yang beralih-alih, kewajiban untuk menegakkan keluarga atau rumah tangga bukan semata-mata menjadi kewajiban dan tanggung jawab dari suami isteri itu sendiri. Hal tersebut dikarenakan masih terdapat tanggung jawab dan kewajiban moral orang tua dan kerabat, walaupun sifatnya *immaterial* dan tidak langsung berupa perhatian dan pengawasan.⁴⁹

Dengan demikian hak dan kewajiban dalam membangun rumah tangga yang sesuai dengan tujuan hukum adat maupun hukum nasional bukan semata tanggung jawab suami isteri melainkan tanggung jawab dua keluarga. Selain itu, sebagai suami dan isteri keduanya memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk saling menghormati, cinta mencintai, dan setia.

c.) Perkawinan menurut Kitab Undang-Undang Perkawinan

Kata kawin dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, berarti membentuk keluarga dengan lawan jenis; bersuami atau beristri; menikah. Kata kawin cakupannya lebih umum daripada dengan kata nikah yang berarti ikatan (akad) perkawinan yang dilakukan sesuai dengan ketentuan hukum dan ajaran agama.

⁴⁹ *Ibid*, hlm. 104

Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 memberikan pengertian bahwa 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.

Pencantuman berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa adalah karena Negara Indonesia berdasarkan kepada Pancasila, yang sila pertamanya adalah Ketuhanan Yang Maha Esa. Sampai disini tegas dinyatakan bahwa perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan agama, kerohanian sehingga perkawinan bukan saja mempunyai unsur lahir/ jasmani tetapi juga memiliki unsur batin/ rohani.⁵⁰

Selanjutnya, dalam Pasal 2 Undang-Undang tersebut disebutkan bahwa perkawinan dianggap sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan para pihak. Setelah perkawinan dilakukan, perkawinan tersebut pun harus dicatatkan, dalam hal ini pencatatan di Kantor Urusan Agama (KUA) dan catatan sipil.

Pasal 6 UU Perkawinan menetapkan beberapa persyaratan untuk melakukan perkawinan, yaitu:

⁵⁰ Muhammad Idris Ramulyo, *Asas-Asas Hukum Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), hlm.43

- 1.) Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai
- 2.) Bila calon mempelai belum mencapai umur 21 tahun, maka ia harus mendapat izin kedua orangtua atau salah satunya bila salah satu orangtua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya. Apabila keduanya telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya, maka izin diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.
- 3.) Dalam hal ada perbedaan pendapat antara orang-orang yang disebut di atas atau salah seorang atau lebih diantara mereka tidak menyatakan pendapatnya, maka Pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang akan melangsungkan perkawinan atas permintaan orang tersebut dapat memberikan izin melakukan perkawinan.
- 4.) Ketentuan di atas tidak bertentangan atau tidak diatur lain oleh hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya yang bersangkutan.

Adapun asas-asas yang dapat disimpulkan dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 adalah:

- 1.) Asas kesepakatan (Bab II Pasal 6 ayat (1) UU No.1/ 1974), yaitu harus ada kata sepakat antara calon suami dan istri.
- 2.) Asas monogami (Pasal 3 ayat (1) UU No.1/1974), pada dasarnya seorang pria hanya boleh memiliki satu istri dan seorang wanita hanya boleh memiliki satu suami, namun ada pengecualian (Pasal 3 ayat (2) UU No.1/1974), dengan syarat-syarat yang diatur dalam Pasal 4-5 UU No.1/1974.
- 3.) Perkawinan bukan semata ikatan lahiriah, melainkan juga ikatan bathiniah.
- 4.) Keabsahan perkawinan harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh Undang-Undang (Pasal 2 UU No.1/1974)
- 5.) Perkawinan mempunyai akibat terhadap pribadi suami istri.
- 6.) Perkawinan mempunyai akibat terhadap anak/ keturunan dari perkawinan tersebut.
- 7.) Perkawinan mempunyai akibat terhadap harta suami dan istri tersebut.

Sementara, untuk larangan kawin, UU Perkawinan (Pasal 8) prinsipnya hanya melarang terjadinya perkawinan yang keduanya memiliki hubungan tertentu, baik hubungan sedarah, semenda, susuan atau hubungan-hubungan yang dilarang oleh agamanya atau peraturan lain.

UU Perkawinan memandang perkawinan tidak hanya dilihat dari aspek formal semata-mata, melainkan juga aspek agama.⁵¹ Aspek agama menetapkan tentang keabsahan suatu perkawinan, sedangkan aspek formalnya menyangkut aspek administratif, yaitu pencatatan perkawinan. Menurut UU Perkawinan, kedua aspek ini harus terpenuhi keduanya. Bila perkawinan hanya dilangsungkan menurut ketentuan Undang-Undang negara, tanpa memperhatikan unsur agama, perkawinan dianggap tidak sah. Sebaliknya, apabila perkawinan dilakukan hanya memperhatikan unsur agama saja, tanpa memperhatikan atau mengabaikan Undang-undang (hukum negara), maka perkawinan juga dianggap tidak sah.⁵²

d.) Perkawinan menurut KUH Perdata

Dalam KUH Perdata, tidak dijumpai sebuah pasal pun yang menyebut tentang pengertian dan tujuan perkawinan. Pasal 26 KUH Perdata hanya menyebut bahwa Undang-Undang memandang perkawinan dari sudut hubungannya dengan Hukum Perdata saja. Hal ini berarti bahwa peraturan-peraturan menurut hukum agama tidaklah penting selama tidak diatur dalam Hukum Perdata.

Perkawinan menurut agama tidak dilarang, tetapi pelaksanaannya hendaklah diselenggarakan sesudah dilakukan

⁵¹ Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2002), hlm. 61

⁵² Wahono Darmabrata, *Tinjauan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Beserta Undang-Undang dan Peraturan Pelaksananya*, (Jakarta: CV. Gitama Jaya, 2003), hlm. 102

perkawinan menurut Hukum Perdata. Pasal 81 KUH Perdata menegaskan bahwa tidak ada upacara keagamaan yang boleh diselenggarakan, sebelum kedua pihak membuktikan kepada pejabat agama mereka, bahwa perkawinan di hadapan pegawai pencatat sipil telah berlangsung.

Demikian juga dengan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) yang berlaku di Indonesia. Untuk melangsungkan sebuah perkawinan, hanya dibutuhkan dua macam syarat,⁵³ yaitu yang pertama adalah syarat materiil yang merupakan inti dalam melangsungkan perkawinan pada umumnya.

Syarat materiil mutlak yang merupakan syarat yang berkaitan dengan pribadi seseorang yang harus diindahkan untuk melangsungkan perkawinan pada umumnya. Syarat itu meliputi:

- 1.) Monogami, bahwa seseorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri, dan seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami (Pasal 27 KUHPerdata)
- 2.) Persetujuan dari calon suami dan isteri (Pasal 28 KUHPerdata)
- 3.) Interval 300 hari bagi seorang wanita yang pernah kawin dan ingin kawin kembali (Pasal 34 KUH Perdata)
- 4.) Harus ada izin dari orangtua atau wali bagi anak-anak yang belum dewasa dan belum pernah kawin (Pasal 35-Pasal 49 KUHPerdata).

⁵³ *Ibid*, hlm. 105

Syarat materiil relatif yaitu ketentuan ketentuan yang merupakan larangan bagi seseorang untuk kawin dengan orang tertentu, yang terdiri atas 3 macam:

- 1.) Larangan kawin dengan keluarga sedarah
- 2.) Larangan kawin karena zina
- 3.) Larangan kawin untuk memperbaharui perkawinan setelah adanya perceraian, jika belum lewat waktunya satu tahun.

Yang kedua adalah syarat formal, yaitu syarat yang harus dipenuhi sebelum perkawinan dilangsungkan mencakup pemberitahuan ke Pegawai Catatan Sipil (Pasal 50-51 KUHPerdara).

5. Hukum Islam

a.) Pengertian Hukum Islam

Istilah hukum Islam merupakan istilah khas di Indonesia, sebagai terjemahan dari *al-fiqh al-Islamy* atau dalam keadaan konteks tertentu dari *as-syari'ah al-Islamy*.⁵⁴ Dalam literatur hukum dalam Islam maupun dalam al-Qur'an tidak ditemukan lafadz hukum Islam. Yang ada di dalam al-Qur'an adalah kata syari'ah, fiqh, hukum Allah dan yang seakar dengannya.⁵⁵ Kata-kata hukum Islam merupakan terjemahan dari term "*Islamic Law*" dan literatur Barat.

⁵⁴ H. Zainuddin Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm. 1

⁵⁵ Mardani, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hlm.14

Adapun pengertian hukum Islam dalam makna hukum fiqh Islam, adalah hukum yang bersumber dan disalurkan dari hukum syariat Islam yang terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad, dikembangkan melalui ijtihad oleh para ulama atau ahli hukum Islam yang memenuhi syarat untuk berijtihad dengan cara-cara yang telah ditentukan.

Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan disalurkan dari hukum syariat Islam yang terdapat dalam al-Qur'an, Sunnah Rasulullah Saw., dan dikembangkan melalui ijtihad dari para ulama.⁵⁶

Berdasarkan pengertian hukum Islam tersebut di atas, dapatlah dijelaskan, bahwa hukum Islam bersumber dari wahyu Allah (al-Qur'an), Sunnah Rasul (Hadis), dan ijtihad para ulama. Dengan demikian, dapat dipahami, bahwa hukum Islam itu adalah hukum yang lebih tinggi bila dibandingkan dari hukum positif lainnya, seperti hukum pidana, hukum perdata, hukum agraria, sebab hukum ini bersumber dari akal budi (rasio) manusia. Sedangkan hukum Islam bersumber dari wahyu Allah Swt.. (al-Qur'an), hadis, dan ijtihad.⁵⁷

Hukum Islam secara garis besar mengenal dua sumber macam sumber hukum, pertama sumber hukum yang bersifat "naqliy" dan

⁵⁶ H. Ishaq, S.H., M. Hum, *Pengantar Hukum Indonesia (PHI)*, (Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2014), h. 307

⁵⁷ *Ibid*, h. 308

kedua sumber hukum yang bersifat “*aqliy*”. Sumber hukum *naqliy* ialah al-Quran dan hadis, sedangkan sumber hukum *aqliy* ialah usaha menemukan hukum dengan mengutamakan olah pikir dengan bergama metode yang digunakan.

Al-Qur’an merupakan sumber hukum Islam pertama dan yang paling utama. Memuat kaidah-kaidah hukum fundamental yang perlu dikaji dengan teliti dan dikembangkan lebih lanjut. Kata al-Qur’an berasal dari kata *qara’a* yang berarti membaca.

Kata *qara’a* berubah menjadi *iqra’* yang berarti bacalah, kemudian berubah lagi menjadi *quran* yang secara harfiah berarti bacaan atau sesuatu yang harus dibaca atau dipelajari. Makna perkataan sangat erat hubungannya dengan arti ayat al-Qur’an yang pertama diturunkan kepada Rasulullah Saw.⁵⁸ Al-Qur’an mempunyai tiga petunjuk bagi manusia:⁵⁹

Pertama, ajaran yang memberikan pengetahuan tentang struktur alam semesta dan posisi berbagai makhluk, termasuk manusia serta benda-benda yang ada di jagad raya ini. Berisi segala pelajaran yang diperlukan manusia untuk mengetahui siapa dirinya, dimana ia berada, serta kemana ia akan pergi. Berisi tentang iman atau keyakinan, syariah atau hukum, akhlak atau moral yang perlu dipedomani manusia dalam kehidupan sehari-hari.

⁵⁸ Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam : Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2013.), h. 79.

⁵⁹ *Ibid*, h.79-82

Kedua, al-Qur'an berisi petunjuk yang mempunyai sejarah manusia, rakyat biasa, raja-raja, orang-orang suci, para nabi sepanjang zaman dan segala cobaan yang menimpa mereka. Meskipun petunjuk ini berupa sejarah, sebenarnya ia ditujukan pada jiwa manusia.

Ketiga, al-Quran berisi sesuatu yang sulit untuk dijelaskan dalam bahasa biasa. Ayat-ayat al-Qur'an yang berasal dari firman Allah mengandung kekuatan yang berbeda dari apa yang dapat kita pelajari secara rasional. Ayat-ayat ini mempunyai kekuatan melindungi manusia.

Sunnah atau hadis adalah sumber hukum Islam kedua setelah al-Qur'an, berupa perkataan, perbuatan, dan sikap diam Rasulullah yang tercatat dalam kitab-kitab hadis. Hadis tersebut merupakan penafsiran serta penjelasan otentik tentang al-Qur'an.⁶⁰ Dasar sunnah (hadis) sebagai sumber hukum Islam telah dijelaskan dalam al-Qur'an pada Surah An-Nisa (4) ayat 59 dan Surah Hasyr (59) ayat 7. Adapun bunyi Surah An-Nisa (4): 59, yaitu:

... فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ...

Artinya: “Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al-Qur'an) dan Rasul (Sunnahnya),...” (QS An-Nisa (4): 59)

Kemudian bunyi Surah Hasyr (59):7, yaitu:

⁶⁰ *Ibid*, h. 100-101

... وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ ل فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَآ تَتَّهُوا ...

Artinya: “Apa yang diberikan Rasul kepadamu, maka terimalah, dan apa yang dilarangnya bagimu, maka tinggalkanlah...” (QS Hasyr (59):7).

Para ulama membagi ruang lingkup hukum Islam (*fiqh*) menjadi dua yaitu:⁶¹

1.) Ahkam al- Ibadat

Ahkam al-Ibadat, yaitu ketentuan-ketentuan atau hukum yang mengatur hubungan manusia dengan Tuhannya. *Ahkam al-Ibadat* ini dibedakan kepada *Ibadat Mahdla* dan *Ibadat Ghair Mahdla*. *Ibadat Mahdla* adalah jenis ibadah yang cara waktu atau tempatnya sudah ditentukan, seperti shalat, puasa, zakat, haji, nadzar dan sumpah. Sedangkan ibadah *ghair mahdla* adalah semua bentuk pengabdian kepada Allah Swt. dan setiap perkataan atau perbuatan yang memberikan manfaat kepada manusia pada umumnya, seperti berbuat baik kepada orang lain, tidak merugikan orang lain, dan memelihara kebersihan lingkungan, dan lain-lain.

2.) Ahkam Al-Mu'malat

Ahkam al-Mu'amalat, yaitu ketentuan-ketentuan atau hukum yang mengatur hubungan antar manusia (mahluk), yang terdiri dari:

⁶¹ Mardani, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, Cet I, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), h. 15

Ahkam al-ahwal al-syahsiyat (hukum orang dan keluarga), yaitu hukum tentang orang (subyek hukum) dan hukum keluarga, seperti hukum perkawinan.

Ahkam al-Madaniyat (Hukum Benda), yaitu hukum yang mengatur masalah yang berkaitan dengan benda, seperti jual beli, sewa menyewa, pinjam meminjam, penyelesaian harta warisan atau hukum kewarisan.

Al-ahkam al-Jinayat (Hukum Pidana Islam), yaitu hukum yang berhubungan dengan perbuatan yang dilarang atau tindak pidana (*delict, jarimah*) dan ancaman atau sanksi hukum bagi yang melanggarnya (*uqubat*).

Al-ahkam al-qadla wal al-Murafa'at (hukum acara), yaitu hukum yang berkaitan dengan acara di pengadilan (hukum formil).

Ahkam al-Dusturiyah (hukum tata Negara dan perundang-undangan), yaitu hukum yang berkaitan dengan masalah politik.

Ahkam al-dauliyah (hukum Internasional), yaitu hukum yang mengatur hubungan antar Negara, baik dalam keadaan damai maupun dalam keadaan perang.

Ahkam al-Iqtishadiyah wa al-Maliyah (Hukum Perekonomian dan moneter), yaitu hukum tentang perekonomian dan keuangan dalam suatu Negara dan antarnegara.

b.) Perkawinan menurut Hukum Islam

Perkawinan juga disebut pernikahan yang berasal dari bahasa Arab yaitu *nakaha* yang mempunyai arti mengumpulkan, saling memasukkan dan digunakan untuk arti bersetubuh (*wath'i*). Nikah menurut arti asli adalah hubungan seksual, tetapi menurut arti majazi atau arti hukum adalah akad (perjanjian) yang menjadikan halal hubungan seksual sebagai suami istri antara seorang pria dengan seorang wanita⁶². Kata *nakaha* banyak terdapat dalam Al-Qur'an dengan arti nikah atau kawin, seperti surat An-Nisa' ayat: 22

وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا
وَسَاءَ سَبِيلاً

Artinya: “Janganlah kamu menikahi perempuan yang telah pernah dinikahi oleh ayahmu kecuali apa yang telah berlalu.” (QS. An-Nisa': 22)

Sedangkan menurut istilah hukum Islam terdapat beberapa definisi, diantaranya:

الزَّوْجُ شَرْعًا هُوَ عَقْدٌ وَضَعَهُ الشَّارِعُ لِیُفَیِّدَ مَلَکَ اسْتِمْتَاعِ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ وَحَلَّ
اسْتِمْتَاعِ الْمَرْأَةِ بِالرَّجُلِ

Artinya: “Perkawinan menurut syara' yaitu akad yang ditetapkan syara' untuk membolehkan bersenang-senang antara laki-laki dengan perempuan dan menghalalkan bersenang-senangnya perempuan dengan laki-laki.”

⁶² Ramulyo Mohd Idris, *Hukum Perkawinan Islam*, (Jakarta: PT Bumi Aksara, 2002), hlm.

Sedangkan menurut Abu Yahya Zakariya Al-Anshari mendefinisikan.

النِّكَاحُ شَرْعًا عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ إِبَاحَةَ وَطْئِ بِلْفِظِ نِكَاحٍ أَوْ نَحْوِهِ

Artinya: “Nikah menurut istilah syara’ ialah akad yang mengandung ketentuan hukum kebolehan hubungan seksual dengan lafadz nikah atau dengan kata-kata yang semakna dengannya.”

Dari dua pengertian tersebut di atas dibuat hanya melihat dari satu segi saja, yaitu kebolehan hukum dalam hubungan antara seorang laki-laki dan seorang wanita yang semula dilarang menjadi halal⁶³.

Dalam hukum Islam hukum perkawinan ada lima yang semuanya dikembalikan pada calon suami istri, yang adakalanya hukum menjadi:

- 1.) Mubah (jaiz), sebagaimana asal hukumnya;
- 2.) Sunnah, bagi orang yang sudah mampu baik secara *dhahir* maupun secara *batin* (cukup mental dan ekonomi);
- 3.) Wajib, perkawinan hukumnya bisa menjadi wajib bagi mereka yang sudah mampu secara *dhahir* dan *batin* serta dikhawatirkan terjebak dalam perbuatan zina;
- 4.) Haram. Pernikahan bisa menjadi haram hukumnya bagi mereka yang berniat untuk menyakiti perempuan yang akan dinikahkan;

⁶³ Abdul Rahman Ghazali, *Fiqh Munakahat*, (Jakarta: Kencana, 2008), hlm.9

5.) Makruh, pernikahan bisa berubah menjadi makruh bagi mereka yang belum mampu memberi nafkah baik secara dhahir maupun batin.

Adapun syarat dalam pernikahan adalah merupakan dasar bagi sahnya perkawinan. Apabila syarat-syarat tersebut dipenuhi maka sah perkawinan itu dan menimbulkan adanya segala hak dan kewajiban sebagai suami istri.

Dalam hal hukum perkawinan, dalam menentukan mana yang rukun dan mana yang syarat terdapat perbedaan di kalangan ulama yang mana perbedaan tersebut tidak substansial. Perbedaan di antara pendapat tersebut disebabkan karena berbeda dalam melihat fokus perkawinan itu. Semua ulama sepakat dalam hal-hal yang terlibat dan harus ada dalam suatu perkawinan yaitu:⁶⁴

- 1.) Akad nikah,
- 2.) Mempelai laki-laki dan perempuan,
- 3.) Wali,
- 4.) Dua orang saksi, dan
- 5.) Mahar atau mas kawin.

Meskipun dalam pernikahan telah dipenuhi syarat dan rukun perkawinan, belum tentu perkawinan itu sah, karena pernikahan tersebut harus lepas dari segala hal yang menghalanginya dan

⁶⁴ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2007), hlm. 59

disebut juga larangan perkawinan. Sedangkan larangan perkawinan dalam pembahasan ini adalah orang-orang yang tidak boleh melakukan perkawinan.

Dalam kaitan dengan masalah perkawinan tersebut berdasarkan pada surat An-Nisa' ayat: 23, yaitu:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَاةٌ لِّأَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا رَّحِيمًا

Artinya: “Diharamkan atas kalian (menikahi) ibu-ibumu, anak-anakmu yang perempuan, saudara-saudaramu yang perempuan, saudara-saudara ayahmu yang perempuan, saudara-saudara ibumu yang perempuan, anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan, ibu-ibumu yang menyusui kamu, saudara-saudaramu sesusuan, ibu-ibu istrimu (mertua), anak-anak perempuan dari istrimu (anak tiri) yang dalam pemeliharaanmu dari istri yang telah kamu campuri, tetapi jika kamu belum campur dengan istrimu itu (dan sudah kamu cerai), maka tidak berdosa kamu (menikahnya), (dan diharamkan bagi kamu) istri-istri anak kandungmu (menantu), dan (diharamkan) mengumpulkan (dalam pernikahan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang sudah terjadi pada masa lampau. Sungguh Allah Maha Pengampun, Maha Penyayang.”

Menurut hukum syara' larangan pernikahan dalam Islam antara seorang laki-laki dan seorang perempuan dibagi menjadi dua yaitu larangan abadi atau selamanya dalam arti sempit kapan pun dan

dalam keadaan apapun laki-laki dan perempuan tidak boleh melakukan perkawinan yang disebut juga *Mahram Muabbad*.

Berdasarkan ayat di atas, wanita-wanita yang haram dinikahi untuk selamanya (*mahram muabbad*) karena pertalian nasab, yaitu:⁶⁵

- 1.) Ibu, perempuan yang ada hubungan darah dalam garis keturunan garis ke atas, yaitu ibu, nenek (baik dari pihak ayah maupun ibu)
- 2.) Anak perempuan, wanita yang mempunyai hubungan darah dalam garis lurus ke bawah, yaitu anak perempuan, cucu perempuan, baik dari anak laki-laki maupun dari anak perempuan dan seterusnya ke bawah
- 3.) Saudara perempuan, baik seayah seibu, seayah saja atau seibu saja
- 4.) Bibi, saudara perempuan ayah atau ibu, saudara sekandung ayah atau seibu dan seterusnya ke atas
- 5.) Kemenakan (keponakan) perempuan, yaitu anak perempuan saudara laki-laki atau saudara perempuan dan seterusnya ke bawah.

Kemudian yang kedua yaitu, larangan sementara waktu tertentu, jika suatu ketika bila keadaan dan waktu tertentu sudah berubah ia

⁶⁵ Tihami & Sahrani Sohari, *Fikih Munakahat Kajian Fikih Nikah Lengkap*, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hlm. 65

sudah tidak lagi menjadi haram dan pernikahan tersebut *mahram muaqqat* atau disebut juga *mahram ghairu muabbad*.

Mahram ghairu muabbad adalah larangan perkawinan yang berlaku untuk sementara waktu yang disebabkan oleh hal tertentu. Larangan perkawinan (*mahram ghairu muabbad*) itu berlaku dalam hal-hal tersebut dibawah ini:

- 1.) Menikahi dua orang saudara dalam satu masa
- 2.) Poligami di luar batas
- 3.) Larangan karena ikatan perkawinan
- 4.) Larangan karena talak tiga
- 5.) Larangan karena ihram
- 6.) Larangan karena perzinahan
- 7.) Larangan karena beda agama

Islam menganjurkan menikah karena mempunyai tujuan yang besar bagi pelakunya, diantaranya yaitu:

- 1.) Sesungguhnya naluri seks merupakan naluri yang kuat dan keras yang selamanya menuntut adanya jalan keluar. Bila mana jalan keluar tidak dapat memuaskan, maka banyak manusia yang mengalami goncangan dan kacau serta menerobos jalan yang jahat. Dan nikah merupakan jalan alami dan biologis yang paling baik dan sesuai untuk menyalurkan dan memuaskan naluri seks ini.

- 2.) Nikah jalan terbaik untuk membuat anak-anak menjadi mulia, memperbanyak keturunan, melestarikan hidup manusia serta memelihara nasab yang oleh Islam sangat diperhatikan.
- 3.) Menyadari tanggung jawabnya sebagai istri dan suami akan menimbulkan sikap yang sungguh-sungguh dalam memperkuat bakat. Ia akan cekatan bekerja, karena dorongan tanggung jawab dan memikul tanggung jawabnya.
- 4.) Pembagian tugas, dimana yang satu mengurus dan mengatur rumah tangga sedangkan yang lainnya berkerja mencari nafkah.
- 5.) Dengan perkawinan diantaranya dapat membuahkan tali kekeluargaan, memperteguh kelanggengan rasa cinta antara keluarga dan memperkuat tali kemasyarakatan.⁶⁶

B. Penelitian Terdahulu

Agar tidak terjadi kesamaan dengan penelitian-penelitian sebelumnya, maka penulis perlu mengadakan penelusuran terhadap hasil penelitian yang sebelumnya, diantaranya adalah:

Skripsi yang disusun oleh Ambar Rani Fauziah tahun 2015, UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta dengan judul “*Diskriminasi Gender dalam Ritual Sedekah Bumi (Analisis Gender Terhadap Partisipasi Perempuan Muslim di Dusun Dungun, Kabupaten Lamongan)*”.⁶⁷ Hasil yang diperoleh dari penelitian ini berupa ketidaksetaraan perempuan dalam partisipasi di Ritual

⁶⁶ Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, (Bandung: PT. Al Ma’arif, 2000), hlm. 21

⁶⁷ Ambar Rani Fauziah, “*Diskriminasi Gender dalam Ritual Sedekah Bumi (Analisis Gender terhadap Partisipasi Perempuan Muslim di Dusun Dungun, Kabupaten Lamongan)*” (Yogyakarta: UIN Sunan Kalijaga, 2015)

Sedekah Bumi. Metode pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode dokumentasi dan metode observasi. Sedangkan jenis penelitiannya adalah deskriptif yaitu penelitian yang menuturkan, menganalisis dan mengklasifikasi. Sedangkan analisis data yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan metode analisis yang bersifat realitas sosial dan tingkah laku manusia terhadap ritual sedekah bumi.

Skripsi yang disusun oleh Nasyarudin tahun 2006, UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta dengan judul "*Tinjauan Hukum Islam Terhadap Ketidakadilan Gender Dalam Peran Wanita*"⁶⁸. Hasil yang diperoleh dari penelitian ini berupa reposisi peran wanita dalam lingkup permasalahan ketidakadilan gender (seksualitas). Pendekatan penelitian ini menggunakan kajian *fiqiyah* yang didasarkan pada tema *maqasidu syariah* (tujuan pemberlakuan syariah). Metode pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode dokumentasi. Sedangkan jenis penelitiannya adalah deskriptif yaitu penelitian yang menuturkan, menganalisis, dan mengklasifikasi. Sedangkan analisis data yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan metode analisis tujuan pemberlakuan syariah.

Skripsi yang disusun oleh M.Soaleh J tahun 2017, UIN Alauddin Makassar dengan judul "*Perlindungan Hak Perempuan Terhadap Tes Keperawatan menurut HAM dan Hukum Islam*"⁶⁹. Hasil yang diperoleh dari penelitian ini ialah Tes Keperawatan sebagai bentuk pelanggaran HAM

⁶⁸ Nasyarudin, "*Tinjauan Hukum Islam Terhadap Ketidakadilan Gender Dalam Peran Wanita*". (Yogyakarta: UIN Sunan Kalijaga, 2006)

⁶⁹ M.Soaleh J, "*Perlindungan Hak Perempuan Terhadap Tes Keperawatan menurut HAM dan Hukum Islam*". (Makassar: UIN Alauddin, 2017)

dan Hukum Islam karena menjatuhkan martabat dan harga diri perempuan. Jenis penelitian yang digunakan yaitu *library research*. Pendekatan penelitian yaitu pendekatan teologi normatif (syar'i). Sedangkan analisis data yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan metode analisis kajian perlindungan hukum terhadap pelanggaran hak asasi manusia dengan status keperawanan pada perempuan.

Dari penelitian terdahulu yang dijabarkan di atas penelitian di sini penulis bukan melakukan suatu pengulangan dari penelitian yang telah ada sebelumnya. Penelitian yang penulis lakukan akan membahas secara detail tentang Tradisi Petekan Ngadas menurut perspektif gender, HAM, Hukum Islam, dan Hukum Positif. Perbedaan yang ada dalam penelitian ini dengan penelitian sebelumnya adalah terkait dengan fokus penelitiannya yaitu pada bagaimana pandangan gender, HAM, Hukum Islam, dan Hukum Positif dengan adanya tradisi petekan. Jadi secara langsung hasil penelitian yang dilakukan akan berbeda dengan hasil penelitian-penelitian sebelumnya.

C. Paradigma Penelitian

Peneliti mengambil keputusan berkaitan dengan pikiran yang muncul mengenai apa yang sedang dikaji, dengan siapa peneliti berbicara, kapan perlu melakukan observasi yang paling tepat, dan berapa jumlah dokumen yang perlu diteliti. Untuk menguji keabsahan data digunakan teknik triangulasi, khususnya triangulasi sumber, yakni dengan jalan membandingkan dan mengecek balik derajat kepercayaan suatu informasi dalam waktu dan dengan alat yang berbeda.

Paradigma merupakan akumulasi konsep, prinsip, serta nilai yang diterima suatu kelompok masyarakat guna memecahkan masalah maupun membuat keputusan. Pada sisi lain, paradigma juga dapat disikapi sebagai sistematika konsep yang bersifat terbuka, disusun dengan menggunakan perspektif dan pola pemikiran tertentu guna dijadikan kaidah dalam menyiasati realitas dan menurunkan pemahaman.

Keragaman karakteristik realitas, bentuk pemahaman, dan perspektif yang digunakan dalam memaknai realitas menyebabkan terdapatnya berbagai pengembangan metodologi penelitian.⁷⁰

Dalam suatu penelitian, seseorang peneliti senantiasa menggunakan cara pandang atau paradigma yang berbeda-beda. Oleh karena itu penelitian yang dilakukan ini berupaya untuk memahami bagaimana masyarakat memandang, menggambarkan, dan menjelaskan secara detail tata kehidupan mereka sendiri khususnya yang berkaitan dengan tradisi *petekan* yang mereka lakukan, maka paradigma yang digunakan dalam penelitian ini adalah paradigma naturalistik atau paradigma definisi sosial.

⁷⁰ Maryani, *Metode Penelitian Kebudayaan Cet. I* (Jakarta: PT Bumi Aksara, 2010), h.6