



I-Mazāhib

JURNAL PEMIKIRAN HUKUM

**TANGGUNG JAWAB PIDANA DOKTER DALAM KESALAHAN MEDIS
(ANALISIS HUKUM PUTUSAN KASASI NOMOR 365 K/Pid/2012)**

Hasrul Buamona

**ANALISIS KEBIJAKAN PEMBANGUNAN HUKUM NASIONAL
BERDASARKAN UU NO. 25 TAHUN 2004 TENTANG SISTEM
PERENCANAAN PEMBANGUNAN NASIONAL**

Abd. Halim

**METODE IJTIHAD DALAM HUKUM ISLAM:
STUDI PEMIKIRAN K.H. ALI YAFIE DAN H. M. ATHO' MUDZHAR**

M. Jazuli Amrullah

**TRANSBOUNDARY HAZE POLLUTION ACT 2014
DAN PROBLEMATIKA KEBAKARAN HUTAN DI INDONESIA**

Ifa Latifah Fitriani

**HUKUM KELUARGA ISLAM DALAM MASYARAKAT MUSLIM
DIASPORA DI BARAT: PERSPEKTIF HUKUM PERDATA
INTERNASIONAL**

Sri Wahyuni



I-Mazāhib

JURNAL PERBANDINGAN HUKUM

Staf Ahli : Susiknan
Noorhaidi
Wawan Gunawan
Fuad Zein
Ro'fah

Penanggung Jawab : Ali Sodiqin

Ketua Redaksi : Fuad Mustafid

Sekretaris Redaksi : Sri Wahyuni

Penyunting Pelaksana : Abdul Halim
Budi Ruhiatuddin
Fathorrahman
Ahmad Anfasul Marom
Nurdhin Baroroh

Tata Usaha/Distributor : Badrudin

Alamat Redaksi : Jurusan Perbandingan Mazhab dan Hukum
Fakultas Syari'ah dan Hukum
UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.
Jl. Laksda Adisucipto, Yogyakarta

Al-Mazāhib adalah jurnal pemikiran hukum milik Jurusan Perbandingan Mazhab dan Hukum, Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.

Al-Mazāhib merupakan jurnal yang berisi atau memuat karya-karya ilmiah yang terkait dengan pemikiran-pemikiran di bidang hukum, baik hukum umum (positif) maupun hukum Islam. Keberadaan Jurnal Al-Mazāhib ini tentu sangat penting dalam menggali, memperkaya, dan mengembangkan pemikiran dan teori-teori hukum. Dengan demikian, Jurnal Al-Mazāhib ini akan memberikan kontribusi positif dalam memperkaya khazanah pemikiran di bidang hukum, baik hukum Islam maupun hukum positif.

DAFTAR ISI

TANGGUNG JAWAB PIDANA DOKTER DALAM KESALAHAN MEDIS (Analisis Hukum Putusan Kasasi Nomor 365 K/Pid/2012) Hasrul Buamona	215-238
ANALISIS KEBIJAKAN PEMBANGUNAN HUKUM NASIONAL BERDASARKAN UU NO. 25 TAHUN 2004 TENTANG SISTEM PERENCANAAN PEMBANGUNAN NASIONAL Abd. Halim	239-258
REFORMASI AL-QUR'AN DALAM HUKUM PERCERAIAN: KAJIAN ANTROPOLOGI HUKUM ISLAM Ali Sodiqin	259-284
<i>TRANSBOUNDARY HAZE POLLUTION ACT 2014</i> DAN PROBLEMATIKA KEBAKARAN HUTAN DI INDONESIA Ifa Latifah Fitriani	285-300
METODE IJTIHAD DALAM HUKUM ISLAM: Studi Pemikiran K.H. Ali Yafie dan H. M. Atho' Mudzhar M. Jazuli Amrullah	301-323
HUKUM KELUARGA ISLAM DALAM MASYARAKAT MUSLIM DIASPORA DI BARAT (Perspektif Hukum Perdata Internasional) Sri Wahyuni	325-348
FASILITAS GEDUNG BAGI MASYARAKAT BERKEBUTUHAN KHUSUS (<i>DISSABILITAS</i>) MENURUT UU No. 28 TAHUN 2002 TENTANG BANGUNAN GEDUNG Siti Rohani	349-366
PENETAPAN PIDANA MATI DALAM PERPEKTIF HUKUM ISLAM DAN <i>INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS</i> (ICCPR) Muhammad Rifai	367-384

PENGELOLAAN BARANG TAMBANG DALAM HUKUM ISLAM
DAN HUKUM POSITIF
Anwar Habibi Siregar

385-403

KONSEP KELUARGA MASLAHAH DALAM PANDANGAN NYAI MUDA
PONDOK PESANTREN ALI MAKSUM KRAPYAK YOGYAKARTA
Afida Lailata dan Malik Ibrahim

405-426



HUKUM KELUARGA ISLAM DALAM MASYARAKAT MUSLIM DIASPORA DI BARAT (Perspektif Hukum Perdata Internasional)

Sri Wahyuni

Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta
Jl. Marsda Adisucipto Yogyakarta, email: nee_cyk@yahoo.com

Abstract

This article discusses about application of the Islamic Family Law for the migrant muslims who live in the western countries, such as America, England, Germany and France. This discussion is analyzed in International Private Law theories of Personal Status. Each country will have different application because of the difference of principle in the International Private Law about Personal Status.

The Islamic family law is not legally applied for migrant muslims in America and England courts because both are countries which apply common law system. They use the domicile principle in the case of personal status in the International Private Law discourse. Therefore, the muslims migrant society apply the Islamic family law culturally in their community, through an Imam or musti as their leader and consultant. This application is not legal according to the states law.

In the European continent countries which use the civil law system, such as in Germany and France, the Islamic Family law is applied for the migrant muslims society, if it's compatible to the public order. The court may apply the Islamic family law for the migrant muslims, because both are countries which use the nationality principle for the case of personal status in the International Private Law discourse.

Abstrak

Artikel ini membahas tentang penerapan Hukum Keluarga Islam untuk Muslim migran yang tinggal di negara-negara barat, seperti Amerika, Inggris, Jerman dan Perancis. Diskusi ini dianalisis dengan teori Hukum Perdata Internasional Status Pribadi. Masing-masing negara akan memiliki aplikasi yang berbeda karena perbedaan prinsip dalam Hukum Perdata Internasional tentang Status Pribadi. Hukum keluarga Islam tidak diterapkan secara hukum untuk Muslim migran di Amerika dan Inggris pengadilan karena keduanya adalah negara-negara yang menerapkan sistem common law. Mereka menggunakan prinsip domisili dalam hal status pribadi dalam wacana Internasional Hukum Perdata. Oleh karena itu, kaum muslimin masyarakat migran menerapkan hukum keluarga Islam budaya dalam komunitas mereka, melalui Imam atau mufti sebagai pemimpin mereka dan konsultan. Aplikasi ini tidak sah menurut hukum negara. Di negara-negara benua Eropa yang menggunakan sistem hukum sipil, seperti di Jerman dan Perancis, hukum Keluarga Islam diterapkan bagi masyarakat Muslim migran, apakah itu kompatibel dengan ketertiban umum. Pengadilan dapat menerapkan hukum keluarga Islam untuk Muslim migran, karena keduanya adalah negara-negara yang menggunakan prinsip kebangsaan untuk kasus status pribadi dalam wacana Hukum Perdata Internasional.

Kata Kunci: hukum keluarga Islam, muslim migran, hukum perdata internasional

A. Pendahuluan

Pluralitas dan heteroginitas saat ini tak dapat terhindarkan lagi. Di suatu negara, tidak hanya tinggal di dalamnya warga negaranya saja, melainkan banyak terdapat warga negara asing yang ikut tinggal menetap. Di negara-negara Eropa seperti Jerman, Belgia, Perancis, dan Belanda juga banyak terdapat penduduk muslim dari negara-negara Timur Tengah yang tinggal menetap di sana, begitu juga di Amerika. Arus migrasi tak dapat dihindarkan lagi saat ini.

Adanya warga negara asing yang tinggal di negara lain akan menimbulkan banyak permasalahan Hukum Perdata Internasional (*International Private Law*).¹ Dalam kajian Hukum Perdata Internasional

¹ Hukum Perdata Internasional (HPI) adalah seperangkat kaidah-kaidah, asas-

ini (selanjutnya disebut dengan HPI), suatu persoalan termasuk kasus HPI jika ada unsur asing, baik karena unsur personal maupun karena teritorial. Berdasarkan unsur personal misalnya masalah keperdataan antara warga negara yang berbeda, sedangkan warga negara asing yang telah menikah dari negaranya kemudian tinggal di negara lain, akan mengalami perbedaan wilayah hukum (*territorial sphere*) jika terdapat masalah dalam hukum keluarga, misalnya hendak melaksanakan perceraian di negara tempat tinggalnya. Adanya perbedaan wilayah hukum tersebut menyebabkan kasus ini dianggap sebagai kasus HPI atau yang di kalangan negara-negara penganut *common law system*, disebut dengan *the conflict of laws*.²

Tulisan ini membahas tentang penerapan hukum keluarga Islam dalam masyarakat muslim migran tersebut yang tersebar di negara-negara Barat. Kajian ini dianalisis dengan teori-teori Hukum Perdata Internasional tentang penentu hukum Status Personal. Di negara yang berbeda, mungkin penerapan hukumnya berbeda, karena terdapat perbedaan system hukum yang dianutnya yang menyebabkan perbedaan prinsip-prinsip yang diberlakukan dalam hukum perdata Internasional ini. Misalnya, Amerika dan Inggris menganut system hukum *common law* sehingga hukum keluarga yang diterapkan adalah tetap hukum keluarga setempat bagi masyarakat muslim pendatang. Sedangkan di Eropa Contonental, yang menganut *civil law system*, dapat menerapkan hukum asing bagi warga negara asing, karena prinsip nasionalitas yang dianutnya.

asas, dan/atau aturan-aturan hukum nasional yang dibuat untuk mengatur peristiwa atau hubungan hukum yang mengandung unsur-unsur asing atau transnasional atau ekstrateritorial. Lihat Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 11; Lihat juga Sudargo Gautama, *Pengantar ...*, hlm. 21; Bandingkan dengan Sunarjati Hartono, *Pokok-pokok Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Cetakan Ketiga (Bandung: Binacipta, 1989), hlm. 12.

² Istilah *conflict of laws*, biasanya digunakan oleh para penganut *common law system* untuk menyebut *Private International Law*. Lihat J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, (Toronto: Butterworths, 1986), hlm. 3-4.; Alba J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, (London: Cavendish, 1998), hlm. 1. Lihat juga P. E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Sidney: Butterworths, 1976), hlm. 2.

B. Hukum Keluarga Islam

Term hukum Islam merupakan terjemahan dari kata '*al-fiqh al-Islami*', yang dalam literatur Barat disebut dengan '*the Islamic Law*', atau dalam batas-batas yang lebih longgar '*the Islamic Jurisprudence*'. Yang pertama lebih cenderung kepada syari'ah,³ sedangkan yang kedua kepada fiqh,⁴ namun keduanya tidak dapat digunakan secara konsisten.⁵ Begitu juga term hukum Islam mengalami ambiguitas antara fiqh, yaitu hukum praktis yang diambil dari dalil-dalil *tafsili* (rinci),⁶ dan syari'ah yaitu peraturan yang diturunkan oleh Allah kepada manusia agar dipedomani dalam berhubungan dengan Tuhannya, dengan sesamanya, dengan lingkungannya, dan dengan kehidupan.⁷

Terlepas dari berbagai definisi tersebut di atas, hukum Islam di negara-negara muslim saat ini telah mengalami asimilasi dengan konsep hukum Barat. Pembaharuan hukum Islam tersebut, terutama terjadi setelah ada persentuhan antara Islam dan barat, ketika masa kolonialisme. Pembaharuan yang dilakukan terutama dalam hukum status personal atau bidang hukum keluarga, seperti perkawinan dan waris.

JND. Anderson membagi pembaharuan hukum Islam di negara-negara muslim menjadi tiga yaitu pertama, negara yang masih menganggap syari'ah sebagai hukum dasar dan masih dapat diterapkan seluruhnya. *Kedua*, negara yang membatalkan hukum syari'ah dan menggantikannya dengan hukum yang seluruhnya sekular (hukum Barat). *Ketiga*, negara yang menempuh jalan kompromi antara syari'ah dan hukum Barat.⁸

³ *Islamic Law is an all embracing body of religious duties, the totality of Allah's commands that regulate the life of every Moslem in its aspects.* Joseph Schach, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1982), hlm. 1

⁴ Ketika menyebutkan *Islamic Jurisprudence* dibahas tentang bagaimana masyarakat muslim membuat administrasi peradilan yang baru dan senantiasa berkembang dari masa ke masa yaitu masa nabi, Khulafaur rasyidin, Bani Umayyah dan selanjutnya. *Ibid.*, hlm 3.

⁵ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gema Media, 2001), hlm. 1

⁶ Abd al Wahhab Khalaf, *Ilmu Usul Fiqh*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1978), hlm. 11.

⁷ Definisi ini menurut Mahmud Syaltut dalam *Al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1966), hlm. 12.

⁸ JND. Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern (Islamic Law in The Modern World)*, alih bahasa Machnun Husain, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1994) hlm. 100-101.

Dalam buku “*Family Law Reform in The Muslim World*”, Taheer Mahmoud juga menyatakan adanya tiga kelompok Negara-negara muslim terkait dengan penerapan hukum keluarganya, yaitu: 1) Negara-negara yang menerapkan hukum keluarga dan hukum perkawinan dari berbagai mazhab yang dianutnya, dan belum diubah; 2) Negara-negara yang telah mengubah total hukum keluarga dan hukum perkawinannya dengan hukum modern, tanpa mengindahkan agama mereka; 3) Negara-negara yang menerapkan hukum keluarga dan perkawinan Islam yang telah direformasi dengan berbagai proses legislasi modern.⁹

Model pertama di atas seperti yang dianut di Saudi Arabia yang menggunakan hukum keluarga dari fiqh mazhab Hambali, sedangkan model kedua diikuti oleh Turki yang pernah menggantikan hukum keluarga Islam dengan Code Civil Swiss, dan model ketiga sebagaimana terjadi di negara-negara muslim lainnya yang menerapkan materi hukum keluarga Islam dipadukan dengan system hukum modern Barat, baik dalam regulasi yaitu dengan legislasi ataupun dalam materinya.

C. Masyarakat Muslim di Barat dan Hukum Keluarganya

1. *Amerika*

Di Amerika terdapat sekitar 6-8 juta muslim yang separuhnya dari para imigran dari Asia, Timur Tengah, Afrika dan Eropa dan berbagai belahan dunia lainnya, sedangkan separuh lagi dari penduduk asli Amerika seperti Euro-Amerika, Native Amerika dan Latin. Muslim di Amerika ini melaksanakan hukum Islam, terutama dalam hukum keluarga berdasarkan fiqh. Mereka memiliki pemimpin spiritual seperti Imam. Dalam komunitas muslimnya inilah mereka melaksanakan hukum keluarga Islam. Dalam hukum perkawinan misalnya, mereka tetap melaksanakan perkawinan sipil berdasarkan hukum negara, yaitu yang dicatat oleh negara. Di samping itu, mereka juga melaksanakan upacara akad perkawinan menurut agama Islam, yang dipimpin oleh Imam. Jadi terdapat dua system hukum yang mereka laksanakan yaitu hukum negara dan hukum Islam untuk internal masyarakat muslim di sana.¹⁰

⁹ Tahir Mahmood, *Family Law Reform in The Muslim World*, (Bombay: Tripathi, 1972), hlm. 2-3

¹⁰ Mesir: Lynn Welchman (ed.), *Women's Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform* (New York: Zed Book Ltd., 2004), hlm. 181-182.

Dalam akad perkawinannya, para muslim Amerika kebanyakan menganggap hanya dengan lisensi perkawinan sipil saja, kemudian membawakan mahar untuk diberikan kepada istri. Kebanyakan menganut fiqh klasik yang memberikan mahar secara otomatis dalam akad perkawinan. Tentang pengurusan mahar juga didokumentasikan dalam perkawinan muslim Amerika ini dan sering menjadi satu dengan dokumen akad nikah di masjid-masjid dan Imamnya. Jadi pernyataan tentang pemberian mahar dan jenis maharnya tertera dalam dokumen akad perkawinan tersebut. Misalnya mahar berupa sejumlah uang, al-Qur'an dan serangkaian kitab hadis, sebuah mobil baru, janji untuk mengajarkan beberapa bagian dari surat al-Qur'an, mahar kontannya dengan sejumlah uang dan mahar terutangnya berapa lagi, janji akan mengajari pelajaran bahasa arab, satu set computer, satu tempat gym, sebuah perjalanan keliling dunia dan salah satu pemberhentian adalah di Makkah, Madinah dan Yerusalem, sebuah jaket kulit, sebuah handphone, sebuah cincin perkawinan, delapan set kitab hadis, juga sajadah.¹¹

Ketika hukum Islam dan hukum negara bertentangan, maka mereka melaksanakan hanya berdasarkan hukum Islam, dan ini kemudian akan menjadi masalah. Misalnya dalam masalah poligami. Para muslim yang menganut fiqh klasik masih menganggap bahwa poligami merupakan suatu yang diperbolehkan dalam hukum Islam, tetapi hukum negara melarangnya. Oleh karena itu, jika seorang suami berpoligami, dia hanya menggunakan hukum agama Islam. Misalnya, menikah dengan istri pertamanya dengan pencatatan yang sah secara hukum negara (tentu juga diikuti dengan pelaksanaan upacara akad perkawinan berdasarkan hukum agama), sehingga status anak-anaknya juga merupakan anak sah dari perkawinan tersebut yang diakui dalam hukum negara. Sementara perkawinannya dengan istri kedua hanya dengan hukum agama, dengan upacara akad nikah yang dipimpin oleh imamnya. Permasalahannya di sini adalah, mengenai status istri kedua dalam perkawinan dan status anak-anaknya, yang tidak diakui oleh negara. Dalam perkembangannya, banyak laki-laki muslim yang berkomitmen untuk tidak berpoligami, bahkan di negara-negara muslim pun, menetapkan hukum Islam yang membatasi praktik poligami, dan cenderung mempersulitnya.¹²

Dalam masalah sengketa dalam keluarga dapat diselesaikan baik

¹¹ *Ibid.*, hlm. 189.

¹² *Ibid.*, hlm. 193.

dengan pengadilan negara ataupun dengan perantara imam. Kebanyakan keluarga muslim di Amerika menyelesaikan masalah keluarganya dalam internal keluarga terlebih dahulu, kemudian jika belum terselesaikan baru dibawa kepada kerabatnya sebagai arbitrator dan mediator. Mereka menyelesaikan sengketa tersebut dalam bingkai hukum Islam, jarang yang mengajukan ke pengadilan negara. Para konsultan muslim seperti Cherrefe Kadri, Sermid al-Sarraf menyatakan bahwa dengan kemampuan berbahasa arab dan membangun kepercayaan sebagai mediator, mereka banyak membantu menyelesaikan sengketa para pasangan muslim dengan negosiasi, dan semua di luar pengadilan.¹³

Wilayah yang rentan konflik adalah perkawinan beda agama. Dalam fiqh klasik, diperbolehkan bagi laki-laki muslim untuk menikahi non-muslim monotheis (*ahl al-kitab*), tetapi tidak diperbolehkan bagi perempuan. Sementara dalam hukum negara, agama tidak menjadi syarat perkawinan. Dengan adanya percampuran dalam kehidupan di masyarakat plural di Amerika, banyak muslim baik itu laki-laki maupun perempuan yang akhirnya menikah dengan non muslim. Tetapi banyak yang menkritik para muslim perempuan yang menikah dengan laki-laki non-muslim, berdasarkan standar fiqh. Beberapa kritik juga ditujukan kepada para laki-laki muslim yang menikahi perempuan non muslim, berdasarkan argument bahwa hal ini akan semakin mengurangi jumlah laki-laki muslim yang akan menikahi perempuan muslim di Amerika. Di sisi lain, terdapat pemikiran yang menyatakan bahwa pelarangan bagi seorang muslim perempuan untuk menikah dengan laki-laki non-muslim adalah karena konteks patriarki yang dikhawatirkan bahwa laki-laki non muslim tersebut akan membawa perempuan sebagai istrinya kepada agamanya (non-muslim), dan sekarang konteksnya telah berubah. Hal ini dikemukakan oleh Azizah al-Hibri, dan menurutnya hal itu adalah *illah* hukumnya. Saat ini *illah* itu juga masih jika dalam hal perceraian antara laki-laki muslim yang menikahi perempuan non-muslim, sehingga hak pengasuhan anak berada pada istri yang non-muslim, maka pelarangan perkawinan beda agama juga lazim bagi mereka.¹⁴

Beberapa perkawinan beda agama terjadi dalam perkawinan intercultural antara penduduk asli Amerika dengan muslim pendatang. Dan jika pihak pendatang adalah suami, di kalangan orang tua Amerika muncul

¹³ *Ibid.*, hlm. 182.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 194.

kekhawatiran jika anak gadisnya akan dibawa ke negara asal suaminya, dan dia kehilangan hak-haknya seperti yang dia dapatkan di Amerika. Permasalahannya di negara-negara muslim, hak pengasuhan anak berada mutlak pada suami dan istri tidak dapat keluar dari rumah dan meninggalkan negara tersebut tanpa seijin suaminya, dan apalagi tidak boleh membawa anaknya pergi dari suaminya. Stereotype seperti ini sering terjadi, karena sulit untuk membedakan antara agama Islam dan budaya, dan semua itu masuk menjadi satu dalam bagian dari Islam dan hukum keluarga Islam.¹⁵

Perceraian dalam keluarga muslim Amerika didasarkan kepada pengadilan negara, karena harus mendapatkan pengakuan yang sah dari negara. Terkadang masalah hukum keluarga Islam juga muncul dalam kasus perceraian ini. Misalnya tentang tuntutan pengembalian mahar. Mereka sering didampingi oleh para profesional hukum baik dari yang muslim maupun dari organisasi hukum di Amerika, sehingga mereka mengetahui hak-haknya baik dalam hukum Islam maupun dalam hukum negara Amerika. Karena banyak para ahli hukum muslim yang juga menjadi ahli hukum dalam organisasi hukum Amerika. Sangat sedikit perceraian yang dilakukan di luar pengadilan Amerika, misalnya dengan pengucapan talak sendiri oleh suami, atau dengan arbitrase muslim, karena hal itu tidak mendapatkan pengakuan dari hukum negara.¹⁶

Perkawinan Islam sulit mendapat Pengakuan dari hukum Amerika. Hal ini dapat dilihat dalam kasus *Farah v Farah* di Virginia tahun 1993, dua orang warga negara Pakistan yang menikah di Inggris (*a proxy marriage in England*) dengan serangkaian upacara resepsi perkawina di Pakistan, kemudian keduanya pindah ke Amerika. Karena *proxy marriage* tidak memenuhi persyaratan dalam hukum perkawinan Inggris tentang perkawinan yang sah, maka perkawinan mereka juga dianggap tidak sah oleh pengadilan Virginia Amerika, dengan menyatakan bahwa *proxy marriage* dengan serangkaian perkawinan menurut hukum keluarga Islam yang dianggap sah di Pakistan, dianggap tidak relevan di Amerika.¹⁷

Kasus lain antara *Shike v Shike* tahun 2000, pasangan muslim yang menikah dalam upacara perkawinan Islam di Pakistan dan kemudian didokumentasikan di Texas dengan lisensi standar perkawinan yang ditandatangani oleh imam di Texas. Pasangan ini percaya bahwa

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 195.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 197.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 199

perkawinan mereka telah bersifat mengikat, tetapi pengadilan menolak perkawinan tersebut, sehingga mereka menikah kembali berdasarkan hukum Texas.¹⁸

2. Inggris

Inggris telah lama menjadi negara migrasi, dan berbagai kelompok penduduk tinggal menetap di sana. Sekitar dua juta muslim juga tinggal di sana. Mereka menjadi masyarakat agama minoritas. Di Inggris, tidak terdapat pemisahan antara negara dan gereja, dan tidak ada mekanisme bagi negara untuk mengakui secara resmi komunitas keagamaan. Gereja Inggris merupakan agama dominan dan hubungan khusus pun terjalin antara kerajaan dan gereja Inggris ini dengan symbol bahwa ratu adalah kepala negara dan pimpinan tertinggi gereja Inggris.¹⁹

Sejak tahun 1970an, persatuan organisasi muslim di *United Kingdom* menyelenggarakan sejumlah pertemuan yang pada puncaknya membuat resolusi untuk memperoleh pengakuan terhadap sistem *Muslim Family Law* yang terpisah, yang dapat diterapkan untuk umat muslim di Inggris. Para sarjana muslim yang menginisiasi resolusi tersebut mengatakan bahwa dalam konteks negara barat ini, terdapat peluang bagi hukum personal berdasarkan agama untuk berlaku di samping system hukum keluarga yang sekular ini. Tahun 1984, sebuah muslim *charter* dihasilkan yang menuntut bahwa syariah harus diberikan tempat untuk diterapkan terutama dalam bidang *status personal law*. Usulan diajukan kepada menteri-menteri di pemerintahan, dengan pandangan untuk mendapatkan tempat di legislasi parlemen Inggris. Tuntutan ini digulirkan secara public tahun 1996.

Kampanye untuk menerapkan hukum personal Islam bagi muslim Inggris ini ditolak oleh pemerintah, dengan alasan bahwa system hukum non-sekular tidak dapat diterapkan karena tidak dapat diterima terkait dengan nilai-nilai hak asasi manusia yang universal, terutama perlindungan bagi perempuan. Dalam dasar hak asasi manusia, muslim tidak akan diperbolehkan untuk melaksanakan system hukum personal Islam di Inggris karena risiko bahwa hak-hak perempuan akan dilanggar dalam bentuk diskriminasi.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 200.

¹⁹ Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States", December 2005,

Upaya untuk menerapkan hukum personal Islam di Inggris melalui parlemen telah ditolak. Maka komunitas muslim mengembangkan strategi dan metode untuk menyelesaikan sengketa dengan hukum Islam cara tidak resmi. Kenyataannya, *Islamic Sharia Council* (ISC) di *United Kingdom* sejak tahun 1982 menyediakan pelayanan rekonsiliasi secara profesional bagi para pasangan, dalam berbagai aspek hukum Islam dan membuat standar prosedur, formulir dan sertifikat. Penerapan hukum Islam secara tidak resmi dalam hukum negara ini cukup lazim, sebagaimana survey tahun 1989 menunjukkan bahwa dalam masalah konflik antara hukum Islam dan hukum Inggris, 66 % muslim mengikuti hukum Islam. Salah satu tujuan dari ISC ini adalah untuk menegakkan pemberlakuan syariah Islam sebagaimana pengadilan dan untuk membuat putusan permasalahan di antara keluarga muslim dengan cara ini dan dengan merujuk kepada hukum Islam. ISC menerapkan hukum Islam untuk mengatasi permasalahan yang dihadapi para keluarga muslim dengan menghasilkan putusan yang mereka kehendaki dari pengadilan non-Islam di negara tersebut, tetapi tidak memberikan sanksi kepada pengadilan syariah. Lembaga ini menghadapi lebih dari 50 kasus setiap tahunnya. Hingga tahun 1990an telah mencapai 1500 kasus, yang kebanyakan dalam kasus perceraian terutama istri yang memperoleh perceraian sipil tetapi suaminya menolak untuk mengucapkan talak. Begitu juga dalam masalah perceraian *fasakh* bagi istri dalam bentuk pemberian sertifikat cerai bagi istri jika ia mau mengembalikan mahar yang telah diberikan kepada oleh suaminya.²⁰

3. *Jerman*

Setelah terjadinya migrasi buruh di tahun 1960an dan 1970an, penduduk muslim semakin banyak di Jerman. Dalam sensus penduduk tahun 2011, terdapat sekitar 1,5 juta jiwa atau 1,9 % beragama Islam, dan sebelumnya diperkirakan pada tahun 2009 muslim di Jerman sekitar 4,3 juta atau 5,4 % dan 1,9 juta atau 2,4 % telah mengubah kewarganegaraannya menjadi warga negara Jerman, dan tahun 2006 sekitar 15 ribu orang telah mengubah status kewarganegaraannya menjadi warga negara Jerman.²¹

²⁰ *Ibid.*

²¹ Wikipedia

Mayoritas muslim di Jerman adalah orang-orang yang berasal dari Turki yaitu mencapai 63,2 %, kemudian Pakistan, baru Yugoslavia, negara-negara Arab, Iran dan Afganistan. Kebanyakan muslim tinggal di Berlin dan sebagian besar kota-kota di bagian Jerman Barat. Banyak juga muslim di Jerman yang tinggal di masyarakat pedesaan terutama yang di Baden Wuerttemberg, Hesse dan sebagian Bavaria, juga North Rhine-Westphalia. Karena tidak banyaknya migrasi buruh sebelum tahun 1989, maka muslim di daerah Jerman Timur juga sangat sedikit. Adapun mayoritas muslim di Jerman adalah warga Sunny, yaitu 75 %, sedangkan warga syiah adalah 7 % yang kebanyakan berasal dari Iran dan Ahmadiyah hanya 1 % yaitu yang kebanyakan berasal dari Pakistan.

Hukum Islam di Jerman diberlakukan pada dua level yaitu secara langsung dan secara tidak langsung. Adapun dalam level penerapan langsung ini terkait dengan permasalahan Hukum Perdata Internasional. Jerman sebagai negara yang menganut *civil law system*, ketika dihadapkan pada kasus status personal maka lebih cenderung mengacu kepada prinsip nasionalitas, sehingga hukum asinglah yang harus diterapkan. Hal ini diatur lebih lanjut pada EGBGB (*Einfuehrungsgesetz zum Burgerlichen Gesetzbuch*), yaitu seperti pada Pasal 13 tentang perkawinan dan akibat-akibat hukumnya, dan Pasal 17 tentang Perceraian dan akibat-akibat hukumnya.

Berdasarkan paparan gambaran muslim Jerman di atas, maka di Jerman, berbeda dengan negara eropa lainnya, seperti Perancis atau Inggris, mayoritas muslim yang ada adalah muslim yang berasal dari Turki, sehingga hukum keluarga Islam yang banyak diterapkan adalah hukum keluarga Islam yang kebanyakan bagi muslim Turki tersebut (terlepas apakah hukum Islam tradisional ataupun hasil westernisasi).²²

Adapun kasus-kasus terkait dengan penerapan hukum Islam di pengadilan Jerman adalah sebagai berikut:

- a. Talak bagi laki-laki; Dalam hukum keluarga Islam, suami memiliki hak talak, hal ini sebenarnya bertentangan dengan *public order* di Jerman yaitu tentang kesetaraan gender antara pasangan. Kasus-kasus terakhir di tahun 1998 memutuskan talak melanggar *public order* Jerman, tetapi Pengadilan Jerman dapat menerima talak jika

²² Mathias Rohe, "Islamic Law in Germany Court", dalam *Hawwa* 1 tahun 2003, hlm. 46-59.

istri yang hendak diceraikan menyetujuinya di depan pengadilan.²³

- b. Kecakapan hukum dalam perkawinan; yaitu minimum 15 tahun bagi perempuan ataupun 18 tahun bagi laki-laki. Minimum usia perkawinan ini bertentangan dengan hukum Jerman, dan *public order* Jerman yang menetapkan usia minimum 18 tahun, tetapi pengadilan Jerman memberikan pengecualian 16 tahun ke atas, dan bagi perempuan yang belum dewasa ini didampingi wali yaitu pihak keluarganya yang laki-laki baik dalam memilih pasangan maupun dalam melaksanakan perkawinan.
- c. Mahar dalam perkawinan; Mahar juga tidak ada dalam hukum Jerman, tetapi dalam beberapa kasus bagi muslim di Jerman, pengadilan mengakomodasi mahar ini.
- d. Pelarangan dalam perkawinan beda agama; pelarangan ini sangat bertentangan dengan *public order* Jerman, yaitu tentang kesetaraan dan kebebasan beragama.
- e. Poligami; Poligami juga merupakan hal yang bertentangan dengan hukum Jerman, karena hukum Jerman hanya mengakui monogami.
- f. Hak Nafkah setelah perceraian; dalam hukum Jerman tidak ada konsep pemberian nafkah setelah perceraian, tetapi pengadilan Jerman dapat menerima talak dan konsekuensinya seperti pemberian hak nafkah bagi istri yang ditalak, dibawah hukum asing yang diberlakukan.
- g. Perwalian dan pengasuhan anak; aturan pengasuhan anak menurut hukum Islam bertentangan dengan *public order* di Jerman tentang kesejahteraan anak, tetapi pengadilan Jerman tetap menerapkan hukum ini dengan mengesampingkan *public order*-nya.

Dari beberapa paparan contoh kasus di atas, maka dapat dinyatakan bahwa terkait dengan kehidupan domestik, pengadilan tidak akan menerima penerapan hukum Islam ketika bertentangan dengan hak-hak konstitusional tentang kesetaraan gender dan kebebasan beragama. Akan tetapi, ternyata pengadilan dapat menerima penerapan hukum asing (dalam hal ini hukum Islam) yang secara nyata dianggap bertentangan dengan hak-hak konstitusional tersebut. pengadilan secara *equal* siap menerima pertentangan antara hukum Islam dan hukum Jerman sendiri.

²³ Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Western Liberal States", December 2005

Di samping itu, dalam kasus yang terkait dengan kehidupan di Jerman ini, dipilih yang lebih ringan, maka pengadilan akan menerapkan hukum yang lebih memberikan hak, sedangkan hukum Islam yang jika diterapkan dia akan kehilangan haknya, maka akan ditolak oleh pengadilan Jerman.

4. *Perancis*

Model yang paling penting dalam politik Perancis saat ini adalah kajian neo-republican tentang identitas Perancis yang keanggotaannya dalam komunitas nasional memiliki komitmen kepada republic, dan nilai utamanya yaitu egalite (*equality*) dan *laicite* (pemisahan antara negara dan agama). Model republic ini tercetus sejak Revolusi Perancis tahun 1789, sebagai reaksi sejarah perjuangan melawan monarkhi yang aristokrasi dan kekuasaan agama. Di Perancis, model ini secara eksplisit ditetapkan dalam dua dokumen hukum yaitu pertama dalam Pasal 1 konstitusi tanggal 4 October 1958 yang menyatakan bahwa Perancis akan menjadi sebuah negara sekular, demokratis dan Republik social. Hal ini dikukuhkan dengan pengakuan kesetaraan warga negara di depan hukum tanpa perbedaan asal, ras dan agama. Kedua, dengan pemisahan antara negara dan gereja dalam undang-undang tahun 1905, yang menyatakan bahwa tidak ada pengakuan dan pendanaan publik secara langsung terhadap agama-agama di Perancis. Konsekuensinya, Perancis tidak memperbolehkan negara secara resmi mendukung perwakilan imigran tertentu atau masyarakat minoritas. Adapun strateginya adalah mengupayakan integrasi individual kepada negara Perancis, pembentukan masyarakat imigran tidak dianjurkan.

Di samping pemisahan resmi antara gereja dan negara, Perancis tahap demi tahap diarahkan menjadi masyarakat homogen secara cultural. Para muslim Perancis semakin mengekspresikan dan menuntut pengakuan terhadap agamanya. Hal ini kemudian menjadi permasalahan. Populasi muslim sebagai agama nomor dua di Perancis setelah agama Katolik dalam masyarakat Perancis yang multikultural. Organisasi-organisasi Islam telah banyak berdiri yaitu terdapat sekitar 1560 organisasi, seperti organisasi-organisasi masjid di Paris, Persatuan organisasi-organisasi Islam di Perancis, Federasi Muslim Nasional di Perancis, sebagai tiga representasi organisasi muslim yang besar di Perancis. Setelah beberapa lama, tuntutan masyarakat muslim Perancis dijawab oleh Menteri Dalam Negeri dengan melauncing sebuah lembaga konsultatif yang berjalan tahun 1999 di

antara lembaga-lembaga Islam nasional begitu juga beberapa masjid, hingga puncaknya pada Desember 1999 dengan adanya ratifikasi terhadap deklarasi Solemn oleh komunitas muslim tentang dasar hukum dan prinsip-prinsip yang mengatur hubungan antara praktik keagamaan bagi para muslim dengan otoritas-otoritas publik.

Pada Mei 2003, perwakilan Perancis untuk agama Islam, telah menata perwakilan Islam secara resmi yang terdapat 25 wilayah di Perancis. Namun, tetap ditekankan bahwa para muslim juga mentaati peraturan Perancis yang memisahkan negara dan agama. Komitmen terhadap sekularisme ini sangat penting bagi Perancis untuk melakukan reservasi terhadap Putusan Sekjen PBB dalam *the International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) yang diantaranya menyebutkan bahwa: “ Di negara-negara yang terdapat etnis, agama, bahasa sebagai minoritas, orang-orang yang ada dalam kelompok minoritas tersebut tidak akan ditolak haknya dalam anggota-anggota komunitas tersebut dan untuk melaksanakan budaya mereka, untuk melaksanakan praktik-praktik keagamaan mereka, dan untuk menggunakan bahasa mereka (Pasal 27). Secara praktis, reservasi ini berarti bahwa Perancis tidak memiliki komitmen untuk mendukung hak-hak cultural tertentu.

Dalam ranah Hukum Perdata Internasional, Perancis harus menerapkan hukum asing terhadap warga negara asing, karena Perancis lebih cenderung mengikuti prinsip nasionalitas dari pada prinsip domisili. Sehingga hukum asing termasuk hukum keluarga muslim bagi muslim di Perancis tetap diterapkan selama tidak bertentangan dengan public order di Perancis. Berbagai masalah yang menarik diantaranya adalah:

- a. Masalah poligami; di Perancis, perkawinan poligami secara agama tidak mendapatkan kekuatan hukumnya, jika perkawinan tersebut dilaksanakan di wilayah Perancis. Berdasarkan Pasal 147 Code Civil Perancis, secara spesifik menyatakan bahwa perkawinan kedua tidak dapat dilangsungkan kecuali perkawinan pertama telah putus secara sah.
- b. Masalah mahar; Mahar sebagai pemberian dari suami kepada istrinya, dalam hukum Islam, sering juga muncul dalam kasus perceraian di Perancis. Terkait dengan penerapan hukum perdata internasional, pengadilan Perancis sering memutuskan masalah mahar ini.
- c. Cerai talak; berdasarkan hukum Islam, talak adalah hak suami untuk memutuskan perkawinannya secara sepihak saja, dengan pernyataan

dari suami. Tidak lebih dari 5 putusan di Pengadilan tingkat kasasi di Perancis di awal tahun 2004, menolak talak tersebut, karena bertentangan dengan *public order* di Perancis. Akan tetapi, terdapat persetujuan bilateral dengan Maroko dan Algeria, pengadilan menjamin akibat hukum dari talak ini sejak tahun 1980an dan 1990an, selama talak tersebut dilakukan di luar wilayah Perancis dan keduanya (suami dan istri) telah menghadap di pengadilan Perancis untuk mendaftarkan perceraian.

D. Analisis Penerapan Hukum Perdata Internasional dalam Hukum Keluarga Muslim di negara-negara Barat

Adanya warga negara asing yang tinggal di negara lain merupakan permasalahan Hukum Perdata Internasional (*International Private Law*). Dalam kajian Hukum Perdata Internasional, terdapat tiga permasalahan penting yaitu: 1) hakim atau pengadilan mana yang berhak mengadili perkara; 2) hukum negara mana yang digunakan untuk menyelesaikan perkara; dan 3) sejauh mana suatu negara dapat menerima terhadap putusan/ketetapan hukum negara lain.²⁴

Kewenangan hakim suatu negara untuk menangani suatu perkara didasarkan kepada hukum acara suatu negara. Adapun terkait masalah kedua, tentang hukum mana yang digunakan untuk menyelesaikan perkara, terdapat rumus HPI tentang titik taut skunder.²⁵ Titik taut skunder yaitu faktor-faktor atau sekumpulan fakta yang menentukan hukum mana kah yang harus digunakan atau berlaku dalam hubungan HPI (*lex causae*).²⁶ Adapun terkait dengan masalah hukum keluarga, yang

²⁴ Bayu Seto, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 14 – 16.

²⁵ Dinamakan juga titik taut penentu, yaitu fakta-fakta yang menentukan hukum mana kah yang harus berlaku. Sunarjati Hartono, *Dari Hukum Antar Golongan ke Hukum Adat*, (Bandung: Alumni, 1979), hlm. 95.

²⁶ Diantara yang termasuk titik taut skunder adalah tempat terletaknya benda (*lex situs*), kewarganegaraan atau domisili pemilik benda bergerak, tempat dilangsungkannya perbuatan hukum (*lex loci actus*), tempat dilangsungkannya perbuatan melawan hukum (*lex loci delicti commissi*), tempat diresmikannya perkawinan (*lex loci celebrationis*), tempat ditandatanganinya kontrak (*lex loci contractus*), tempat dilaksanakannya kontrak (*lex loci solutionis*), pilihan hukum (*choice of law*), kewarganegaraan (*lex patriae*), domisili (*lex domicilii*), bendera kapal atau pesawat udara, tempat kediaman, dan tempat kedudukan atau kebangsaan badan hukum.

termasuk dalam status personal, terdapat beberapa prinsip diantaranya:

1. *Prinsip Domisili dan Kewarganegaraan Dalam Status Personal*

Dalam perkara status personal,²⁷ terdapat perbedaan prinsip yang digunakan di antara negara-negara yang menganut *Civil Law System* dan *Common Law System*.²⁸ Negara yang menganut *Civil Law System*²⁹

Lihat Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, (Yogyakarta: UII Press, 2007), hlm. 34-35.

²⁷ Istilah status personal (*statute personalia*, *personal status*, *statut personel*, *personalen statut*, *personeel statuut*, yang berasal dari mazhab Italia; yang membagi kaidah HPI menjadi tiga kelompok yaitu *statute realia*, *statute personalia* dan *statute mixta*. Lihat Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku ketujuh, (Bandung: Alumni, 1981), hlm. 2. Lingkup status personal itu sendiri juga berbeda-beda. Ada negara yang menganggap status personal adalah seluruh hukum perseorangan seperti hukum perkawinan, dan hukum waris, atau bahkan status personal sebagai hukum yang membahas tentang kedudukan seseorang secara hukum. Tentang status personal ini, dipaparkan oleh Sudargo Gautama bahwa dalam arti luas, istilah ini diartikan sebagai wewenang untuk mempunyai hak-hak hukum pada umumnya; juga termasuk di dalamnya permulaan dan terhentinya kepribadian, serta kemampuan untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum. Termasuk juga dalam konsepsi yang luas ini yaitu perlindungan kepentingan perseorangan, seperti kehormatannya, nama dan perusahaan dagang, termasuk hubungan kekeluargaan seperti hubungan suami dan istri, ayah dan anak, wali dan anak di bawah perwalian, adopsi, pengampunan dan kewarisan. Konsep status personal dalam lingkup luas ini terutama dianut di Mesir. Ruth Hayward, *Conflict of laws*, Cet-4, (London: Cavendish, 2006), hlm. 4.

²⁸ Ini merupakan kelompok sistem hukum yang besar yang mempunyai ciri-ciri khusus yang sama yang disebut sebagai suatu keluarga hukum atau *family law* (*foremelle de droit*). Menurut Rene David, keluarga hukum yang ada di dunia ini adalah keluarga hukum Romawi Germania, keluarga hukum *Common Law*, keluarga hukum sosialis dan keluarga hukum agama/ tradisi. Sementara itu, Zweiger-Kotz membagi keluarga hukum dalam keluarga hukum Romawi, keluarga hukum Germania, keluarga hukum Skandinavia, keluarga hukum *Common Law*, keluarga hukum sosialis, keluarga hukum Timur Jauh, keluarga hukum Islam dan keluarga hukum Hindu. R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1993), hlm. 43.

²⁹ *Civil Law* dapat didefinisikan sebagai suatu tradisi hukum yang berasal dari hukum Romawi yang terkodifikasi dalam *Corpus Juris Civilis Justinian* dan tersebar ke seluruh benua Eropa dan seluruh dunia. Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum (Civil Law, Common Law, Hukum Islam)*, (Jakarta: Raja

menggunakan prinsip kewarganegaraan untuk menentukan hukum status personal, sedangkan negara-negara penganut *Common Law System*³⁰ menggunakan domisili dalam menentukan hukum status personal.³¹

Selama ini diketahui adanya perbedaan prinsip untuk status personal ini, antara negara-negara *civil law* dan *common law system*. Negara-negara *civil law* menggunakan menggunakan prinsip kewarganegaraan (nasionalitas) sedangkan negara-negara *common law* menggunakan prinsip domisili.³² Bagi yang menganut prinsip nasionalitas, maka status personal seseorang ditentukan oleh hukum nasionalnya. Adapun bagi yang menganut prinsip domisili, status personal seseorang ditentukan oleh hukum yang berlaku di domisilinya.

Negara-negara yang menganut prinsip nasionalitas diantaranya adalah Perancis, Italia, dan negara-negara jajahannya, Belgia, Luxemborg, Monaco, Belanda dan jajahannya (Hindia Belanda), Rumania, Bulgaria, Finlandia, Yunani, Hungaria, Spanyol, Swedia, Turki, Jepang, dan beberapa negara di Amerika Latin, terutama negara-negara ini yang menggunakan *Civil Law System*. Dalam *Civil Law System* ini, lebih mengedepankan personalitas, dari pada territorial dalam menentukan status personal seseorang. Menurut teori personalitas, hukum-hukum yang berkaitan dengan status personal, erat sekali hubungan dengan orang-orangnya. Oleh karena itu, hukum asal seseorang tersebut dikaitkan erat. Hukum asal tetap mengikutinya kemana pun dia pergi.³³

Adapun negara-negara yang menganut prinsip domisili adalah Negara-negara yang menganut *Common Law System*, juga Skotlandia, Afrika Selatan, Quebec, Denmark, Norwegia, Brazilia, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Argentina, Bolivia dan Peru.³⁴ Dalam prinsip

Grafindo Persada), hlm 59. Sistem hukum ini kemudian juga tersebar melalui penjajahan; seperti di Indonesia bekas jajahan Belanda, juga menerapkan sistem hukum ini.

³⁰ *Common Law System* merupakan sistem hukum yang diterapkan di Inggris dan negara-negara bekas jajahannya.

³¹ Ruth Hayward, *Conflict of laws*, Cet-4, (London: Cavendish, 2006), hlm. 4.

³² Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum...*, hlm. 49.

³³ *Ibid.*, hlm. 49-51.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 52. Secara lebih rinci Wirjono Prodjodikoro menyebutkan negara-negara yang menganut prinsip *domicile* diantaranya adalah Amerika Serikat, British Commonwealth, Denmark, Iceland, Norway, Brazil, negara-negara Baltic; dari Amerika Selatan: Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru dan Uruguay; dari Amerika

domisili ini, lingkungan kuasa territorial dari hukum suatu negara yang dikedepankan. Oleh karena itu, semua orang yang berdomisili di dalam wilayah suatu negara dianggap tunduk kepada hukum negara tersebut.³⁵

Dalam konsep *common law* ini, domisili yaitu negara tempat seseorang bertempat tinggal dan *intends to live* yaitu untuk melangsungkan kehidupan sehari-hari secara permanen. Jadi ada dua hal yaitu tempat tinggal dan kepentingan untuk menetap secara permanen. Terdapat tiga macam domisili yaitu *domicile of origin* (tempat seseorang dilahirkan), domisili dependen yaitu untuk anak di bawah umur 16 tahun dan perempuan yang sudah menikah, dan domisili pilihan (*domicile of choice*) yaitu bagi seseorang yang berusia di atas 16 tahun dapat menentukan negara atau tempat tinggalnya untuk hidup sehari-hari secara permanen.³⁶

Dalam konsep domisili tersebut (terutama *domicile of origin*), sebenarnya ada titik temu antara prinsip kewarganegaraan yang dianut di negara-negara *civil law system* dan domisili yang dianut di negara-negara *common law system*, yaitu hukum personal terkait dengan hukum negara tempat seseorang berdomisili atau berasal (jika kewarganegaraan).³⁷ Menurut Granson, seorang professor dari Inggris yang mengajar "*conflict of laws in common law system*" di Harvard University Amerika, bahwa konsep domisili dalam common law mengadopsi dari konsep hukum Romawi dan Eropa Continental.³⁸

Dalam perkembangannya sebaliknya juga, di negara-negara civil law, terutama di Jerman, untuk melaksanakan dan mendaftarkan perkawinan di dalam wilayah negara Jerman juga dibutuhkan domisili Jerman.³⁹ Misalnya, seorang warga negara Indonesia dan warga negara

Tengah: Nicaraguai dan Guatemala. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Sumur, 1992), hlm. 27.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 52 - 53

³⁶ Ruth Hayward, *Conflict of laws*, hlm. 180-185.

³⁷ Keduanya tidak sama persis, karena ada seseorang yang berasal dari suatu negara A atau berkewarganegaraan A, tetapi berdomisili di negara B.

³⁸ RH. Granson, *Comparative Conflict Laws*, (Amsterdam: North Holland Publisher, 1977), hlm. 239.

³⁹ Pada dasarnya Jerman masih tetap menggunakan prinsip nasionalitas, sebagaimana tertera dalam Pasal 13 Code Civil Jerman tahun 1994 yang direvisi lagi 2011 terkait dengan Hukum Perdata Internasional, dalam bab perkawinan, bahwa "*The condition for the conclusion of marriage are as regards each person engaged to be marriage, governed by the law of the country of which he or she is a national*".

Jerman ataupun pasangan dari warga negara Indonesia yang berkehendak melaksanakan perkawinan di dalam wilayah negara Jerman, harus memiliki bukti domisili di Jerman. Bagi mereka juga diterapkan hukum Jerman, yaitu dengan perkawinan sipil yang dicatatkan di Kantor Pencatatan Daerah. Dalam bentuk ini, sebenarnya negara-negara *civil law* juga menerapkan hal serupa dengan negara-negara *common law* dalam hukum perkawinan.⁴⁰

Adapun di dalam kasus penyelesaian perkara perkawinan dan perceraian, pengadilan Jerman tetap konsisten menggunakan prinsip nasionalitas. Misalnya, pelarangan perkawinan beda agama (dalam hukum Islam) sangat bertentangan dengan *public order* Jerman, yaitu tentang kesetaraan dan kebebasan beragama. Akan tetapi, pada tahun 1976, pengadilan tingkat banding di Oldenburg Jerman menerima pelarangan ini tanpa mempertimbangkan banyak hal tentang hak-hak konstutusional bagi para pasangan.⁴¹

Dalam hukum keluarga Islam, suami memiliki hak talak, hal ini sebenarnya bertentangan dengan public order di Jerman yaitu tentang kesetaraan gender antara pasangan. Tetapi pengadilan German menerima jenis talak ini.⁴² Pengadilan tingkat pertama di Fankfurt menganggap talak bertentangan dengan konstitusi Jerman tentang kesetaraan gender. Kasus-kasus terakhir di tahun 1998 memutuskan talak melanggar *public order* Jerman, tetapi Pengadilan Jerman dapat menerima talak jika istri yang hendak diceraikan menyetujuinya di depan pengadilan, sebagaimana kasus tahun 1992 di AG Esslingen yang juga menerima talak untuk memutuskan perkawinan setelah suami mengucapkan talak di depan hakim.⁴³

Begitu juga di Perancis, mahar sebagai pemberian dari suami kepada istrinya, dalam hukum Islam, sering juga muncul dalam kasus perceraian di Perancis. Terkait dengan penerapan hukum perdata inetrnasional, pengadilan Perancis sering memutuskan masalah mahar ini.⁴⁴

⁴⁰ Berdasarkan wawancara dengan Catrine, seorang warga Jerman Katolik yang menikah dengan seorang laki-laki muslim Maroko, tanggal 25 Agustus 2013.

⁴¹ Mathias Rohe, "Islamic Law in Germany Court", dalam *Hawwa* 1 tahun 2003, hlm. 46-59.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Pascale Fournier, "The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States", Desember 2005.

⁴⁴ *Ibid.*

2. *Lex Loci Celebrationis*

Adapun terkait dengan hukum perkawinan sendiri, negara-negara *Civil Law* menerapkan prinsip kewarganegaraan, terutama di negara yang memasukkan hukum perkawinan dalam hukum status personal. Seperti di Belanda, seorang warga Indonesia jika melaksanakan perkawinan, diterapkan hukum Indonesia. Adapun negara-negara *Common Law* sebagian menerapkan prinsip domisili, sehingga seseorang menikah berdasarkan hukum tempat domisilinya.

Di Amerika Serikat, yang dipentingkan untuk menentukan hukum perkawinan adalah *lex loci celebrationis*, baik untuk *vorm* (syarat-syarat formal) maupun *substantive requirement*-nya. Jika suatu perkawinan adalah sah menurut hukum tempat dilangsungkannya, maka perkawinan tersebut dianggap sah di mana-mana.⁴⁵ Hal ini berdasarkan pada Pasal 238 Hukum Perkawinan yang menyatakan bahwa:⁴⁶

- 1) *A validity of a marriage will be determined by the local law of the state.*
- 2) *A marriage which satisfies the requirements of the state where the marriage was contracted will everywhere be recognized as valid, unless it violates the strong public policy of another state which had the most significant relationship to the spouses and the marriage at the time of the marriage.*

Keabsahan perkawinan di Amerika yang menggunakan prinsip *lex loci celebrationis*, dengan pengecualian adanya *public policy* baik berdasarkan *lex fori* maupun hukum tempat salah satu atau kedua pasangan sebelum menikah. Mislanya, poligami atau dahulu perkawinan interracial.⁴⁷

Perkawinan di Inggris juga menggunakan prinsip *locus regit actum* atau *lex loci celebrationis* ini, terutama untuk formalitas keabsahan perkawinannya; "Every marriage must be tried according to the law of the country in which it took place."⁴⁸ Untuk persyaratan formal tersebut meliputi semua persyaratan pada upacara pelaksanaan perkawinannya, baik itu perkawinan agama maupun perkawinan sipil, mengenai tempat dan waktu, saksi, pencatatan perkawinan ataupun pendaftaran

⁴⁵ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata... op. cit.*, hlm. 126-127.

⁴⁶ Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, (New York: Wolters Kluwer, 2008), hlm. 235.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 234.

⁴⁸ PM North JJ Fawcett, *Private International Law*, Cet-11, (London: Butterworth, 1992). hlm. 572.

pendahuluan perkawinannya seperti tes darah dan persyaratan-persyaratan lainnya.⁴⁹

Di Inggris sebagai negara sumber common law itu sendiri, pada awalnya menganut prinsip domicile dalam menentukan hukum perkawinan. Dalam perkembangannya, kemudian menganut *choice of law* antara hukum domisili atau hukum tempat dilaksanakannya perkawinan tersebut (*lex loci celebrationis*). Begitu juga awalnya dipilah, antara keabsahan perkawinan yang form dan substantive bahwa untuk yang substantive (seperti kapasitas para pasangan, larangan-larangan perkawinan) mengikuti hukum domisili para pasangan tersebut berasal. Akhirnya menjadi *choice of law* tersebut, baik untuk form ataupun substantif persyaratan perkawinan.⁵⁰

Selain di Amerika Serikat dan Inggris, prinsip ini juga dianut oleh beberapa negara diantaranya Philipina (untuk perkawinan-perkawinan di luar negeri, tetapi untuk orang asing yang nikah di Philipina disyaratkan untuk memenuhi syarat-syarat hukum nasional masing-masing), negara-negara Amerika Latin yaitu Argentina, Guatemala, Paraguay, Peru, Costa Rica, Treaty of Montevideo, Chili, Código Bustamente.⁵¹ Begitu juga di Canada dan Australia juga menggunakan prinsip *lex Loci Celebrationis* ini dalam masalah hukum perkawinan.⁵²

Contoh di Amerika yang menggunakan prinsip *lex loci celebritionis* dalam masalah perkawinan, terdapat kasus Farah v Farah di Virginia tahun 1993, dua orang warga negara Pakistan yang menikah secara agama (Islam) di Inggris dengan serangkaian upacara resepsi perkawinan

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ RH. Granson, *Comparative Conflict Laws*, hlm. 255-256.

⁵¹ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata... op. cit.*, hlm. 126-127. Lihat juga J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, (Toronto: Butterworths, 1986), hlm. 86. Castel menyatakan bahwa: “*the forum will always determine the extent to which a foreign judgment will be recognized and enforced.*” Hal ini dibahas dalam bab *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, sub bab *Policy Consideration*.

⁵² Dalam beberapa buku tentang ‘*Conflict of Laws*’, dibahas tentang poligami atau monogami tergantung pada *lex loci celebrationis*. Begitu juga dalam pembahasna tentang syarat-syarat formal perkawinan, juga digunakan *lex loci celebrationis*. Lihat J. G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, hlm. 101 – 102. Lihat juga P E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Australia: Butterworths, 1984), hlm. 293-304; Abba J Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, Cet. ke-2, (London: Cavendish, 1996), hlm. 210.

di Pakistan, kemudian keduanya pindah ke Amerika. Karena perkawinan agama Islam tidak memenuhi persyaratan dalam hukum perkawinan Inggris tentang perkawinan yang sah, maka perkawinan mereka juga dianggap tidak sah oleh pengadilan Virginia Amerika, dengan menyatakan bahwa perkawinan agama Islam dengan serangkaian perkawinan menurut hukum keluarga Islam yang dianggap sah di Pakistan, dianggap tidak relevan di Amerika.⁵³

Kasus lain antara Shike v Shike tahun 2000, pasangan muslim yang menikah dalam upacara perkawinan Islam di Pakistan dan kemudian didokumentasikan di Texas dengan lisensi standar perkawinan yang ditandatangani oleh Imam di Texas. Pasangan ini percaya bahwa perkawinan mereka telah bersifat mengikat, tetapi pengadilan menolak perkawinan tersebut, sehingga mereka menikah kembali berdasarkan hukum Texas.⁵⁴

E. Penutup

Dari paparan pembahasan di atas, dapat diketahui bahwa bagi masyarakat muslim migrant di Amerika dan Inggris, hukum keluarga Islam tidak diakui dan diterapkan secara legal formal dalam negara atau di pengadilan, karena di negara-negara penganut common law ini tetap diterapkan hukum setempat. hal ini dikarenakan negara-negara ini menganut prinsip domisili dalam bidang hukum status personal. Sehingga, masyarakat muslim menerapkan hukum keluarga Islam secara cultural dalam masyarakatnya sendiri, yang dibimbing oleh mufti atau imam mereka, dan tidak sah sebagai hukum negara.

Adapun di negara-negara Eropa Contonental yang menganut civil law system, seperti di Jerman dan Perancis, bagi masyarakat muslim migrant tetap dapat diterapkan hukum keluarga muslim secara resmi bahkan di pengadilannya. Pengadilan di Jerman dan Perancis dapat memutuskan prinsip-prinsip hukum keluarga Islam dalam kasus-kasus tertentu. Hal ini dikarenakan negara-negara Eropa continental menganut prinsip nasionalitas dalam penerapan hukum status personal.

⁵³ Lynn Welchman (ed.), *Women's Rights and Islamic family Law: Perspectives on Reform* (New York: Zed Book Ltd., 2004), hlm. 199.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 200.

DAFTAR PUSTAKA

- Abd al Wahhab Khalaf, *‘Ilmu Usul Fiqh*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1978)
- Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum (Civil Law, Common Law, Hukum Islam)*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, tanpa tahun)
- Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gema Media, 2001)
- Alba J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, (London: Cavendish, 1998)
- Bayu Seto Hardjowahono, *Dasar-dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006)
- J.G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, (Toronto: Butterworths, 1986)
- JND. Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern (Islamic Law in The Modern World)*, translated by Machnun Husain, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1994)
- Joseph Schach, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1982)
- Juergen Basedow and Nadima Yassari (eds.), *Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts*, (German: Mohr Siebeck, 2004)
- Lynn Welchman (ed.), *Women’s Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform* (New York: Zed Book Ltd., 2004)
- Mahmud Syaltut, *Al-Islam Aqidah wa Syari’ah*, (Kairo: Dar Al-Qalam, 1966)
- Mathias Rohe, “Islamic Law in Germany Court”, in *Hawwa* 1 tahun 2003
- Pascale Fournier, “The reception of Muslim Family Laws in Wertern Liberal States”, December 2005.
- P. E Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, (Sidney: Butterworths, 1976)
- Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, (Yogyakarta: UII Press, 2007)

R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1993)

Ruth Hayward, *Conflict of laws*, ed-4, (London: Cavendish, 2006)

Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1977)

Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, the seventh book, (Bandung: Alumni, 1981)

Sunarjati Hartono, *Pokok-pokok Hukum Perdata Internasional Indonesia*, ed.3 (Bandung: Binacipta, 1989)

Tahir Mahmood, *Family Law Reform in The Muslim World*, (Bombay: Tripathi, 1972)

Petunjuk & Ketentuan Penulisan Artikel pada Jurnal Al-Mazāhib

A. Substansi Tulisan Artikel

1. Jurnal Al-Mazāhib hanya menerima dan memuat artikel yang terkait dengan “pemikiran hukum”;
2. Artikel bersifat orisinal dan memiliki sumbangan pemikiran / keilmuan yang jelas;
3. Artikel hendaknya didasarkan pada sumber-sumber primer terbaru (sumber-sumber yang ditulis pada 10 tahun terakhir);
4. Artikel didasarkan pada minimal 15 rujukan;

B. Batang Tubuh Artikel

1. Judul artikel dengan bahasa yang spesifik dan efektif (maksimal 12 kata);
2. Nama penulis artikel (tanpa gelar akademik, disertai keterangan instansi/ perguruan tinggi, alamat yang bisa dihubungi, dan alamat email untuk korespondensi)
3. Abstrak dalam bahasa Indonesia dan bahasa Inggris (satu paragraph, satu spasi, dan menggambarkan esensi keseluruhan tulisan);
4. Kata kunci/*keywords* (tiga sampai lima kata yang mencerminkan konsep pokok dari tulisan artikel);
5. Pendahuluan;
6. Pembahasan (tanpa subjudul besar yang berbunyi “Pembahasan”, tetapi langsung dirinci ke dalam sub-sub judul inti dari artikel);
7. Penutup/Simpulan;
8. Daftar Pustaka.

C. Tata Tulis

1. Artikel ditulis dalam bahasa Indonesia yang baik dan benar;
2. Artikel ditulis dengan Microsoft Word dengan jenis huruf Times New Roman, font size 12, spasi ganda, dan ditulis pada kertas A4 dengan margin 4-4-3-3;

3. Panjang tulisan artikel antara 15-25 halaman;
4. Perujukan artikel dengan menggunakan sistem *footnote* (Istilah *Op.Cit.*, dan *Loc Cit.*, tidak digunakan dalam penulisan artikel di Jurnal Al-Mazāhib).
5. Penulisan *footnote* menjorok enam spasi dengan susunan penulisan: nama penulis (tidak dibalik), judul buku (*italic*), cetakan ke (jika ada), volume (jika ada), kota penerbit, nama penerbit, tahun terbit, dan halaman yang dirujuk (hlm.). Lihat contoh penulisan rujukan (*footnote*) berikut ini:

- ¹. QS. an-Nisa [4]: 58.
- ². Ahmad Qodri A. Azizy, *Reformasi Bermazhab: Sebuah Ikhtiar Menuju Ijtihad Sesuai Saintifik-Modern* (Jakarta: Teraju, 2003), hlm. 50.
- ³. Abdullah Laroui, *The Crisis of the Arab Intellectual: Traditionalism or Historicism* (Berkeley: University of California Press, 1976), hlm. 75.
- ⁴. Wahbah az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*, cet. ke-3, vol. VII (Damaskus: Dār al-Fikr, 1989), VII: 821.
- ⁵. Ahmad Qodri A. Azizy, *Reformasi Bermazhab ...*, hlm. 51.
- ⁶. *Ibid.*
- ⁷. Muhammad Awwamah, *Melacak Akar Perbedaan Madzhab*, terj. A. Zarkasyi Chumaidy (Bandung: Pustaka Hidayah, 1997), hlm. 123.
- ⁸. Haidar Baqir dan Syafiq Basri (*ed.*), *Ijtihad Dalam Sorotan* (Bandung: Mizan, 1996), hlm. 65.
- ⁹. Wahbah az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islāmī ...*, vol. VIII, hlm. 221.
- ¹⁰. Muhammad Awwamah, *Melacak Akar Perbedaan Madzhab ...*, hlm. 140.



JURUSAN PERBANDINGAN MAZHAB DAN HUKUM
FAKULTAS SYARI'AH DAN HUKUM
UIN SUNAN KALIJAGA YOGYAKARTA



9 772302 735034 >