

**PENELITIAN  
DISERTASI**

**PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP ANAK LUAR KAWIN**



Oleh

**MUHAMMAD IZUDIN**  
NIM. 130730101001

PROGRAM STUDI DOKTOR ILMU HUKUM  
FAKULTAS HUKUM  
UNIVERSITAS JEMBER  
2019

**PERSETUJUAN  
PENELITIAN DISERTASI**

**PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP ANAK LUAR KAWIN**

Oleh

**Muhammad Izudin**  
NIM. 130730101001

Menyetujui

Promotor

Kopromotor

**Prof. Dr. H. M. Khoidin, S.H., M.Hum, CN.**  
NIP. 196303081988021001

**Dr. Dyah Ochterina S, S.H., M.Hum.**  
NIP. 198010262008122001

Mengetahui  
Ketua

Program Studi Doktor Ilmu Hukum  
Fakultas Hukum Universitas Jember

**Prof. Dr. H. M. Khoidin, S.H., M.Hum, CN.**  
NIP. 196303081988021001

**DAFTAR ISI**

BAB I	PENDAHULUAN	
1.1.	Latar Belakang	1
1.2.	Rumusan Masalah	12
1.3.	Tujuan Penulisan	13
1.4.	Manfaat Penulisan	13
1.5.	Orisinalitas Penelitian	14
1.6.	Desain Penelitian	16
1.7.	Definisi Konsep	17
1.8.	Metode Penelitian	18
1.9.	Sistematika Penulisan	24
BAB II	KERANGKA TEORITIK DAN KONSEPTUAL	
2.1.	KERANGKA TEORITIK	25
2.1.1.	<i>Teori Hifzh an-Nasl</i>	25
2.1.2.	<i>Teori Mashlahah Mursalah</i>	30
2.1.3.	<i>Teori Manfaat (Utilitas)</i>	53
2.1.4.	<i>Teori Perlindungan Hukum</i>	60
2.1.5.	<i>Teori Kepastian Hukum</i>	64
2.2.	PENJELASAN KONSEP	66
2.2.1.	<i>Konsep Perlindungan Hukum</i>	66
2.2.2.	<i>Konsep Anak Luar Kawin</i>	67
BAB III	HAKIKAT HUBUNGAN KEPERDATAAN DAN NASAB ANAK LUAR KAWIN	
3.1.	Hakikat Hubungan Nasab dalam Perspektif Fuqaha	72
3.1.1.	Konsep Nasab dalam Hukum Islam	72

3.1.2.	Hak Nasab Anak	77
BAB IV	KONSEP ANAK LUAR KAWIN DALAM PERSPEKTIF MK	109
4.1.	Hakikat dan Makna Pasal 43 UU Perkawinan	109
4.2.	Rasionalias Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010	133
4.3.	Risalah Sidang MK atas Perkara Nomor 46/PUU-VIII/2010	137
4.4.	Pemaknaan Anak Luar Kawin dalam Perspektif Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010	152
BAB V	PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP ANAK LUAR KAWIN DI BIDANG KEWARISAN ISLAM DAN PENENTUAN KEWENANGAN WALI NIKAH	
5.1.	Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin	218
5.2.	Hak Waris Anak Luar Kawin	226
5.3.	Hak Perwalian Nikah Anak Luar Kawin	278
BAB VI	PENUTUP	
6.1.	Kesimpulan	286
6.2.	Saran	287
DAFTAR PUSTAKA		288

## BAB I

### PENDAHULUAN

#### 1.1. LATAR BELAKANG

Mahkamah Konstitusi (*selanjutnya disebut MK*) merupakan pemegang kekuasaan kehakiman sejajar dengan Mahkamah Agung. Pasal 24 Ayat 2 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (*selanjutnya disebut UUD 1945*) menyatakan, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh MK. Berdasarkan ketentuan tersebut, MK adalah salah satu lembaga peradilan yang mengadili perkara-perkara tertentu yang menjadi kewenangannya berdasarkan ketentuan UUD 1945. Berdasarkan Pasal 24 Ayat (1) dan Ayat (2) wewenang MK sebagai berikut:

1. Menguji UU terhadap UUD 1945;
2. Memutus sengketa kewenangan lembaga-lembaga negara;
3. Memutus pembubaran partai politik;
4. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum;
5. Memutus pendapat DPR tentang dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden lagi.<sup>1</sup>

Sejalan dengan kewenangan tersebut, MK telah menerima permohonan pengajuan *judicial review*<sup>2</sup> yang diajukan oleh Aisyah (Machicha Mochtar) dan

---

<sup>1</sup>Bambang Sutyoso dan Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 2005, cet. ke-1, h. 49-50.

<sup>2</sup>*Judicial review* adalah pengujian oleh lembaga yudikatif tentang konsistensi Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar atau peraturan perundang-undangan terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT. Radja Grafindo Persada, 2011, h. 37-40.

anak kandungnya yang bernama Muhammad Iqbal Ramadhan terhadap ketentuan Pasal 2 Ayat (2) dan Pasal 43 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (*selanjutnya disebut UU Perkawinan*). Moerdiono sebagai seorang suami telah menikah lagi dengan istri kedua bernama Aisyah secara syariat Islam, tetapi tidak dicatatkan di Kantor Urusan Agama (*selanjutnya disebut KUA*), sehingga tidak memiliki Buku Kutipan Akta Nikah.<sup>3</sup>

Adanya Pasal 2 Ayat (2) dan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan, hak-hak konstitusi Aisyah dan Muhammad Iqbal Ramadhan sebagai Warga Negara Indonesia yang dijamin oleh Pasal 28 Ayat (1) UUD 1945 dinilai telah dirugikan, karena status perkawinan dan anak yang dilahirkan menjadi tidak sah secara hukum. Atas permohonan tersebut, MK memberikan putusan dengan mengabulkan sebagian permohonan para Pemohon dengan mengeluarkan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dengan mengubah bunyi Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan sebagai berikut:

Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan (Lama)	Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan (Baru)
"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya."	"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan lelaki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya." <sup>4</sup>

<sup>3</sup>Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi pada tanggal 13 Februari 2012 dan disampaikan dalam Sidang Pleno MK secara terbuka untuk umum pada tanggal 27 Februari 2012.

<sup>4</sup>[www.hukumoline.com](http://www.hukumoline.com) (17/2), diakses tanggal 17 Februari 2015.

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang uji materiil (*judicial review*) UUPerkawinan terhadap UUD 1945 memicu kontroversi seputar konsep *nasab*.<sup>5</sup> Secara rinci, Putusan MK ini berisi hal-hal sebagai berikut:

1. Memberi perlindungan hukum atas hak-hak dasar dari anak, baik terhadap ayahnya dan keluarga ayahnya maupun lingkungannya.
2. Memberikan perlakuan yang adil terhadap setiap anak yang dilahirkan meskipun perkawinan orang tuanya tidak (belum) ada kepastian.
3. Menegaskan adanya hubungan perdata setiap anak dengan ayah biologisnya dan keluarga ayahnya menurut hukum sebagaimana hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.
4. Menegaskan adanya kewajiban ayah menurut hukum, memelihara setiap anak yang dilahirkan dari ayahnya.
5. Melindungi hak waris anak dari ayahnya karena adanya hubungan darah, hak dan tanggung jawab satu sama lain.
6. Menjamin masa depan anak sebagaimana anak-anak pada umumnya.
7. Menjamin hak-hak anak untuk mendapatkan pengasuhan, pemeliharaan, pendidikan dan biaya penghidupan, perlindungan dan lain sebagainya dari ayahnya sebagaimana mestinya.<sup>6</sup>

Keluarnya Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Februari 2012 tentang anak yang lahir di luar perkawinan yang mempunyai hubungan perdata dengan ayah biologisnya menuai banyak kritik. Sikap pro dan kontra muncul dari beberapa kalangan.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup>Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia *nasab* diartikan sebagai keturunan dan pertalian keluarga. Dari akar kata ini terlahir kata *nasabah* yang berarti orang yang biasa berhubungan dengan atau menjadi pelanggan; orang yang menjadi tanggungan; pertalian) dan *munasabah* yang berarti cocok; sesuai; tetap benar; kesesuaian. KBBI v1.1. 2010 Edisi III.

<sup>6</sup>[www.hukumoline.com](http://www.hukumoline.com), *ibid*.

<sup>7</sup>Pihak yang kontra terhadap Putusan MK antara lain Ketua Majelis Ulama Indonesia (MUI), Mak'ruf Amin yang mengatakan bahwa Putusan MK mempersamakan anak hasil perkawinan dengan anak zina. Jawa Pos, MUI: MK Seperti Tuhan Kedua, 20-03-2012. Pihak yang pro dengan putusan MK antara lain Majelis Tarjih Muhammadiyah yang menyandarkan pada kaidah fikih: *al-hukmu yaduuru ma'a illatihii wujudan wa 'adaman* (aturan atau hukum terkait dengan ada atau tidaknya alasan) dan menetapkan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan, sepanjang ada hubungan darah yang dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi atau alat bukti lain menurut hukum, adalah anak yang sah. Ketua Komite Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) Aris Merdeka Sirait mengatakan bahwa putusan MK akan menjadi landasan hukum yang sah dalam memajukan upaya advokasi bagi anak di luar perkawinan untuk memperoleh hak keperdataan. Nadjib Hamid, *Anak Zina, Solusi MK dan Tarjih*, Jawa Pos: 28-02-2012.

Jumhur ulama menetapkan bahwa anak yang lahir dari hasil zina<sup>8</sup> tidak memiliki hubungan nasab dengan pria yang menyebabkan kelahirannya, akan tetapi hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. MUI pada prinsipnya mendukung upaya perlindungan hukum terhadap anak yang dilahirkan di luar perkawinan, terbukti pada fatwanya yang meminta Pemerintah menjatuhkan hukuman *takzir*<sup>9</sup> kepada pria pelaku zina dengan mencukupi kebutuhan hidup kepada anak biologisnya serta memberikan harta setelah meninggal melalui *wasiat wajibah*<sup>10</sup>, namun MUI menolak tegas adanya hubungan nasab antara anak hasil zina dengan ayah biologisnya.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup>*Zina* dalam pengertian hukum Islam berarti hubungan seksual yang dilakukan di luar perkawinan yang sah secara *syar'i*.

<sup>9</sup>*Takzir* artinya hukuman yang dijatuhkan atas dasar kebijakan hakim karena tidak terdapat (aturan yang jelas) dalam AlQuran dan Hadis. KBBI Edisi III Daring, 2010.

<sup>10</sup>KHI Pasal 171 huruf f menyebutkan wasiat adalah pemberian suatu pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia. Dalam kompilasi Hukum Islam pada pasal 209 ayat (2) berbunyi: (2) terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi *wasiat wajibah* sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya. Pada kenyataannya, banyak dikalangan ahli waris lain atau keluarga dekat (*qarabah*) yang tidak menyetujui adanya pemberlakuan hukum demikian. Hal ini beralasan karena selama ini masyarakat Islam merasa asing dengan pemberlakuan tersebut karena mereka mengetahui bahwa dalam hukum Islam anak angkat tidak dapat diakui bisa dijadikan dasar dan sebab mewarisi. Dasar hukum *wasiat wajibah* merupakan produk hukum penalaran hukum para yuris Islam (*fuqaha*) sehubungan dengan upaya pengembangan hukum normatif Islam tentang wasiat yang bisa menjadi diskresi atas kekosongan hukum kewarisan terhadap orang-orang tertentu yang menuntut suatu keadilan. Atau bisa jadi ketidakadilan bagi ahli waris lain yang merasa adanya anak angkat justru merugikan hak bagi mereka. M. Fahmi al-Amruzi, *Rekonstruksi Wasiat Wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam*, Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2012, h. 19.

<sup>11</sup>Senada dengan Ma'ruf Amin, Ketua Umum Pengurus Besar Nahdlatul Ulama (PBNU) Said Aqil Siradj menyatakan: "Ayah biologis anak perempuan yang lahir di luar perkawinan, tetap tidak boleh menjadi wali saat anaknya menikah". Menurut Ketua PBNU, Putusan MK itu hanya memberikan penegasan hubungan biologis antara anak dan kedua orang tua biologisnya beserta hak keperdataan. Menurut ajaran Islam Putusan MK tersebut tidak bisa mengubah status perwalian anak hasil hubungan di luar perkawinan. Ketua Umum Muslimat NU Khofifah Indar Parawansa, menyarankan agar MK, Kementerian Dalam Negeri dan Kementerian Agama berkoordinasi dengan Majelis Ulama Indonesia dan Ormas Islam untuk merumuskan tata pelaksanaannya agar Putusan MK tersebut tidak bertabrakan dengan hukum Islam ketika diterapkan. Ikatan Sarjana dan Praktisi Hukum Indonesia (ISPH) Fredrich Yunadi menyatakan Putusan MK tersebut akan menimbulkan implikasi jangka panjang. Upaya untuk menyelesaikan polemik putusan tersebut, antara lain dengan membuat Peraturan Pemerintah (PP) yang baru, atau Undang-Undang Perkawinan yang diperbaharui. E-life: MUI: *Anak Hasil Zina Tak Berhak Menuntut Ayahnya*, (Jakarta: Rabu, 14 Maret 2012), h. 1.



Putusan MK mengenai pengakuan anak yang lahir di luar perkawinan ini melegakan sebagian kalangan, tapi ada permasalahan baru yang timbul dari Putusan MK tersebut.<sup>12</sup> Penetapan asal-usul anak dalam perspektif hukum Islam memiliki batasan jelas, jika penafsiran mengenai kedudukan anak yang lahir di luar perkawinan dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 termasuk di dalamnya anak hasil zina<sup>13</sup> dan anak *mula'ana*<sup>14</sup>, berarti putusan itu dianggap bertentangan dengan norma agama Islam yang berlaku. Ketentuan hukum Islam menegaskan bahwa anak hasil zina tidak bisa dinasabkan kepada ayah biologisnya, melainkan kepada suami sah dari wanita yang melahirkan anak hasil zina tersebut, sepanjang tidak diingkari oleh suami dari wanita tersebut.<sup>15</sup>

Sebelum adanya putusan ini, status anak yang dilahirkan dari hasil hubungan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, hal tersebut antara lain terlihat dari akta kelahiran anak yang lahir di luar perkawinan hanya mencantumkan nama ibu tanpa menyebutkankan nama ayah. Konsekuensi dari tidak adanya hubungan nasab antara ayah dan anak secara hukum berakibat tidak adanya hak kewarisan dan tidak adanya hak untuk menjadi wali nikah. Ketentuan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan memang merupakan konsekuensi logis dari pengaturan mengenai

---

<sup>12</sup>Muslimat NU: Putusan MK Soal Anak Luar Nikah Bisa Menjerumuskan <http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/12/02/26/lzyhr-muslimat-nu-putusan-mk-soal-anak-luar-nikah-bisa-menjerumuskan>, tanggal akses 26/2/2012.

<sup>13</sup>Pengertian anak hasil zina yang dimaksud adalah anak yang lahir sebagai akibat dari hubungan badan di luar perkawinan yang sah menurut ketentuan agama, dan perbuatan zina sendiri merupakan *jarimah* (tindak pidana kejahatan). Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, h. 9.

<sup>14</sup>Anak *mula'ana* berawal dari peristiwa *li'an* yang berarti sumpah seorang suami yang menuduh istrinya berbuat zina sehingga berakibat hubungan perkawinan mereka menjadi putus dan anak yang lahir hanya bernasab kepada ibunya. UU Perkawinan Pasal 44 Ayat (1) menyatakan: Seorang suami dapat menyangkal sahnya anak yang dilahirkan oleh isterinya, bilamana ia dapat membuktikan bahwa isterinya telah berzina dan anak itu akibat dari perzinahan tersebut. Dasar hukum: Q.S. An-Nuur: 4-10.

<sup>15</sup>E-life, MUI: *Anak Hasil Zina*, h. 2.

persyaratan dan prosedur perkawinan yang sah sebagaimana ditentukan dalam UU Perkawinan Pasal 2 Ayat (1) dan (2). Pada amar Putusan MK tersebut menyebutkan bahwa Pasal 43 Ayat (1) yang menyatakan: "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya" tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya. Putusan MK itu juga memberikan dampak besar terhadap hukum waris bagi anak yang lahir di luar perkawinan yang semula mendapat hak warisan hanya jika telah diakui dan disahkan, namun sejak adanya Putusan MK ini anak yang lahir di luar perkawinan juga diakui sebagai anak yang sah dan mempunyai hubungan waris dengan ayah biologisnya jika dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain.<sup>16</sup>

Status anak yang lahir di luar perkawinan yang dimaknai sebagai anak hasil hubungan badan di luar perkawinan (*zina*) dan anak yang tidak diakui (*li'an*), dalam fiqh Islam, tidak bisa dinasabkan kepada ayah biologisnya. Pasal 100 Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam (*selanjutnya disebut KHI*) juga menegaskan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Terkait hal itu, maka anak yang lahir di luar perkawinan hanya berhak menerima hak nasabnya dari pihak ibu. Selain itu, pada Pasal 186 KHI lebih ditegaskan lagi bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai

---

<sup>16</sup>Deity Yuningsih, *Implikasi Putusan Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 terhadap Hak Keperdataan bagi Anak Luar Kawin*, Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa Vol. 21 Nomor 1, Maret 2013, h. 105.

hubungan saling mewarisi dengan ibunya. Setelah dikeluarkannya Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 terbuka penafsiran hukum baru atas pola hubungan hukum perdata antara anak dan ayah biologisnya, dengan mengesampingkan ketentuan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan, Pasal 100 dan Pasal 186 KHI.<sup>17</sup> Hal ini membawa konsekuensi bahwa hukum memberi peluang bagi anak yang lahir di luar perkawinan atau pihak yang mewakili kepentingannya untuk memohon atau menggugat ayah biologisnya di pengadilan jika terbukti berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah dengan ayah biologisnya.<sup>18</sup>

Menanggapi munculnya pertanyaan mengenai kedudukan anak hasil zina, terkait dengan hubungan nasab, waris dan wali nikah dari anak hasil zina menurut hukum Islam, terutama pasca Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, Majelis Ulama Indonesia mengeluarkan Fatwa Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan terhadapnya, yang menetapkan ketentuan hukum sebagai berikut:

1. Anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan *nafaqah* dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya.
2. Anak hasil zina hanya mempunyai hubungan nasab, waris dan *nafaqah* dengan ibunya dan keluarga ibunya.
3. Anak hasil zina tidak menanggung dosa perzinahan yang dilakukan oleh orang yang mengakibatkan kelahirannya.
4. Pezina dikenakan hukuman *hadd* oleh pihak yang berwenang, untuk menjaga kepentingan menjaga keturunan yang sah (*hifzh al-nas*).
5. Pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman *ta'zir* laki-laki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk:
  - a. Mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut.

---

<sup>17</sup>Pasal 100 KHI menyatakan: "Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya." Sedangkan Pasal 186 menegaskan: "Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan saling mewarisi dengan ibunya dan keluarga dari pihak ibunya."

<sup>18</sup>*ibid.*

- b. Memberikan harta setelah ia meninggal melalui *wasiat wajibah*.<sup>19</sup>

Persoalan nasab dan perwalian nikah sebenarnya menjadi rumit sejak lahirnya Pasal 42 UU Perkawinan yang kemudian ditegaskan kembali pada Pasal 99 huruf (a) KHI yang mendefinisikan anak sah dengan anak yang dilahirkan **dalam** atau **akibat** perkawinan yang sah. Tak ada penjelasan lain tentang sahnya anak ini (tentang pengertian dalam dan akibat tersebut) baik dalam UU Perkawinan sendiri, Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, maupun dalam Peraturan Menteri Agama Nomor 3 Tahun 1975. Ketentuan pasal tersebut melahirkan dua substansi penafsiran, *pertama* anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah dan *kedua*, anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah.<sup>20</sup> Persoalan utama adalah yang berkaitan dengan penafsiran pertama, ketentuan ini menggeneralisir pengertian anak sah pada setiap anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah, termasuk di dalamnya anak sebagai akibat hubungan badan sebelum adanya perkawinan kemudian lahir setelah terjadi perkawinan. Setiap anak yang dilahirkan atau dipelihara dalam perkawinan, maka anak itu dianggap sebagai anak sah dan memiliki hubungan nasab dengan lelaki yang berstatus sebagai suami dari ibu yang melahirkannya. Konsekuensinya bila anak yang lahir itu seorang wanita dan akan melangsungkan perkawinan, maka yang menjadi wali nikahnya adalah ayah biologisnya tersebut. Hal ini tidak sejalan dengan fiqh munakahat yang menegaskan bahwa seorang anak memiliki hubungan nasab dengan ayahnya apabila anak itu lahir sebagai akibat perkawinan yang sah secara *syar'i*. Seorang

---

<sup>19</sup>Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, h. 10.

<sup>20</sup>Abdul Manan, *op. cit.*, h. 57.

anak yang dilahirkan dari hasil pembuahan yang tidak sah secara *syar'i*, baik sebelum adanya ikatan perkawinan maupun setelah adanya ikatan perkawinan, maka anak itu adalah anak yang hanya memiliki nasab dengan ibunya saja, dan konsekuensinya bila anak tersebut perempuan maka otomatis berstatus *'adam wali nasab*<sup>21</sup> dan yang menjadi wali nikah baginya bukanlah ayah biologisnya melainkan wali hakim.<sup>22</sup>

UU Perkawinan tidak mengatur tentang wali nikah secara eksplisit, di dalamnya hanya dinyatakan bahwa perkawinan yang dilangsungkan di muka Pegawai Pencatat Nikah yang tidak berwenang, wali nikah yang tidak sah atau perkawinan yang tidak dihadiri oleh dua orang saksi dapat dimintakan pembatalannya oleh para pihak keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dari suami atau isteri, jaksa dan suami atau isteri. Secara implisit isi Pasal 26 (1) UU Perkawinan ini mengisyaratkan bahwa perkawinan yang tidak dilaksanakan oleh wali nikah yang sah maka perkawinan tersebut dapat dibatalkan. Jadi, ketentuan ini harus dikembalikan kepada ketentuan hukum agama sebagai penentu sah tidaknya suatu perkawinan sebagaimana ketentuan Pasal 2 UU Perkawinan. Ketentuan ini dipertegas lagi oleh Pasal 19 KHI yang menyatakan bahwa wali dalam suatu akad perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi oleh calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya.<sup>23</sup> Perkawinan yang sah harus memenuhi rukun dan syarat sebagaimana telah diatur dalam Pasal 14 KHI,<sup>24</sup> keberadaan wali nikah adalah salah satunya, menurut KHI dinyatakan

---

<sup>21</sup>*'Adam wali nasab* artinya tidak memiliki wali nikah sama sekali dari garis hubungan nasab.

<sup>22</sup>Abdul Manan, *op. cit.*, h. 58.

<sup>23</sup>Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2008, h. 65.

<sup>24</sup>Untuk melaksanakan perkawinan harus ada: calon suami, calon isteri, wali nikah, dua orang saksi dan ijab-qabul.

bahwa yang bertindak sebagai wali nikah ialah seorang laki-laki yang memenuhi syarat hukum Islam yaitu: muslim, akil dan baligh. Perkawinan sebagai peristiwa hukum tentu mempunyai akibat hukum. Akibat hukum dari perkawinan antara lain timbulnya hubungan nasab, perwalian dan kewarisan.<sup>25</sup>

Perwalian nikah dalam hukum perkawinan berdasarkan syariat Islam adalah salah satu unsur pembeda dengan hukum perkawinan dalam syariat agama lainnya, oleh karena itu ketentuan yang berhubungan dengan perwalian dalam hukum perkawinan Islam harus tunduk terhadap hukum Islam itu sendiri yang menentukan sah tidaknya seseorang bertindak sebagai wali dalam perkawinan. Perwalian dalam perkawinan menurut hukum Islam pada dasarnya terbagi kepada dua kelompok, yaitu wali nasab dan wali hakim.<sup>26</sup> Wali nasab adalah adanya hubungan perwalian antara seorang dengan orang lain disebabkan karena adanya hubungan nasab dari perkawinan yang sah, sedangkan wali hakim adalah hubungan perwalian antara seorang dengan orang lain disebabkan adanya kekuasaan yang ditunjuk oleh negara untuk bertindak sebagai wali bagi seorang calon mempelai wanita yang tidak memiliki wali nasab, wali nasab tidak memenuhi syarat, wali nasab *mafqud* (hilang) atau wali nasab enggan (*adha*) bertindak sebagai wali nikah.<sup>27</sup> Sehubungan hukum perkawinan di Indonesia menganut prinsip bahwa wali nikah merupakan rukun nikah yang harus dipenuhi, maka setiap perkawinan yang dilaksanakan harus menggunakan wali nikah dengan urutan kedudukan wali dalam hukum Islam secara benar. Jika

---

<sup>25</sup>Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam, Pasal 20 Ayat (1) dan Ayat (2).

<sup>26</sup>*ibid.* Wali nasab adalah wali nikah yang terdiri keluarga calon pengantin wanita yang terdiri dari ayah kandung, kakek kandung, saudara kandung dan seterusnya. Wali hakim adalah orang yang diangkat oleh Pemerintah untuk bertindak sebagai wali nikah.

<sup>27</sup>*ibid.*, Pasal 23 ayat (1) KHI.

perkawinan tersebut tidak memakai wali atau tidak menggunakan wali sesuai dengan urutan kedudukan yang telah ditentukan oleh hukum Islam secara benar, maka perkawinan tersebut cacat hukum dan dikategorikan sebagai nikah *bathil*.<sup>28</sup>

Terkait demikian, penentuan kewenangan wali nikah berkaitan langsung dengan sah tidaknya status sebagai anak secara *syar'i*. Artinya apabila anak itu sah sebagai anak, maka anak itu memiliki hubungan perwalian dengan ayahnya, kakeknya, saudaranya, pamannya dan seterusnya. Sebaliknya apabila anak itu berstatus sebagai anak tidak sah, maka anak itu tidak memiliki hubungan perwalian dengan ayahnya dan seterusnya. Kata "mempunyai hubungan darah" dalam rumusan pasal perubahan dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 memang sangat sensitif sebab hubungan darah dalam kajian hukum *syar'i* adalah *nasab* yang merupakan salah satu dari *al-kulliyah al-khams, al-dharuriyyat al-khams* (pancajiwa syariah), nasab tidak mungkin dibentuk melalui jalan perzinahan. Terkait hal ini, perlu kajian lebih dalam tentang sejauh mana putusan ini dapat dijalankan karena akan sangat sulit penerapannya di masyarakat apabila terjadi pertentangan yang begitu tajam antara hukum yang diberlakukan oleh negara dan nilai-nilai yang dianut di masyarakat.<sup>29</sup>

Peran wali dalam perkawinan berdasarkan hukum Islam menjadi penting untuk dikaji secara mendalam, dengan mengambil dari pemahaman para ulama, baik ulama *fiqh* konvensional, kontemporer maupun perundang-undangan. Tinjauan filosofis (filsafati) tentang peran wali nikah pada penelitian disertasi ini dipadukan secara *integrative-analytic* antara penafsiran ulama klasik dan

---

<sup>28</sup>Nikah *bathil* berarti nikah yang batal karena tidak memenuhi rukun nikah yang telah ditetapkan oleh *syara'*. Ulama membedakan nikah *bathil* dengan nikah *fasid* yang diartikan oleh Abdurrahman al-Jaziri sebagai nikah yang tidak memenuhi syarat sahnya pelaksanaan perkawinan. Hukum kedua bentuk perkawinan ini sama saja yaitu tidak sah. Abdul Manan, *op.cit.*, h. 40.

<sup>29</sup>Jurnal Konstitusi, Vol. I No. 1, November 2012, h. 53.

kontemporer, kemudian dipadukan dengan peraturan perundang-undangan terkini yang mengatur tentang perwalian dalam perkawinan.<sup>30</sup>

Ada hal unik dalam sejarah perkembangan hukum Islam mengenai penentuan kewenangan wali nikah. Ada perdebatan pemikiran yang dinamis mengenai persoalan apa sesungguhnya peran wali dalam perkawinan. Pertanyaan ini menarik karena ternyata, dalam beberapa mazhab, persoalan peran wali nikah bukan hanya terkait dengan sah atau tidaknya suatu perkawinan, akan tetapi juga berkaitan dengan hak menikahkan dan hak *ijbar*<sup>31</sup>, bahkan juga terkait dengan masalah perizinan bagi orang yang akan melakukan perkawinan.

Penelitian disertasi ini berupaya untuk menelusuri nilai-nilai filsafat di balik peran wali nikah dalam perkawinan. Dimulai dengan kajian ontologis tentang wali nikah, peran wali nikah dalam proses akad nikah, landasan teologis wali nikah, ragam pendapat ulama dan peraturan perundang-undangan mengenai peran wali nikah dalam perkawinan. Pada kajian ini, diharapkan bisa mengkaji dinamika pemikiran seputar penetapan hak nasab dan penentuan kewenangan wali nikah dalam hukum Islam serta nilai-nilai filosofis yang terkandung di dalamnya.

## 1.2. RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, rumusan masalah yang menjadi fokus penelitian disertasi ini adalah sebagai berikut:

1. Apa hakikat hubungan keperdataan anak luar kawin dengan ayah biologisnya

---

<sup>30</sup>Menurut Asghar Ali Engineer, persyaratan wali dalam perkawinan Islam merupakan praktik pra-Islam yang digabungkan dengan fiqh Islam pada masa kemudian. Lihat Asghar Ali Engineer, *Hak-hak Perempuan dalam Islam*, terj. Farid Wajidi dan Ciciek Farcha Assegaf, Yogyakarta: LSPPA, 1992, h. 162.

<sup>31</sup>Hak seorang wali nikah (ayah dan kakek kandung) untuk menikahkan anak perempuan secara paksa.



dalam perspektif Putusan MK?

2. Bagaimanakah sinergitas makna frasa 'hubungan perdata' dalam Putusan MK dan 'hubungan nasab' dalam konsep hukum Islam?
3. Bagaimana perlindungan hukum terhadap anak luar kawin terkait dengan hak waris dan penentuan kewenangan wali nikah?

### **1.3. TUJUAN PENULISAN**

Sesuai dengan rumusan masalah yang ada, selain sebagai upaya pengembangan ilmu hukum di bidang hukum keluarga khususnya mengenai penetapan hak nasab, nafkah, waris dan penentuan kewenangan wali nikah anak luar kawin, tujuan penulisan yang ingin dicapai adalah sebagai berikut:

- 1.3.1. Menemukan, memahami dan menjelaskan tentang hakikat hubungan keperdataan anak luar kawin dengan ayah biologisnya dalam perspektif Putusan MK.
- 1.3.2. Menemukan, memahami dan menjelaskan apakah makna frasa 'hubungan perdata' dalam Putusan MK sama dengan istilah 'hubungan nasab' dalam konsep hukum Islam.
- 1.3.3. Menemukan, memahami dan menemukan bentuk perlindungan hukum terhadap anak luar kawin terkait dengan hak waris dan penentuan kewenangan wali nikah.

### **1.4. MANFAAT PENULISAN**

Hasil penelitian disertasi ini diharapkan bisa memberikan manfaat secara teoritik pada perkembangan teori dan konsep anak luar kawin terkait dengan asas kemanfaatan dalam hukum Islam, juga memberikan andil dalam

perkembangan ilmu hukum, khususnya hukum keluarga Islam terkait dengan anak luar kawin dan hubungan keperdataannya dengan kedua orang tuanya.

### 1.5. ORISINALITAS PENELITIAN

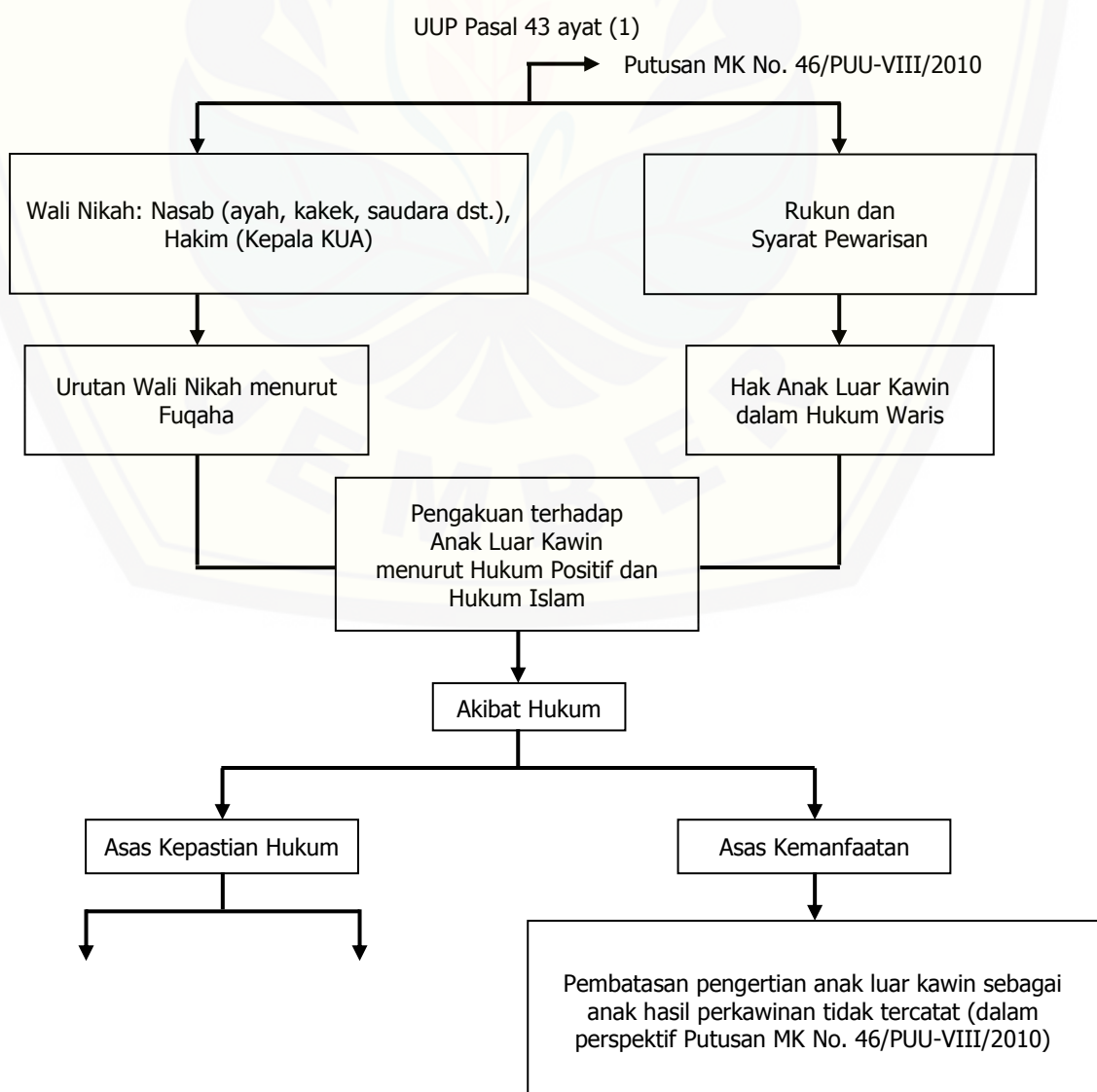
Terdapat beberapa penelitian terdahulu yang menjadi referensi dan bukti untuk menunjukkan obyek yang berbeda dengan yang akan diteliti, sehingga penelitian disertasi ini terjamin keasliannya:

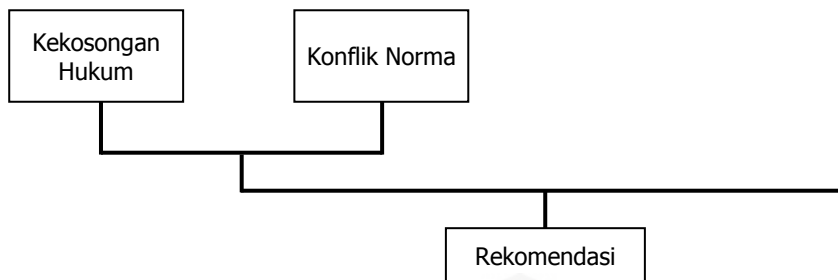
1. Edi Riadi. ***Dinamika Putusan Mahkamah Agung RI dalam Bidang Perdata Islam (Studi tentang Pergeseran Hukum Perkawinan dan Kewarisan Islam Tahun 1991-2007)***. Disertasi pada Program Doktor Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta Tahun 2011. Disertasi ini mengangkat isu hukum tentang dinamika putusan MA dalam perkara hukum perkawinan dan hukum kewarisan (mencakup wali *adal*, *isbat* nikah, pembatalan perkawinan, izin poligami, perceraian, *hadanah*, ahli waris anak dan sebagainya). Hasil penelitian disertasi ini menemukan bahwa penafsiran kontekstual terhadap teks hukum lebih memenuhi rasa keadilan daripada penafsiran tekstual.
2. Hamam. ***Anak Luar Nikah (Studi tentang Putusan MK Nomor: 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 27 Februari 2012 Perspektif Masalah Al-Syatibi)***. Disertasi program Doktor Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya tahun 2014. Disertasi ini mengangkat isu hukum tentang bagaimana status anak luar nikah berdasarkan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dalam perspektif Masalah Al-Syatibi. Hasil penelitian disertasi ini menemukan bahwa Putusan MK telah sesuai dengan teori masalah al-Syatibi, yakni dalam rangka memelihara kebutuhan essensial bagi kehidupan manusia, berupa memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.

3. I Nyoman Sujana. ***Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin dalam Perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010***. Disertasi pada program Doktor Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya tahun 2014. Disertasi ini membahas latar belakang permasalahan tentang hakikat kedudukan hukum anak luar kawin dalam UU Perkawinan, *ratiolegis* dan implikasi Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 terhadap kedudukan anak luar kawin sebagai suatu terobosan hukum demi terwujudnya penyempurnaan kedudukan hukum anak luar kawin yang pengaturannya dalam UU Perkawinan belum tuntas.

### 1.6. DESAIN PENELITIAN

Alur pikir penelitian disertasi ini dapat digambarkan sebagai berikut:





## 1.7. DEFINISI KONSEP

### 1.7.1. Perlindungan Hukum

Secara etimologis, perlindungan diartikan sebagai tempat berlindung, perbuatan memperlindungi.<sup>32</sup> Dalam UU Nomor 23 Tahun 2002 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak pada Pasal 1 Ayat 2 disebutkan bahwa: "Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi, secara optimal sesuai harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapatkan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi." J.E.Doek dan H.M.A. Drewes mengartikan hukum perlindungan anak sebagai berikut:

1. Dalam arti luas merupakan segala aturan hukum yang memberikan perlindungan kepada mereka yang belum dewasa dan memberi kemungkinan bagi mereka untuk berkembang; dan
2. Dalam arti sempit sebagai perlindungan hukum yang terdapat dalam ketentuan hukum perdata, ketentuan hukum pidana, dan ketentuan hukum acara.<sup>33</sup>

<sup>32</sup>Anton M. Muliono dkk, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 2008, h. 595.

<sup>33</sup>Sumitro dan Irma Setyowati, *Aspek Hukum Perlindungan Anak*, Jakarta: Bumi Aksara, 1990, h. 15-16.

### 1.7.2. Anak Luar Kawin

Menguraikan definisi konsep tentang anak luar kawin, tentulah tidak terlepas dari konsep dan batasan umum tentang anak. Menurut Pasal 1 Poin 26 UU Nomor 13 Tahun 2003, yang dimaksud dengan anak adalah setiap orang yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun. Batasan pengertian anak tersebut membawa konsekuensi bahwa ada orang yang oleh hukum dinyatakan dewasa, tetapi tetap masuk kualifikasi anak. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 7 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan: "Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur 16 (enam belas) tahun." Berdasarkan logika *argumentum a contrario* ketentuan Pasal 42 UU Perkawinan yang mendefinisikan anak sah sebagai anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah, maka anak luar kawin adalah anak yang tidak dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah. Konsep pengertian anak luar kawin dalam pembahasan pokok permasalahan penelitian disertasi ini dibatasi hanya pada anak yang dilahirkan sebagai akibat dari perkawinan tidak tercatat (baik di KUA Kecamatan maupun di Kantor Catatan Sipil) yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat perkawinan yang sah, sebagaimana terjadi pada Pemohon Perkara MKNomor 46/PUU-VIII/2010.

## 1.8. METODE PENELITIAN

Penelitian disertasi ini menggunakan metode yang dilakukan dengan mengkaji dan menganalisis substansi peraturan perundang-undangan atas pokok permasalahan atau isu hukum (*legal issue*), dalam konsistensinya dengan

prinsip-prinsip hukum yang ada. Diharapkan dari metode penelitian dengan tipe yuridis normatif ini dapat dilakukan kajian dan analisis secara komprehensif sehingga akan diperoleh preskripsi hukum yang dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah dengan tingkat akurasi kebenaran maksimal. Jenis penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif (*normative legal research*) untuk menganalisis asas maslahat dan asas manfaat dari Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010. Penelitian normatif seringkali disebut dengan penelitian doktrinal, yaitu penelitian yang obyek kajiannya adalah dokumen peraturan perundang-undangan dan bahan pustaka, demikian menurut pendapat Soejono dan H. Abdurrahman.<sup>34</sup> Senada dengan pendapat Soejono dan H. Abdurrahman adalah pendapat Bagir Manan yang mengatakan bahwa yang dimaksud dengan penelitian hukum normatif adalah penelitian terhadap kaidah hukum itu sendiri (peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, hukum adat atau hukum itu tidak tertulis lainnya) dan asas-asas hukum.<sup>35</sup> Penelitian ini berlandaskan "*paradigma hermeneutik*" yang menurut Soetandyo Wignyosoebroto dan dikutip juga Otje Salman dan Anton F. Susanto merupakan "paradigma penting dalam ilmu hukum yang secara jelas dan tegas menolak paham universalisme dalam hukum dan membebaskan kajian hukum para yuris positif untuk menginterpretasi dan memberikan makna kepada hukum, tetapi juga kajian hukum kaum strukturalis atau behavioralis yang terlalu empiris sifatnya",<sup>36</sup> yang esensinya menurut Jazim Hamidi adalah:

---

<sup>34</sup>Soejono dan H. Abdurrahman, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Rineka Cipta, 2003, h. 56.

<sup>35</sup>Bagir Manan, *Jurnal Hukum: Penelitian Bidang Hukum*, Bandung: Puslitbangkum Unpad, Perdana; Januari 1999, h. 4.

<sup>36</sup>Soetandyo Wignyosoebroto, *op.cit.*, h. 81-105.

"Ajaran filsafat mengenai hal mengerti atau memahami.. teks hukum (atau peraturan perundang-undangan), peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara.. ataupun doktrin hukum, dengan menggunakan metode interpretasi (penafsiran) secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks dan kontekstualisasi."<sup>37</sup>

Secara paradigmatik, penelitian disertasi ini dilandasi oleh pemahaman filsafat dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagaimana dijelaskan oleh Bernard Arief Sidharta sebagai berikut:

"..Ilmu hukum adalah ilmu normatif yang termasuk ke dalam kelompok ilmu-ilmu praktikal yang ke dalam pengembangannya berkonvergensi semua produk ilmu-ilmu lain (khususnya sosiologi hukum, sejarah hukum dan filsafat hukum) yang relevan untuk (secara *hermeneutis*) menetapkan proposisi hukum yang akan ditawarkan untuk dijadikan isi putusan hukum sebagai penyelesaian masalah hukum konkret yang dihadapi. Penetapan proposisi hukum tersebut dilakukan berdasarkan aturan-aturan hukum positif yang dipahami (diinterpretasi) dalam konteks keseluruhan kaidah-kaidah hukum yang tertata dalam suatu sistem (sistematis) dan latar belakang sejarah (historikal) dalam kaitan dengan tujuan pembentukannya dan tujuan hukum pada umumnya (teleologikal) yang menentukan isi aturan hukum positif tersebut, dan secara kontekstual merujuk pada faktor-faktor sosiologikal dengan mengacu mengacu nilai-nilai kultural dan kemanusiaan yang fundamental dalam proyeksi ke masa depan."<sup>38</sup>

Selanjutnya, pendekatan pelengkap lain yang relevan untuk memahami dan menjelaskan secara lebih lengkap dan utuh fenomena hukum dan persoalan hukum yang dikaji dan diteliti dalam penelitian hukum normatif (yang mengacu kepada pendapat S. Soekanto dan Sri Mamudji)<sup>39</sup> ini mencakup:

---

<sup>37</sup>Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta: UII Press, 2005, h. 45.

<sup>38</sup>Bernard Arief Sidharta, *Disiplin Hukum: tentang Hubungan antara Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum (State of the Arts)*, Makalah Rapat Tahunan Komisi Disiplin Ilmu Hukum di Jakarta, 11-13 Februari 2001, h. 9.

<sup>39</sup>S. Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2001, h. 61.

- a. Pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu pengkajian hukum melalui aturan tertinggi yang berupa peraturan-peraturan hukum positif yang berlaku. Pendekatan ini dilakukan untuk menelaah hirarki, dan asas-asas dalam peraturan perundang-undangan.<sup>40</sup> Hasil telaah atas pendekatan ini merupakan argumen untuk memecahkan isu hukum yang dihadapi, dalam konteks ini pendekatan perundang-undangan digunakan karena dimungkinkan terdapat kerancuan, inkonsistensi bahkan konflik norma antara pengaturan hukum dengan prinsip dalam hukum yang menjadi dasar. Pendekatan ini digunakan untuk menjawab rumusan masalah nomor 2 dan 3.
- b. Pendekatan konseptual (*conceptual approach*), yaitu pendekatan yang dilakukan untuk menggali nilai-nilai dan ajaran yang terdapat dalam pandangan hukum para ahli hukum.<sup>41</sup> Dengan kata lain, pengkajian hukum melalui pendekatan konsep-konsep yuridis.<sup>42</sup> Pendekatan ini digunakan dalam rangka menemukan prinsip dasar doktrin dari para sarjana hukum maupun para ahli hukum Islam, sehingga melahirkan konsep-konsep hukum dan asas yang relevan dengan isu hukum yang dihadapi. Pendekatan konseptual digunakan untuk menemukan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum. Kajian terhadap pandangan-pandangan para sarjana hukum dan doktrin-doktrin, akan dapat ditemukan prinsip-prinsip hukum dan dapat digunakan untuk menganalisis konsep-konsep yuridis yang mengatur mengenai hak waris dan wali nikah. Sifat pendekatan yang menyeluruh dan mendasar mengupas isu hukum dalam

---

<sup>40</sup> *ibid.*, h. 96.

<sup>41</sup> *ibid.*, h. 138.

<sup>42</sup> Johnny Ibrahim, *Metode Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia, 2006, h. 306.



penelitian ini secara mendalam tentang pengertian, tujuan, asas-asas dan kaidah hukum.<sup>43</sup> Pendekatan ini digunakan untuk menjawab rumusan masalah pertama.

- c. Pendekatan sejarah hukum (*legal historical approach*), yaitu pendekatan yang digunakan untuk menemukan prinsip dasar doktrin dari para ahli hukum Islam maupun para sarjana hukum mengenai hak waris dan wali nikah pada masa lalu yang dalam proses perkembangannya dipengaruhi oleh banyak faktor (seperti sosial, ekonomi, budaya, politik dan sebagainya) yang melahirkan suatu konsep penetapan hak waris dan penentuan kewenangan wali nikah bagi anak luar kawin. Pendekatan ini digunakan untuk menjawab rumusan masalah yang pertama.
- d. Pendekatan komparatif, yaitu pengkajian hukum melalui perbandingan yang digunakan untuk membandingkan sistem hukum dan motif-motif politik, ekonomi, sosial, budaya dan psikologi yang melatarbelakanginya untuk melihat dasar perbedaan pendapat tentang perwalian nikah dan hukum kewarisan. Pendekatan ini juga digunakan untuk menjawab rumusan masalah pertama.
- e. Pendekatan kasus, melalui kajian latar belakang lahirnya Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, sehingga pengertian yang benar mengenai pengertian dan kedudukan anak luar kawin serta perlindungan hukum yang dicita-citakan.

Diharapkan dengan beberapa pendekatan di atas akan diperoleh hasil analisis sebagai jawaban atas isu hukum (*legal issue*) dalam penelitian ini, selanjutnya akan melahirkan preskripsi yang kontributif dalam rangka

---

<sup>43</sup>Bernard Arief Sidharta, op.cit., h. 9.

penyempurnaan legislasi dan regulasi hukum penetapan hak waris dan wali nikah berdasarkan hukum Islam di Indonesia.

Terdapat tiga sumber bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini yaitu sumber bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Bahan-bahan hukum bersifat normatif-preskriptif dalam penelitian ini, digunakan terutama untuk mengkaji permasalahan hukum yang terkait dengan substansi hukum positifnya secara tekstual (tidak hanya terhadap norma-norma, tetapi juga asas-asas dan nilai-nilai yang terkandung di dalamnya). Bahan-bahan hukum bersifat *normatif-preskriptif* berupa peraturan hukum positif nasional dan hukum Islam yang merupakan bagian dari hukum positif yang tidak dipisahkan, di mana berdasarkan kekuatan mengikatnya diklasifikasikan sebagai bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier,<sup>44</sup> yang terdiri atas:

- a. Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang mengikat ke dalam, meliputi:
  1. Prinsip-prinsip hukum Islam yang bersumber dari:
    - a. Al-Quran.
    - b. Al-Hadits.
    - c. Prinsip-prinsip di bidang fiqh munakahat dan mawaris.
    - d. Fatwa-fatwa Majelis Ulama Indonesia.
  2. Ketentuan hukum positif yang terdiri dari:
    - a. UUD 1945.
    - b. UU RI No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
    - c. UU RI No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak.
    - d. Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010.
    - e. PP No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU Perkawinan.

---

<sup>44</sup>Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 1986, h. 52.

- f. Inpres RI No. 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan KHI.
- b. Bahan Hukum Sekunder, sebagai bahan yang menjelaskan bahan hukum primer, seperti: hasil penelitian, hasil seminar atau pertemuan ilmiah lainnya, termasuk juga semua publikasi tentang hukum, meliputi kitab-kitab *fiqh Islam*, buku-buku teks dan jurnal-jurnal hukum baik hukum positif maupun hukum Islam yang berkaitan dengan materi penelitian ini.
- c. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum penunjang yang memberi petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.

### 1.9. SISTEMATIKA PENULISAN

Penulisan disertasi ini disusun dengan sistematika sebagai berikut:

#### Bab I Pendahuluan

Bab pertama terdiri dari Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penulisan, Manfaat Penulisan, Orisinalitas Penulisan, Desain Penelitian, Definisi Konsep, Metode Penelitian dan Sistematika Penulisan.

#### Bab II Kerangka Teoritik dan Konseptual

Bab kedua ini berisi kerangka teoritik yang dibangun berdasarkan kajian terhadap teori *hifzh al-nasl*, teori *mashlahahmursalah*, teori kemanfaatan (*utilitas*), teori perlindungan hukum dan teori kepastian hukum. Penjelasan konsep diperlukan untuk lebih memperjelas konsep tentang perlindungan hukum dan konsep anak luar kawin.

#### Bab III Anak Luar Kawin dalam Perspektif MK

Bab ketiga ini membahas tentang risalah sidang, rasionalitas dan pertimbangan hukum Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010.

#### Bab IV Konsep Nasab dan Hubungan Perdata

Bab keempat ini menguraikan tentang konsep nasab, pengertian anak sah dan anak luar kawin, hubungan darah dan hubungan nasab.

Bab V Perlindungan Hukum Anak Luar Kawin

Bab kelima menguraikan aspek perlindungan anak, hak waris, hak perwalian nikah dan hubungan mahram anak luar kawin.

Bab VI Kesimpulan dan Rekomendasi

Daftar Pustaka



## BAB II

### KERANGKA TEORITIK DAN KONSEPTUAL

#### 2.1. KERANGKA TEORITIK

Kata teori berasal dari kata *theoria* dalam bahasa Latin yang berarti perenungan, sedangkan kata *theoria* itu sendiri berasal dari kata *thea* yang berarti cara atau hasil pandang.<sup>45</sup>Menganalisis rumusan masalah yang menjadi kajian dalam sebuah penelitian dapat dilakukan dengan menggunakan teori yang pada hakikatnya adalah seperangkat konstruksi (konsep), batasan dan proposisi yang menyajikan pandangan sistematis tentang fenomena dengan merinci hubungan antar variabel dengan tujuan menjelaskan dan memprediksi gejala itu.<sup>46</sup>Adapun teori yang digunakan sebagai landasan dalam membahas permasalahan penelitian disertasi ini mencakup:

##### 2.1.1. Teori *Hifzh al-Nasl*

Secara bahasa, *hifzh* berarti perlindungan, *al-nasl* berarti keturunan, bersumber dari konsep *maqasid al-syari'ah* yang juga terdiri dari dua kata, yaitu *maqasid* dan *al-syari'ah*, keduanya berasal dari bahasa Arab. *Maqasid* merupakan bentuk plural (jamak) dari *maqsid* yang berarti kesengajaan atau tujuan. *Maqsid* adalah bentuk *masdar* dari

---

<sup>45</sup>Otje Salman & Anton F. Susanto, *Teori Hukum (Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali)*, Bandung: Refika Aditama, 2008, Cet. ke-4, h. 21.

<sup>46</sup>Amiruddin & Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003, h. 14.

*qasada* yang berarti "bermaksud atau menuju sesuatu". *Al-syari'ah* menurut bahasa berarti "jalan menuju sumber air", dapat dikatakan sebagai "jalan menuju ke arah sumber pokok kehidupan".<sup>47</sup> Menurut istilah, syari'ah memiliki pengertian yang berkembang, mulai dari "ajaran agama Islam secara keseluruhan"<sup>48</sup> dan kemudian menyempit menjadi "sebagian ajaran Islam" saja,<sup>49</sup> sebagaimana didefinisikan oleh Mahmud Syaltut sebagai "aturan-aturan yang diciptakan oleh Allah untuk dipedomani manusia dalam mengatur hubungan dengan Tuhan, manusia, alam dan seluruh kehidupan".<sup>50</sup>

Tujuan disyariatkannya hukum Islam mencakup dua sudut pandang yang tidak terlepas satu sama lain, yaitu *qasd sy-Syari'* (tujuan Allah sebagai pencipta syariah) dan *qasd al-mukallaf* (tujuan manusia sebagai subyek hukum). Masing-masing sudut pandang tersebut, secara filosofis digali dari pemahaman terhadap Al-Quran dan al-Hadis. Setiap aturan hukum di dalam Islam memiliki fungsi yang merealisasikan tujuan, sebab, eksplisit maupun implisit untuk kemanfaatan dan mencegah kemudharatan bagi manusia, syari diciptakan oleh Allah SWT dengan membawa kemaslahatan bagi hamba-Nya di dunia dan akhirat.<sup>51</sup>

Al-Syatibi menggunakan istilah *al-maqshid al-syari'ah fil al-syari'ah* dan *maqashid min syari' al-hukm* dalam mendefinisikan *maqashid al-syari'ah* yang berarti hukum-hukum yang disyariatkan untuk

---

<sup>47</sup>A.W. Munawwir, *Kamus Al-Munawwir*, Yogyakarta: UPBI PP Al-Munawwir, 1984, h. 382.

<sup>48</sup>Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqasid Syari'ah* menurut Asy-Syatibi, Ed. I, cet. Ke-1, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996, h. 61.

<sup>49</sup>Ibn al-Qayyim mansur al-Afriqi, *Lisan al-Arab*, Beirut: Dar ash-Shadr, tt, Juz VIII, h. 175.

<sup>50</sup>Mahmud Syaltut, *Al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, cet. III, Dar al-Qalam, 1996, h. 12.

<sup>51</sup>Asy-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Ahkam*, Kairo: Dar al-Rasyad al-Haditsah, tt, Juz II, h. 2-3.

kemaslahatan manusia di dunia dan akhirat. Definisi yang diberikan al-Syatibi ini berangkat dari pandangan bahwa semua kewajiban dan larangan yang ditetapkan oleh Allah dalam rangka merealisasikan kemaslahatan manusia. Tidak ada satupun hukum Allah yang tidak mempunyai tujuan. Menurutnya, hukum yang tidak mempunyai tujuan sama dengan *taklif ma la yutaq* (membebankan sesuatu yang dapat dilaksanakan) dan hal ini tidak mungkin terjadi pada hukum-hukum Allah. Muhammad Abu Zahrah memperkuat pandangan ini dengan mengatakan bahwa tujuan hakiki hukum Islam adalah kemaslahatan manusia dan tidak ada satupun hukum yang disyariatkan (baik dalam Al-Quran dan Hadits) melainkan di dalamnya terdapat kemaslahatan.<sup>52</sup>

Hukum Islam bersendi dan berasaskan hikmah dan kemaslahatan. Syariat Islam adalah keadilan, rahmat, kemaslahatan dan kebijaksanaan sepenuhnya. Menurut Ibnu Qayyim, tujuan hukum Islam untuk kebahagiaan, kesejahteraan dan keselamatan umat manusia di dunia dan akhirat. Setiap persoalan yang mengarah kepada keaniayaan, menyimpang dari kemaslahatan menuju kemafsadatan, menyimpang dari kasih sayang, menyimpang dari kebijaksanaan menuju hal yang sia-sia, itu semua bukanlah hukum Islam. Hukum Islam itu adil dan menempatkan keadilan di tengah-tengah manusia. Dengan demikian, hukum Islam dibangun di atas sendi-sendi yang bertujuan untuk menegakkan keadilan yang nyata bagi seluruh umat manusia (*tahqiq al-'adalah*), memelihara dan mewujudkan kemaslahatan seluruh umat manusia (*ri'ayat mashalih al-ummah*), mengurangi beban, mencegah

---

<sup>52</sup>Muhammad Abu Zahra, *Ushul al-Fiqh*, Cairo: Dar al-Fikr al- Farabi, 1958, h. 282.

kesusahan dan menghilangkan kesulitan (*qillatal-taklif wa nahyu al-haraj wa raf'u al-masyaqqah*), pembenahan secara bertahap (*tadrij fi al-tasyri'*) dan masing-masing orang hanya memikul dosanya sendiri tanpa dibebani dosa lain.<sup>53</sup>

Salah satu konsep penting dan fundamental dalam konsep *maqashid al-syari'ah* adalah konsep yang menegaskan bahwa hukum Islam disyariatkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Konsep ini telah diakui dan muncullah kaidah yang terkenal yaitu: "Di mana ada maslahat, di sana terhadap hukum Allah."<sup>54</sup>Teori *maqasid al-syariah* menegaskan bahwa hukum Islam disyariatkan untuk memberikan perlindungan asasi manusia. Rincian perlindungan ini intinya ada lima (*al-kulliyat alh-khams*), yaitu:

1. Perlindungan terhadap agama (*hifzh ad-din*)
2. Perlindungan terhadap jiwa (*hifzh an-nafs*)
3. Perlindungan terhadap akal (*hifzh al-aql*)
4. Perlindungan terhadap kehormatan (*hifzh al-ardh*)
5. Perlindungan terhadap harta (*hifzh al-mal*)<sup>55</sup>

Adapun inti dari konsep *maqasid al-syariah* adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindarkan keburukan atau menarik manfaat dan menolak mudarat, istilah yang sepadan dengan inti dari *maqasid al-syari'ah* tersebut adalah maslahat, karena penetapan hukum dalam Islam harus bermuara kepada maslahat. Teori ini dikembangkan oleh Imam al-Haramain al-Juwaini, ia secara tegas mengatakan bahwa

---

<sup>53</sup>Ibnu Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in Juz 3*, Mesir: Maktabah Tijariyah al-Qahirah, 1955, h. 14-15.

<sup>54</sup>Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dawabit al-Mashlahah fi al-Syariah al-Islamiyah*, Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1977, h. 12.

<sup>55</sup>Ahmad al-Mursi Husain Jauhar, *Maqashid al-Syari' fi al-Islam*, Jakarta: Amzah, 2009, h. xiii.



seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam Islam, sebelum ia memahami benar tujuan Allah mengeluarkan perintah-perintah dan larangan-larangan-Nya.<sup>56</sup> Selanjutnya dikembangkan oleh al-Ghazali sehingga teori *maqasid al-syari'ah* lebih tampak jelas bentuknya. Selanjutnya dikembangkan oleh Izzuddin ibn Abd al-Salam, yang lebih banyak menekankan dan mengelaborasi konsep maslahat secara hakiki dalam bentuk menolak mafsadat dan menarik manfaat.<sup>57</sup> Menurutny, maslahat keduniaan tidak dapat dilepaskan dari tiga tingkat urutan skala prioritas, yaitu: *dharuriyat*, *hajiyat*, dan *takmilat* atau *tatimmat*. Lebih jauh lagi ia menjelaskan, bahwa *taklif* harus bermuara pada terwujudnya maslahat manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Selanjutnya teori ini dikembangkan oleh Al-Syatibi dan At-Tufi. Terkait demikian hukum haruslah didasarkan pada sesuatu yang harus tidak disebut hukum, tetapi lebih mendasar dari hukum. Yaitu sebuah sistem nilai yang dengan sadar dianut sebagai keyakinan yang harus diperjuangkan: maslahat dan keadilan. Terkait demikian, jelas bahwa yang fundamental dari bangunan pemikiran hukum Islam adalah maslahat manusia universal, atau -dalam ungkapan yang lebih operasional- "keadilan sosial". Tawaran teoritik (*ijtihad*) apa pun dan bagaimana pun, baik didukung dengan *nash* ataupun tidak, yang bisa menjamin terwujudnya maslahat kemanusiaan, dalam pandangan Islam adalah sah, dan umat Islam terikat untuk mengambilnya dan merealisasikannya. Sebaliknya, tawaran teoritik

---

<sup>56</sup>Abd al-Malik ibn Yusuf Abu al-Ma'ali al-Juwaini, *Al-Burhan fi Usul al-Fiqh*, Kairo: Dar al-Ansar, 1400 H, h. 295.

<sup>57</sup>Izz ibn Abd al-Salam, *Qawaid al-Ahkam fi Masalih al-Anam*, Kairo:al-Istiqamat, h. 9. Ahmad al-Mursi, *Maqashid al-syariah*. Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam melalui Maqasid Syariah*.

apa pun dan yang bagaimanapun, yang secara meyakinkan tidak mendukung terjaminnya maslahat harus dikesampingkan.<sup>58</sup>

### 2.1.2. Teori *Mashlahah Mursalah*

*Mashlahah* juga berasal dari bahasa Arab, sinonim dari kata *manfaat*. Menurut al-Syaukani, yang dimaksud dengan *mashlahah* adalah memelihara tujuan Islam dengan menolak bencana atau kerusakan dari manusia.<sup>59</sup> Menurut Izzuddin bin Abd al-Salam, *maslahah* dan *mafsadah* sering dimaksudkan dengan baik dan buruk, manfaat dan mudharat, bagus dan jelek, adapun mafsadah itu semuanya buruk, membahayakan dan tidak baik untuk manusia.<sup>60</sup> Setiap aturan hukum yang dimaksudkan untuk memelihara kelima tujuan syara' tersebut, dengan menghindarkan dari hal-hal yang dapat merusak atau membahayakan disebut *maslahah*.

Setiap aturan hukum yang dimaksudkan untuk memelihara kelima tujuan syara', yakni *hifzh al-din* (perlindungan terhadap agama), *hifzh an-nafs* (perlindungan terhadap nyawa), *hifzh an-nasl aw al-ardh* (perlindungan terhadap keturunan atau kehormatan), *hifzh al-aql* (perlindungan terhadap akal) dan *hifzh al-maal* (perlindungan terhadap harta) dengan menghindarkan dari hal-hal yang dapat merusak atau membahayakan disebut *maslahah*. Berdasar pengertian ini dapat diketahui bahwa barometer *maslahah* adalah hukum Islam. Al-Ghozali menjelaskan bahwa *maslahah* itu menurut asalnya berarti sesuatu yang mendatangkan manfaat atau keuntungan dan menjauhkan mudharat

---

<sup>58</sup> *ibid.*, h. 60 dan 62.

<sup>59</sup> Al-Syaukani, *Irsyad al-Fuhul ila Tahqiq min 'ilm al-Ushul*, Beirut: Dar al-Fikr, tt, h. 242.

<sup>60</sup> Izzuddin bin Abd al-Salam, *Qawaid al-Ahkam fi Mashalih al-Anam Juz 1*, Cairo: Maktabah al-Kulliyat al-Azhariyah, 1994, h. 5.

yang pada hakikatnya adalah memelihara tujuan syara' dalam menetapkan hukum.<sup>61</sup> Senada dengan Al-Ghazali, Zaky al-Din Sya'ban menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan *mashlahah* adalah sesuatu yang ditetapkan hukum padanya akan menarik manfaat manfaat dan menolak mafsadat dari makhluk, dan tidak ada dalil tertentu yang menunjukkannya baik yang membenarkan maupun yang membatalkannya.<sup>62</sup>

Apabila ditinjau dari maksud usaha mencari dan menetapkan hukum, *mashlahah* itu disebut jugadengan *munasib* atau keserasian *mashlahah* dengan tujuan hukum. *Mashlahah* dalam pengertian *munasib* ini dibagi menjadi tiga macam, yaitu:

1. *Mashlahah al-mu'tabarah*, yaitu *mashlahah* yang diperhitungkan oleh syara', maksudnya pada masalah ini ada petunjuk dari syara' baik secara langsung maupun tidak langsung yang memberikan petunjuk pada adanya *mashlahah* yang menjadi alasan dalam menetapkan hukum.
2. *Mashlahah al-mulghah*, disebut juga dengan *mashlahah* yang ditolak, yaitu *mashlahah* yang dianggap baik oleh akal, tetapi tidak diperhatikan oleh syara' dan ada petunjuk syara' yang menolaknya. Di sini akal menganggapnya baik dan sejalan apa yang dituntut oleh *mashlahah* itu.
3. *Mashlahah mursalah*, atau disebut juga dengan *istishlah*, yaitu apa yang dipandang baik oleh akal, sejalan dengan tujuan hukum syara'

---

<sup>61</sup>Al-Ghazali, *Al-Musthafa min 'ilm al-Ushul (Juz 1)*, Beirut: Dar al-Fikr, tt, h. 286.

<sup>62</sup>Zaky ad-Din Sya'ban, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, Mesir: Mathba'ah Dar al-Ta'lif, tt, h. 182.

dalam menetapkan hukum, tetapi tidak ada petunjuk syara' yang menetapkannya.<sup>63</sup>

Wahbah al-Zuhaili mengemukakan bahwa yang dimaksud dengan *mashlahah mursalah* adalah beberapa sifat yang sejalan dengan tindakan dengan tujuan syara', tetapi tidak ada dalil tertentu dari syara' yang membenarkan atau menggugurkan, dan dengan ditetapkan hukum pada akan tercapai kemaslahatan dan tertolak kerusakan dari manusia. Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti menambahkan bahwa hakikat dari *mashlahah mursalah* adalah setiap manfaat yang tercakup dalam tujuan syara' dengan tanpa ada dalil yang membenarkan atau membatalkan.<sup>64</sup>

Zaky ad-Din Sya'ban menyebutkan tiga syarat yang harus diperhatikan bila menggunakan *mashlahah mursalah* dalam menetapkan hukum, yaitu pertama, kemaslahatan itu hendaknya kemaslahatan yang memang tidak terdapat dalil yang menolak; kedua, *mashlahah mursalah* itu hendaklah *mashlahah* yang dapat dipastikan bukan hal yang samar-samar; ketiga, *mashlahah* itu hendaklah bersifat umum. Selanjutnya Zaky al-Din Sya'ban mengemukakan, jika menggunakan *mashlahah mursalah* dalam menetapkan hukum, maka syarat-syarat yang diperlukan antara lain:

1. *Mashlahah mursalah* itu adalah *mashlahah* yang hakiki dan bersifat umum dalam arti dapat diterima oleh akal sehat dan betul-betul mendatangkan manfaat bagi manusia;

---

<sup>63</sup>Wahbah Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islam*, Beirut: Dar al-Fikr al-Muashir, 1986, h.757.

<sup>64</sup>Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *op.cit.*, h. 288.

2. Betul-betul sejalan dengan maksud dan tujuan hukum syara' dalam menetapkan setiap hukum, yaitu mewujudkan kemaslahatan bagi umat manusia;
3. Betul-betul sejalan dengan tujuan hukum syara' dalam menetapkan hukum itu dan tidak berbenturan dengan dalil syara' yang telah ada, baik dalam bentuk nash Al-Quran dan sunnah, maupun ijma' ulama terdahulu;
4. *Mashlahah mursalah* itu diamalkan dalam kondisi yang akan berada dalam kesempitan, dalam arti harus ditempuh untuk menghindarkan umat dari kesulitan.<sup>65</sup>

Imam al-Haromain al-Juwaini dapat dikatakan sebagai ahli teori (ulama *ushul fiqh*) pertama yang menekankan pentingnya memahami *maqashid al-syariah*. Secara tegas beliau mengatakan bahwa seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam Islam sebelum ia memahami benar tujuan Allah mengeluarkan perintah-perintah dan larangan-larangan-Nya. Al-Juwaini mengelaborasi lebih jauh *maqashid al-syariah* itu dalam hubungannya dengan *'illat* (sebab) dan dibedakan menjadi *dharuriyat* (primer), *al-hayat al-ammah* (skunder) *makramat* (tersier) dan sesuatu yang tidak termasuk ketiga kelompok tersebut. Pemikiran al-Juwaini tersebut juga dikembangkan oleh al-Ghazali pada saat menjelaskan maksud syariat dalam kaitannya dengan pembahasan tema *ishtislah*. Sementara itu, Thufi memberikan pandangannya mengenai *mashlahah* yang dibangun di atas empat asas, yakni:

---

<sup>65</sup>Zaky ad-Din Sya'ban, *op.cit.*, h. 182.

1. *Istiqlal al-uqul bi idrak al-mashalih wa al-mafasid*, yang berarti akal secara independen dapat mengetahui kebaikan dan keburukan. Namun demikian, al-Thufi membatasi independensi akal ini hanya pada hal *mu'amalah* dan adat istiadat, dan melepaskan independensi akal dari nash terhadap selain kedua bidang tersebut.
2. *Al-mashlahah dalil syar'i mustaqil 'an an-nushus*, yang berarti *mashlahah* merupakan dalil *syar'i* independen yang bernilai otoritatif (kehujjahan) dan tidak bergantung pada kesaksian dan konfirmasi *nash*, namun hanya bergantung pada akal semata. Menurutnya, untuk menyatakan sesuatu itu *mashlahah* atau tidak cukup ditentukan oleh adat istiadat dan uji coba semata tanpa memerlukan petunjuk *nash*.
3. *Majal al-'amal bi al-mashlahat huwa al-mu'amalat wa al-'adat duna al-'ibadah wa al-muqaddarat*, yang berarti bahwa *mashlahah* hanya menjadi dalil *syara'* dalam bidang *mu'amalah* dan adat-istiadat saja. Sedangkan dalam bidang ibadah dan *muqaddarat*, *mashlahah* tidak bisa dijadikan landasan hukum.
4. *Al-Mashlahah aqwa adillat asy-syari'ah*, yakni *mashlahah* merupakan dalil *syara'* yang terkuat. Bagi al-Thufi, *mashlahah* itu bukan hanya hujjah ketika ada nash dan *ijma'*, melainkan ia juga harus didahulukan atas *nash* dan *ijma'*, pada saat terjadi pertentangan antara keduanya.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup>Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia: Dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*, Yogyakarta: LKis, 2004.

Pada aplikasi prinsip *mashlahah* dan metode penetapan hukum, para pengikut mazhab Maliki menyebut tiga syarat bagi tegaknya *mashlahah* ini yaitu:

1. Terdapatnya persesuaian antara *mashlahah* dengan *maqashidal-syariah* serta tidak bertentangan dengan dasar hukum yang lain.
2. Substansi *mashlahah* itu logis.
3. Penggunaan *mashlahah* itu bertujuan untuk menghilangkan kesempitan umat manusia.<sup>67</sup>

Hasbi ash-Shiddieqy menegaskan bahwa *mashlahah mursalah* dapat dipergunakan sebagai dalil hukum kalau *mashlahah mursalah* itu merupakan *mashlahah haqiqiyah* yang diakui dan dipandang *mashlahah* oleh fuqaha bahwa hukum-hukum yang dihasilkan itu betul-betul mendatangkan manfaat bagi umat manusia dan benar-benar menolak kemudharatan. Jadi *mashlahah* itu harus bersifat umum dan *mashlahah* itu jelas-jelas bukan yang tidak dibenarkan oleh syara'. Lebih lanjut, Hasbi ash-Shiddieqy mengemukakan bahwa menggunakan *mashlahah* sebagai suatu sumber hukum pada hakikatnya tidak dipertentangkan oleh para ahli hukum Islam. Pertimbangan dominan yang menjadi ukuran *mashlahah* dari pemikir tema pemikiran hukum Islam di Indonesia adalah keadilan. Keadilan yang ditunjukkan hukum Islam adalah keadilan mutlak yang sempurna, bukan keadilan relatif dan parsial. Oleh karena itu, keadilan dalam hukum Islam bersifat esensial, dengan mencari motif keadilan yang paling dalam, misalnya perbuatan itu ditentukan oleh niatnya.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> *ibid.*

<sup>68</sup> Dyah Ochtorina Susanti, *Pembentukan Persekutuan Komanditer (Commanditaire Vennootschap) Berdasar Akad Musyarakah*, Malang: Universitas Brawijaya, 2011, h. 76.

Teori *mashlahat al-mursalah* ini dikembangkan oleh Malik bin Anas (wafat 759) yang terkenal sebagai pendiri Mazhab Maliki. Teori ini dapat diterjemahkan 'untuk kepentingan umum'. Menurut Imam Malik kepentingan atau kemaslahatan umum adalah salah satu dari sumber hukum dengan tiga syarat:

1. Kepentingan / kemaslahatan umum itu bukan hal-hal yang berkenaan dengan ibadah, akan tetapi murni dalam hal *mu'amalah* yang memungkinkan terjadinya penafsiran atas landasan akal.
2. Kepentingan / kemaslahatan umum itu harus selaras dengan jiwa syariat dan tidak boleh bertentangan dengan salah satu sumber syariat itu sendiri.
3. Kepentingan / kemaslahatan umum itu haruslah merupakan sesuatu yang esensial (diperlukan dan mendesak) dan bukan hal-hal yang bersifat kemewahan (*tahsin*).<sup>69</sup>

Melalui prinsip *mashlahah mursalah* ini semua aspek kemasyarakatan yang belum diatur dalam *nash* dapat ditata sendiri oleh manusia, atau prinsip-prinsip dasar yang bersifat umum yang ada dalam *nash* dapat dirinci lebih lanjut guna menentukan bentuk aplikasinya dalam kehidupan masyarakat dan Negara sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa syariah. Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah."<sup>70</sup> Teori *mashlahat* di sini menurut Masdar F. Mas'udi sama dengan teori keadilan sosial.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup>Rachmat Syafi'i, *Ilmu Ushul Fiqh*, Bandung: Pustaka Setia, 2007, h. 117-124.

<sup>70</sup>Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1977, h. 12.

<sup>71</sup>Masdar F. Mas'udi, *Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah*, Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an No. 3, Vol. VI Th. 1995, h. 97.



Teori *mashlahat* (*al-mashlahah al-Mursalah*) yang turunan prinsip ini adalah teori *istishlah* (kepentingan umum) teori ini memiliki empat prinsip yaitu menarik manfaat (*Jalb al-Mashalih*), yaitu bahwa hukum harus mampu memberikan kebaikan bagi masyarakat, menolak keburukan (*Dar' al-Mafsid*), yaitu bahwa hukum harus mampu menghindarkan keburukan bagi masyarakat, menutup jalan kerugian (*Sadd al-dzari'*), yaitu bahwa hukum harus mampu memberikan tindakan preventif sehingga tidak terjadi hal-hal yang merugikan bagi masyarakat dan prinsip sesuai perubahan zaman (*taghayyur al-zaman*), yaitu bahwa hukum harus senantiasa mengikuti perkembangan waktu dan tempat, sehingga hukum senantiasa relevan.<sup>72</sup> Menurut Ibnu Qayyim, tujuan hukum Islam untuk kebahagiaan, kesejahteraan dan keselamatan umat manusia di dunia dan akhirat. Hukum Islam bersendikan dan berasaskan hikmah dan kemaslahatan dalam hidupnya.<sup>73</sup>

Terdapat tiga tipologi *masalahah*, yaitu : al-Ghazali (w. 505 H.), al-Syatibi (w. 790 H.) dan al-Tufi (w. 716 H.):

### 1. **Maslahah**-Ghazali<sup>74</sup> (450 H - 505 H/1058 M-1111 M)

---

<sup>72</sup>Rachmat Syafi'i, *op.cit.*, h. 124.

<sup>73</sup>Ibnu Qayyim, *I'lamul Muwaqqi'in*, Juz 3, Mesir: Maktabah Tijariyah al-Qahirah, 1955, h. 14-15.

<sup>74</sup>Imam al-Ghazali bernama lengkap Abu Hamid Muhammad bin Muhammad al-Ghazali al-Tusi al-Syafi'i lahir pada tahun 450 H / 1058 M di sebuah kota kecil di Khurasan (Iran) bertepatan dengan setelah tiga tahun kaum Saljuk berkuasa di Baghdad. Orang tua al-Ghazali adalah seorang pemintal benang dari bulu dan dikenal sebagai orang yang saleh dan hidup sederhana. al-Ghazali menimba ilmu pada Ahmad bin Muhammad al-Razikani. Kemudian dia mengembara ke Nisabur untuk belajar di Madrasah Nizamiyah yang dipimpin oleh al-Haramayn al-Juwaini al-Syafi'i (478 H.) . Di madrasah ini al-Ghazali mendalami berbagai disiplin ilmu pengetahuan, seperti tasawuf, fiqh, tauhid, filsafat dan logika. Kecerdasan dan kedalaman ilmu pengetahuan al-Ghazali, menghantarkannya untuk mendapatkan kepercayaan sebagai tenaga pengajar di

Secara bahasa, *masalahah* adalah sama dengan *manfa'at* baik dari bentuk katanya (*wazn*) maupun maknanya. Dalam terminologi *ushul al-fiqh*, *masalahah* diartikan segala sesuatu yang dapat mewujudkan kebaikan dan terhindarnya segala macam *madharat* (bahaya) atau *mafsadat* (kerusakan) dalam kehidupan manusia<sup>75</sup>. Dengan demikian, ada atau tidaknya *mashlahah* diukur dengan dua hal tersebut. Bila tercipta kebaikan berarti *mashlahah*. Sebaliknya, bila terjadi bahaya, ketimpangan, ketidakadilan dan sebagainya, berarti hal yang demikian itu disebut *mafsadat* (kerusakan) atau *madharat* (bahaya). Menurut pandangan al-Ghazali, hukum Allah (*syari'at*) yang ada dalam al-Qur'an dan al-Hadis mengandung suatu tujuan (*maqashid*). Melalui *maqashid*, ide pokok Tuhan yang tersembunyi di balik firman-firman tertulisnya dapat dijadikan landasan untuk memahami apa sebenarnya yang diinginkan Tuhan dari setiap aturan yang ditetapkan untuk makhluk-Nya. Ia memandang suatu kemaslahatan harus sejalan dengan tujuan syari', sekalipun bertentangan dengan tujuan manusia. Dengan demikian, *mashlahah* yang dijadikan pertimbangan hukum adalah tujuan atau *masalahah* menurut pandangan Tuhan, bukan semata *mashlahah* dalam persepsi manusia. Kemaslahatan tersebut bukan berarti untuk

---

Madrasah Nizamiyah pada tahun 484 H. Dan lima tahun kemudian al-Ghazali diangkat menjadi kepala madrasah tersebut. Al-Ghazali meninggal dunia pada 4 Jumadil Akhir tahun 505 Hijriyah bersamaan dengan tahun 1111 Masehi di Thus, tempat al-Ghazali dilahirkan, dan dikuburkan di tanah kelahirannya juga. Lihat, Abdul Aziz Dahlan et al (ed), *Ensikopedi Hukum Islam 4*, (Jakarta:Ichtiar van Hoeve), h. 1147.

<sup>75</sup>Abu Hamid al-Ghazali, *al-Mustasfa min 'Ilm al-Ushul*, Vol. 1, (Beirut: Dar al-Fikr, t.th.), h. 286.

kepentingan Tuhan, melainkan untuk kemaslahatan dan kebaikan umat manusia dalam menjalani hidup di dunia hingga akhirat kelak.<sup>76</sup>

Menurut al-Ghazali, tujuan Syara' yang digunakan untuk menciptakan kemaslahatan manusia tersebut adalah mewujudkan pemeliharaan terhadap lima prinsip dasar: agama (*din*), jiwa (*nafs*), akal (*'aql*), keturunan (*nasab*) dan harta (*maal*). Apabila seseorang melakukan suatu perbuatan yang intinya memelihara kelima aspek tersebut, maka perbuatannya tersebut dinamakan *mashlahah*. Begitu pula upaya untuk menolak terhadap hal menimbulkan kemadharatan juga disebut *mashlahah*. Sebaliknya setiap sesuatu yang dapat menyebabkan terbaikannya terhadap perlindungan kelima hal tersebut disebut *mafsadat*.<sup>77</sup> Lima prinsip di atas oleh al-Ghazali dibedakan menjadi tiga eringkat, *al-dharurat*, *al-hajat* dan *al-tahsinat*<sup>78</sup>. Pengelompokan ini didasarkan pada tingkat kebutuhan dan skala prioritasnya. *Maqasid al-daruriyyat* (tujuan-tujuan primer) didefinisikan sebagai tujuan yang harus ada, yang ketiadaannya akan berakibat menghancurkan kehidupan secara total.<sup>79</sup>

*Maqasid al-hajiyyat* (tujuan-tujuan sekunder) didefinisikan sebagai sesuatu yang dibutuhkan manusia untuk mempermudah mencapai kepentingan-kepentingan yang termasuk ke dalam katagori *daruriyyat*<sup>80</sup>. Karena fungsinya yang mendukung dan melengkapi tujuan primer tersebut, maka kehadiran tujuan sekunder ini dibutuhkan (sebagai

---

<sup>76</sup>ibid, h. 287.

<sup>77</sup>ibid., h. 287.

<sup>78</sup> ibid., h. 289.

<sup>79</sup> ibid., h. 290.

<sup>80</sup> ibid., h. 291.

terjemahan harfiah dari *hajiyyat*), bukan niscaya (sebagai terjemahan langsung dari *daruriyyat*). Artinya, Jika hal-hal *hajiyyat* tidak ada, maka kehidupan manusia tidak akan hancur, tetapi akan terjadi berbagai kekurang-sempurnaan, bahkan kesulitan.<sup>81</sup>

Sementara *maqasid al-tahsiniyyat* (tujuan-tujuan tersier) didefinisikan sebagai sesuatu yang kehadirannya bukan niscaya maupun dibutuhkan, tetapi bersifat akan memperindah (sebagai terjemahan harfiah dari kata *tahsiniyyat*) proses perwujudan kepentingan *daruriyyat* dan *hajiyyat*.<sup>82</sup> Sebaliknya, ketidakhadirannya tidak akan menghancurkan maupun mempersulit kehidupan, tetapi mengurangi rasa keindahan dan etika. Al-Ghazali juga mengklasifikasikan *maslahah* dari aspek adanya legalitas atau tidaknya dari *Shari'* (Allah dan Rasul) dalam tiga kategori: *mashlahah mu'attirah*, yaitu kemaslahatan yang dijelaskan secara langsung dalam teks; *mashlahah mulghah* (sia-sia) dan *gharibah* (asing), yaitu kemaslahatan yang keberadaannya ditolak oleh teks; dan *mashlahah mursalah*, yaitu kemaslahatan yang tidak dinyatakan dalam teks secara langsung namun memiliki kesesuaian spirit dengan *mashlahah* yang dijelaskan dalam teks<sup>83</sup>. Satu hal yang perlu ditegaskan di sini, menurut al-Ghazali, bahwa *maslahah hajiyyah* (sekunder) dan *mashlahah tahsiniyyah* (*tersier*) tidak dapat dijadikan landasan hukum kecuali bila diperkuat oleh *nash* (sesuatu yang hukumnya dijelaskan oleh teks). Dengan demikian, cara kerja *mashlahah ala* al-Ghazali adalah cara kerja

---

<sup>81</sup> *ibid.*, h. 230.

<sup>82</sup> *ibid.*, h. 292.

<sup>83</sup> *ibid.*, 310-311.

*qiyas*, sebab bila tidak didukung oleh *shara'*, maka sama saja dengan *istihsan*.<sup>84</sup>

Sedangkan *mashlahah daruriyyah* (kepentingan primer, mendesak) bagi al-Ghazali dapat dijadikan pijakan hukum, apabila memenuhi syarat-syarat berikut: Pertama, tidak bertentangan dengan *nas qat'i*. Bagi al-Ghazali, *nas qat'i* lebih kuat dari *mashlahah mursalah*. Sementara pertentangan (*ta'arud*) yang terjadi antara *mashlahah* dengan *nas zanni*, maka yang diprioritaskan adalah *maslahah*, tanpa menafikan teks sama sekali. Dengan kata lain, yang berlaku dalam kasus ini adalah *mashlahah men-takhsis* keumuman teks; Kedua, *mashlahah* yang bersifat universal (*kulliyat*), bukan *maslahah* yang bersifat *juziyyat*; Ketiga, diyakini atau diduga kuat akan benar-benar mencerminkan kemaslahatan, bukan *mashlahah* utopis, praduga atau sangkaan belaka.<sup>85</sup>

## 2. **Maslahah-Syatibi**<sup>86</sup> (w. 790 H / 1388 H.)

Secara geneologis rancang bangun pemikiran *maqasid* bukanlah temuan hal yang baru. *Maqasid* bukanlah hasil capaian ulama kontemporer,

<sup>84</sup> A. Halil Tahir, *Pakaian Perempuan Menurut Muhammad Shahrur: Pendekatan Maqasid al Shari'ah*, (Disertasi IAIN Sunan Ampel, 2012), h. 74-75.

<sup>85</sup> *ibid.*, h. 75.

<sup>86</sup> Nama lengkap al-Shatibi adalah Abu Ishaq bin Musa al-Gharnatji, dan dikenal dengan sebutan al-Shatibi. Nama al-Shatibi berasal dari nama negeri keluarganya, Shatibah (Xativa atau Jativa). Al-Shatibi dilahirkan di Granada. Menurut Hamka Haq, sampai saat ini, tanggal kelahiran al-Shatibi masih misterius. Pada umumnya orang banyak menyebut tahun wafatnya, yakni 790 H./1388 M. Namun demikian, dapat diduga kuat, al-Shatibi lahir dan menghabiskan hidupnya di Granada pada masa kekuasaan Yusuf Abu al-Hajjaj (1333-1354 M.) dan Sultan Muhammad IV (1354-1391). Nama Shatibi adalah *nisbat* kepada tempat kelahiran ayahnya di Sativa (Shatibah), sebuah daerah di sebelah timur Andalusia. Pada tahun 1247M, keluarga Imam al-Shatibi mengungsi ke Granada setelah Sativa, tempat asalnya, jatuh ke tangan raja Spanyol Uraqun setelah keduanya berperang kurang lebih 9 tahun sejak tahun 1239 M. Abdul Aziz Dahlan et.al (ed), *Ensiklopedi Hukum Islam* 5, h. 1699.

karena dalam tradisi ushul fiqh klasik, kendati term *maqasid* secara eksplisit belum ditemukan dalam kitab-kitab ulama klasik, hal itu sudah banyak terangkum dalam pembahasan di term-tern lain misalnya tentang qiyas. Namun, pembahasannya belum sistematis sebagaimana yang telah disajikan oleh al-Syatibi. Dalam pembahasannya tentang mashlahah al-Syatibi lebih sistematis, tertata sehingga dapat diterima oleh semua kalangan. Menurut Ahmad Raisuni (guru Besar Ushul Fiqh Universitas Rabat, Maroko), diskursus tentang *maqasidshari'ah* dimulai oleh Abu 'Abdillah Ibn 'Ali al Tirmidhi yang populer dengan sebutan al Hakim al-Tirmidhi (Wafat akhir abad ke 3 H). Dia menggunakan istilah *maqasid* dalam karyanya yang berjudul *al Salat wa Maqasiduha*. Dalam kitabnya al Hakim menjelaskan hikmah-hikmah dari tata cara sholat, mulai dari hikmah menghadap kiblat, hikmah takbir, dan seterusnya.<sup>87</sup>

Setelah al-Hakim kemudian muncul Abu Mansur al-Maturidy (w.333 H) dengan karyanya *Ma'khad al-Shara'* disusul Abu Bakar al-Qaffal al-Shashi (w.365 H) dengan bukunya *Ushul al-Fiqh* dan *Mahasin al-Shari'ah*. Setelah al Qaffal muncul Abu Bakar al-Abhari (w.375 H) dengan karyanya, *Mas'alah al-Jawab wa al-Dalail wa al 'Illah*. Selain al Qaffal, ada ulama Shi'ah yang disebut "ulama *maqasid'*", yakni Abu Ja'far Muhammad bin 'Aly (W.381 H). Kitab terpenting beliau yang membahas tentang *maqasid* adalah "*ilal al-shara'*", kitab berhaluan syi'ah yang menjelaskan tentang ilat-ilat hukum. Pada masa ini juga ada ulama *maqasid* selain Abu Ja'far, yaitu Abu Hasan al-Amiri (W.381 H), seorang filsuf yang intens mengkaji *maqasid*. Karyanya

---

<sup>87</sup> Ahmad Raisuni, *Nazariyyat al-Maqasid 'Inda al-Imam al-Shatibi*, (Beirut: al-Muassasah al-Jami'iyah Liddirasat wan Nasyr wa al-Tauzi', 1992), h. 32.

yang mengupas *maqasid* adalah kitab "*al- I'lam bi al-Manaqib al-Islam*". Salah satu isu terpenting dalam kitab ini adalah tentang "*daruriyyat al-khams*" yang kemudian menjadi prinsip *maqasidshari'ah*. Setelah al-Qaffal muncul Abu Bakar al-Abhari (w.375) dan al-Baqilany (w. 403) masing-masing dengan karyanya, diantaranya, *Mashlahah al-Jawab wa al-Dalail wa al-'Illah* dan *al-Taqrif wa al-Irsyad fi al-Tartib Thuruq al-Ijtihad*. Gagasan yang dicetuskan al-Amiri mengilhami Abu al-Ma'ali Abdul Malik bin Abdullah al-Juwaini (Imam Haramain, W 478H), yang merupakan guru dari *hujjat al-Islam* Muhammad bin Muhammad al- Ghazali (W.505H). Al- Juwaini memetakan *maqasidshari'ah* menjadi lima yaitu; *hifz al-Din* (perlindungan agama), *hifz al-nafs* (perlindungan jiwa), *hifz al-mal* (perlindungan harta), *hifz} al-nasl* (perlindungan keturunan), *hifz al-'aql* (perlindungan akal).<sup>88</sup>

Pemetaan al-Juwaini ini, kemudian diteruskan muridnya, al-Ghazali. Di tangan al-Ghazali kajian *maqasid* memiliki cakupan lebih luas lagi yaitu dibagi menjadi tiga yaitu; *daruriyyat* (kebutuhan Primer), *hajjiyat* (kebutuhan sekunder), dan *tahsiniyyat* (kebutuhan pelengkap). Dari ketiga pemetaan tersebut kemudian al-Ghazali membagi pada lima kategori (*kulliyat al-khams*). Sebenarnya sarjana *maqasid* (ulama yang intens mengkaji *maqasid al shari'ah*) "pasca al Juwayni dan pra al Syatibi" bukan hanya al Ghazali saja, karena sarjana-sarjana klasik seperti Fakhruddin al - Razi (W 606 H), Syaifuddin al -Amidi (w.631), Ibn al- Hajib (646), Al- Baidawi (W 685 H), al- Asnawi (W.772 H), Ibn al- Subkhi (W. 771 H),

---

<sup>88</sup> *ibid.*

Izzuddin Abd Salam (w.660 H), Ibn- Taimiyah (w.728 H)<sup>89</sup>, sampai Najm al-Din al- Tufi (W.716 H), juga intens mengkaji *maqasid al shari'ah*. Menurut Yusuf Ahmad Muhammad al- Badawy, sejarah *maqasid* ini dibagi dalam dua fase yaitu fase sebelum Ibn Taimiyyah dan fase pasca Ibn Taimiyah.<sup>90</sup>

Menurut Hammadi al- Ubaidy orang yang pertama kali membahas *maqasid* adalah Ibrahim al- Nakha'i (w 96 H), seorang tabi'in sekaligus guru HammadIbn Sulaiman guru Abu Hanifah. Setelah itu lalu muncullah al-Ghazali, Izzuddin Abdussalam, Najmuddin al-Tufi dan terakhir al- Syatibi.<sup>91</sup>

Pada sisi lain, sejarah *maqasid* dapat dibagi menjadi tiga fase. Pertama, fase kenabian. Fase ini adalah pengenalan *maqasid* shari'ah yang terdapat dalam al- Qur'an dan sunnah dalam bentuk sinyal-sinyal beku yang belum tercairkan, atau hanya dalam bentuk pandangan-pandangan yang tersirat belum diteorikan. Kedua, fase sahabat dan tabi'in terkemuka. Pada masa ini mulai diletakkan batu pertama pengembangan pesat sejarah *maqasid*. Ketiga atau fase terakhir, fase teorisasi *maqasid* yang diolah para cendekiawan muslim.<sup>92</sup>

Meskipun dengan versi yang beraneka ragam, dapat diambil benang merah bahwa sebelum Imam al- Syatibi, *maqasid al-shari'ah* sudah ada dan sudah dikenal ulama terdahulu, namun pembahasannya belum sistematis, hingga datangnya Imam al Syatibi. Beliau menyajikan kembali teori di atas dalam sebuah *design* yang lebih tertata, *communicated*, dan dapat diterima

---

<sup>89</sup>Ika Yunia Fauziyah, *Maqasid Shari'ah Menurut Al-Shatibi*, makalah disampaikan pada perkuliahan Program pasca sarjana IAIN Sunan Ampel, h. 6-10.

<sup>90</sup> Hammadi al Ubaidy, *al- Shatibi wa Maqasid al Shari'ah*, h. 11.

<sup>91</sup>ibid., h. 38.

<sup>92</sup> Abdul Qadir salam, *Teori Dharurah dan Pengaruhnya terhadap Perubahan Status Hukum* dalam [www.islamlib.com](http://www.islamlib.com), diakses tanggal 11 April 2017.



di banyak kalangan umat Islam. Teori *maqasid* yang dipopulerkan al-Syatibi melalui karya *al-Muwaffaqat fi Usul al-Shari'ah*, sebuah kitab yang ia tulis sebagai upaya untuk menjembatani beberapa titik perbedaan antara ulama Malikiyah dan Hanafiyah. Menurut al-Syatibi, Allah menurunkan shari'at (aturan hukum) tiada lain selain untuk mengambil kemaslahatan dan menghindari kemadaratan (*jalb al-masalih wa dar' al-mafasid*). Dengan bahasa yang lebih mudah, aturan-aturan hukum yang telah ditentukan Allah hanyalah untuk kemaslahatan manusia itu sendiri baik di dunia dan akhirat sekaligus.<sup>93</sup> Kemaslahatan tersebut dapat terwujud, apabila lima unsur pokok berikut terpenuhi, yakni: pemeliharaan agama, jiwa, keturunan, akal, dan harta.<sup>94</sup>

Serangkaian aturan yang telah digariskan Allah dalam shari'ah adalah untuk membawa manusia dalam kondisi baik dan menghindarkannya dari segala yang membuatnya dalam kondisi yang buruk, tidak saja di kehidupan dunia namun juga di akhirat. Kata kunci

---

<sup>93</sup> *ibid.*

<sup>94</sup> Urutan kelima *daruriyyat* ini bersifat ijtihadi bukan naqly. Artinya. Ia disusun berdasarkan pemahaman para ulama terhadap nas} yang diambil dengan cara *istiqra'* (induktif). Dalam merangkai kelima dharuriyyat ini (*al kulliyat al khams*) terkadang ada yang yang mendahulukan *In nasl* dari pada *al aql*, atau ada yang mengakhirkan *al din*, dsb. Bagi al- Zarkasyi, urutannya adalah; *al nafs, al mal, al nasab, al din dan alaql*.<sup>94</sup> Sedangkan menurut al- Amidi urutannya dalah; *al din, al nafs, al nasl, al aql dan al mal*. Dan menurut al- Qarafi, urutannya: *al nufus, al adyan, al 'uqul, al amwal, dan al a'radh*. Sementara al- Ghazali urutannya, *al din, al nafs, al 'aql al nasl dan al mal*. Namun urutan yang dikemukakan al- Ghazali ini adalah urutan yang paling banyak dipegang para ulama ushul fiqh berikutnya. Cara kerja kelima *dharuriyyat* tersebut harus sesuai dengan urutannya. Al Zarkasyi, *al Bahr al Muhith*, (Kuwait:Wizarat al Auqaf wa al Syu'un al Islamiyyah, 1993 juz VI) Hlm 612, Al- Amidi, *Al Ahkanm fi Ushul al Ahkam*, (Muassasah al Halaby,1991 Juz IV hlm 252),Al -Qarafi, *Syarh Tanqih al Fusul*, (Maktabah al Kulliyah al Azhariyah, tt) hlm391, Al- Ghazali, *al Mustashfa*, (Beirut: dar Al Fikr,1997 Juz I), h. 258.

yang kemudian kerap disebut oleh para sarjana muslim adalah *maslahah*.

Al- Syatibi kemudian membagi maslahat ini kepada tiga tingkatan yaitu;

- a. *al-maqasid al-daruriyyat* (primer, pokok)
- b. *al-maqasid al-hajiyyat* (sekunder, kebutuhan)
- c. *al-maqasid al-tahsiniyyat* (tersier, keindahan).

*Maqasid* atau *maslahat dharuriyyat* adalah sesuatu yang mesti adanya demi terwujudnya lima unsur pokok. Tidak terpeliharanya lima unsur pokok tersebut di atas dalam tingkat *dharuriyyat* akan berakibat fatal, akan terjadi kehancuran, kerusakan dan kebinasaan dalam hidup manusia baik di dunia maupun di akhirat.<sup>95</sup>

Pemeliharaan terhadap *maqasid al-dharuriyyat* ini menempati peringkat tertinggi dan paling utama dibanding dua *maqasid* lainnya. Oleh karenanya, tidak dibenarkan memelihara kebutuhan *hajiyyat* dan *tahsiniyyat* bila pada saat yang sama mengorbankan kemaslahatan *dharuriyyat*.<sup>96</sup> *Maqasid al-hajiyyat* dimaksudkan untuk menghilangkan kesulitan atau menjadikan pemeliharaan terhadap lima unsur pokok menjadi lebih baik lagi dan terhindar dari kesulitan (*mashaqqat*). Pengabaian terhadap aspek *hajiyyat* tidak sampai merusak keberadaan lima unsur pokok, akan tetapi hanya membawa kepada kesulitan (*masaqqat*) bagi manusia sebagai mukallaf dalam merealisasikannya.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Al-Shatibi, *al-Muwafaqat*, Vol. 2, Ibid. Menurut Abu Zahrah, menolak segala sesuatu yang dapat berakibat hilangnya salah satu dari lima unsur pokok dapat dikatakan sebagai *daruri* (mendesak/primer). Abu Zahrah, *Usul al-Fiqh*, h. 371.

<sup>96</sup> Sapiuddin Shidiq, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Kencana, 2011), 226. Abu Zahrah, *Usjul al-Fiqh*, h. 372.

<sup>97</sup> Ahmad al-Raysuni, *Nazhariyat al-Maqasid 'Inda al-Imam al-Shatibi*, (Herndon: al-Ma'had al-'Ali li al-Fikr al-Islami, 1995), h. 146.

*Maqasid al-tahsiniyyat* adalah kemaslahatan yang menunjang peningkatan martabat hidup seseorang dalam masyarakat dan di hadapan Allah SWT dalam batas kewajaran dan kepatutan. Pengabaian aspek *tahsiniyyat* tidak menimbulkan kehancuran dan kemusnahan hidup manusia sebagaimana tidak terpenuhinya aspek *daruriyyat*, dan tidak membuat hidup manusia menjadi sulit sebagaimana tidak terpenuhinya aspek *hajjiyat*, akan tetapi hanya mendapatkan hanya berkaitan erat dengan akhlak mulia dan adat yang baik.<sup>98</sup>

Untuk menjaga yang lima tadi dapat ditempuh dengan dua cara yaitu:

- a. Dari segi adanya (*min nahiyat al-wujud*), yaitu dengan cara menjaga dan memelihara hal-hal yang dapat melanggengkan keberadaannya.
- b. Dari segi tidak adanya (*min nahiyat al-'adam*), yaitu dengan cara mencegah hal-hal yang menyebabkan ketiadaannya.<sup>99</sup>

Urutan kelima *daruriyyat* ini bersifat ijtihadi bukan *naqli*. Artinya, ia disusun berdasarkan pemahaman para ulama terhadap nash yang diambil dengan cara *istiqra'* (induktif). Dalam merangkai kelima *daruriyyat* ini (*al kulliyat al-khams*) terkadang ada yang mendahulukan *al- nafs* dari pada *al-aql*, atau ada yang mengakhirkan *al-din*, dsb. Bagi al Zarkashi, urutannya adalah; *al-nafs, al- mal, al-nasab, al-din* dan *al-aql*. Sedangkan menurut al-Amidi<sup>100</sup> urutannya adalah; *al- din, al- nafs, al-nasl, al-aql*

---

<sup>98</sup> *ibid.*, h. 227.

<sup>99</sup> *ibid.*

<sup>100</sup> Al Amidi, *Al Ihkam fi Ushul al- Ahkam IV*, (Muassasah al Halaby, 1991), h. 252.

dan *al-mal*. Menurut al Qarafi<sup>101</sup>, urutannya: *al-nufus, al- adyan, al-'uqul, al-amwal*, dan *al a'radh*. Sementara menurut al Ghazali urutannya, *al din, al nafs, al-'aql, al-nasl* dan *al-mal*. Urutan yang dikemukakan al Ghazali ini adalah urutan yang paling banyak dipegang para ulama ushul fiqh berikutnya. Cara kerja kelima *dharuriyyat* tersebut harus sesuai dengan urutannya.<sup>102</sup>

Tidaklah berlebihan kiranya jika al-Syatibi merupakan bapak pendiri *maqasid*, karena teori *maqasid* banyak dielaborasi lebih jauh oleh banyak cendekiawan muslim pada berbagai dimensi Islam. Urgensi dan signifikansi teori tersebut mendapat banyak tempat di lingkaran *Islamic Studies*, baik di wilayah hukum, fiqh, sosial, filsafat, ekonomi, dan sebagainya. Selain itu, tidak sedikit para sarjana muslim yang mengadakan riset untuk penulisan karya ilmiahnya dengan menggunakan metodologi Imam al Syatibi. Di antara beberapa karya tersebut adalah: *Nazariyyat al maqasid 'inda al- Imam al- Syatibi* (karya Ahmad Raisuni), *al- Syatibi wa maqasid al-Shari'ah* (karya Hammadi al-Ubaidi), *Qawaid al- Maqasid 'inda al- Syatibi* (karya Abdurrahman Zaid al-Kailani), *Fikru al- Maqasid min al-Khilal Kitab al-Muwaffaqat li al- Syatibi* (karya Abdul Mun'im Idris), *Masalik al Kashf 'an Maqasid al Shari'ah Baina al- Syatibi wa Ibnu 'Ashur* (Abd Majid Najar), *al-Qawaid al-usuliyah 'inda al-Syatibi* (Jailani al Marini), *al-Syatibi wa manhajatuhu fi-Maqasid al-Shari'ah* (Bashir Mahdi al- Kabisi), *maqasid al-Shari'ah fi al- Kitab al-Muwaffaqat li al- Syatibi* (Habib Iyad). Menurut Wahbah al-Zuhaili, ulama *Malikiyyah* dan

<sup>101</sup> Al Qarafi, *Sharh Tanqih al- Fushul*, (Maktabah al Kulliyah al Azhariyah, tt), h. 391.

<sup>102</sup> Al Ghazali, *al- Mustashfa I*, (Beirut: Dar Al Fikr, 1997), h. 258.

*Shafi'iyah* mengurut lima hal pokok (*al-usul al-khamsah*) dengan urutan sebagai berikut: agama, jiwa, akal, keturunan, kemudian harta. Sementara ulama *Hanafiyyah* mengurutnya dengan urutan: agama, jiwa, keturunan, akal, kemudian harta.<sup>103</sup> Sejalan dengan hal tersebut, Muhammad Abu Zahrah juga menyatakan bahwa tujuan hakiki Islam adalah kemaslahatan. Tidak ada satupun aturan dalam shari'ah baik dalam al-Qur'an maupun sunnah melainkan di dalamnya terdapat kemaslahatan.<sup>104</sup>

Mirip dengan Wahbah al-Zuhaili, al-Buti berpendapat, bahwa urutan *al-usul al-khamsah* yang menjadi ijma' ulama adalah mengikuti urutan yang disampaikan oleh pencetusnya, al-Ghazali, yaitu: agama, jiwa, akal, keturunan, kemudian harta.<sup>105</sup> Dalam usaha merealisasikan dan memelihara lima unsur pokok tersebut, al-Syatibi membagi kepada tiga tingkat *maqasid*, yaitu: *al-maqasid al-daruriyyat* (primer, pokok), *al-maqasid al-hajjiyyat* (sekunder, kebutuhan) dan *al-maqasid al-tahsiniyyat* (tersier, keindahan).<sup>106</sup>

Sebagai contoh aplikatif pembagian *maqasid* dalam tiga peringkat dapat dilihat dalam tabel berikut:

Pembagian *Maqasid al-Shari'ah* dalam Tiga Peringkat<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Periksa, Wahbah al-Zuhaili, *Usul al-Fiqh al-Islami*, Vol. 2, (Bairut: Dar al-Fikr, 1986), h. 752-753.

<sup>104</sup> M Abu Zahrah, *Ushul al Fiqh*, (Mesir; Dar al Fikr, 1958), h. 336.

<sup>105</sup> Muhammad Sa'id Ramadan al-Buti, *Dawabit al-Maslahah fi al-Shari'ah al-Islamiyyah*, (Beirut: Muassasah al-Risalah, 1982), h. 250.

<sup>106</sup> Al-Shatibi, *al-Muwafaqat*, Vol. 2, h. 6.

<sup>107</sup> Menurut Halil Thahir, beberapa contoh dalam tabel ini diambil dari buku *Metode Ijtihad Majlis Tarjih Muhammadiyah*, Fathurrahman Djamil, *Metode Ijtihad Majlis Tarjih Muhammadiyah*, (Jakarta: Logos Publishing House, 1995), h. 41-44.

No	Unsur Pokok	<i>Daruriyyat</i>	<i>Hajiyyat</i>	<i>Tahsiniyyat</i>
1	Agama	Memelihara dan melaksanakan kewajiban agama yang termasuk tingkat primer seperti melaksanakan shalat lima waktu	Memelihara dan melaksanakan ketentuan agama dengan maksud menghindari kesulitan seperti shalat jama' dan qashar bagi orang yang sedang musafir.	-Mengikuti petunjuk agama dan menjunjung tinggi martabat manusia sekaligus melengkapi pelaksanaan kewajibannya kepada Tuhan. Misalnya menutup aurat, membersihkan pakaian dan badan.
2	Jiwa	Memenuhi kebutuhan pokok berupa makanan untuk mempertahankan hidup, dan kebutuhan lain.	-Dibolehkannya berburu dan menikmati makanan dan minuman yang lezat.	-Ditetapkannya tata cara/adab makan dan minum -Melindunginya diri dari tuduhan-tuduhan yang tidak benar, dari cacian dan makian orang lain.
3	Akal	Diharamkannya meminum minuman keras.	-Anjuran untuk menuntut ilmu pengetahuan -Larangan minum sedikit sesuatu yang minum banyak dapat memabukkan.	-menghindarkan diri dari mengkhayal atau mendengarkan Sesutu yang tidak berguna
4	Keturunan	Disyariatkannya nikah dan larangan berzina	Ditetapkannya menyebutkan <i>mahar</i> bagi suami pada waktu akad nikah dan diberikan hak talak bagi suami dan khulu' bagi isteri, dan disyariatkannya menutupi aurat di hadapan orang-orang yang bukan mahramnya.	-Disyariatkannya <i>khitbah</i> (meminang) dan <i>walimah</i> dalam perkawinan. -Larangan keluar di jalan dengan menampakkan <i>zinah</i> (hiasan)-nya.
5	Harta	Dishari'atkannya tata cara pemilikan harta dan larangan mengambil harta orang lain dengan cara yang tidak sah	Dishari'atkannya jual-beli.	Seperti adanya ketentuan agar menghindarkan diri dari transaksi yang ada unsur <i>gharar</i> (spekulasi)

Klasifikasi *mashlahah* seperti tersebut di atas dapat memudahkan pengkaji hukum Islam dalam menganalisis kasus hukum yang di dalamnya terdapat pertentangan antara beberapa *maslahah*. Ketika yang bertentangan adalah *mashlahah* yang sama-sama dalam peringkat

*daruriyyat*, maka penyelesaiannya adalah dengan mendahulukan urutan yang paling tinggi dalam lima unsur pokok (*al-usul al-khamsah*), dimana peringkat tertinggi adalah agama, kemudian secara berurutan diikuti dengan jiwa, akal, keturunan, dan harta. Penyelesaian kontradiksi *mashlahah* tersebut juga diterapkan dalam peringkat yang sama-sama *hajiyyat* atau sama-sama *tahsiniyyat*. Contoh yang dapat dikemukakan dalam kasus di atas adalah, pada batas tertentu, jihad di jalan Allah termasuk kelompok *daruriyyat* dalam ranah pemeliharaan eksistensi agama yang tidak jarang membawa korban manusia. Dalam hal ini, memelihara agama dengan jihad harus didahulukan dari pada memelihara jiwa walaupun sama-sama dalam peringkat *daruriyyat*.

Apabila pertentangan *mashlahah* terjadi antara *daruriyyat* dengan *hajiyyat* dan *tahsiniyyat*, atau *hajiyyat* dengan *tahsiniyyat*, maka *mashlahah hajiyyat* dan *tahsiniyyat* harus diabaikan demi mewujudkan *mashlahah daruriyyat*, demikian pula *mashlahah tahsiniyyat* harus diabaikan demi mewujudkan *mashlahah hajiyyat*. Misalnya, seseorang diwajibkan untuk memenuhi kebutuhan pokok pangan untuk memelihara eksistensi jiwanya. Makanan dimaksud harus berupa makanan yang halal. Manakala pada suatu saat ia tidak dapat mendapatkan makanan yang halal, padahal ia akan mati kalau tidak makan, maka dalam kondisi tersebut ia dibolehkan memakan makanan yang diharamkan, demi menjaga eksistensi jiwanya. Makan, dalam hal ini termasuk menjaga jiwa dalam peringkat *daruriyyat*, sedangkan memakan makan yang halal termasuk memelihara jiwa dalam peringkat *hajiyyat*. Jadi, memelihara jiwa dalam peringkat *daruriyyat* harus didahulukan dari pada memelihara

dalam peringkat *hajjiyyat*. Contoh kontradiksi antara *hajjiyyat* dan *tahsiniyyat* adalah, keharusan tetap melaksanakan shalat berjama'ah (*mashlahah hajjiyyat*) walaupun pada saat tertentu tidak didapati imam shalat yang *faqih, wara'*, atau benar dan *fasih* bacaan al-Qur`an-nya (*mashlahah tahsiniyyat*).<sup>108</sup>

### 3. *Mashlahah* al-Tufi (675 H/1276 M- 716 H/ 1316 M.)

Nama lengkap al-Tufi adalah Najm al-Din Abu al-Rabi' Sulaiman bin Abd al-Qawi bin Abd al-Karim bin Sa'id al-Tufial-Sarsari al-Baghdadi al-Hanbali, yang kemudian dikenal dengan al-Tufi<sup>109</sup>. Al-Tufi nisbat pada Tawfa, nama desa yang terletak di daerah Sarsar Irak, dan di desa itulah tokoh ini dilahirkan. Disamping tokoh tersebut terkenal dengan nama al-Tufi, juga populer dengan nama Ibn Abi 'Abbas. Al-Tufi lahir pada tahun 673 H (1274 M) dan meninggal pada tahun 716 H (1316 M) di Palestina.<sup>110</sup>

Al-Tufi mempunyai karya tulis yang banyak sekali. Dari sekian banyaknya karya Tufi, yang paling menonjol dan menjadi kontroversi adalah tentang konsep *maslahah*, yang terdapat dalam *Kitab al-Ta'yin fi Sharh al-Arba'in*, sebuah kitab *sharh* (penjelasan makna kata dan kalimat berikut kandungan) terhadap kitab *Al-Hadith al-Arba'in al-Nawawiyah*. Dalam kitab tersebut, tepatnya pada penjelasan hadis ke-32, yakni hadis *laa darara walaa dirara* (tidak boleh ada bahaya pada diri sendiri dan tidak boleh pula ada bahaya pada orang lain), Al-Tufi menulis

---

<sup>108</sup>ibid., h. 45.

<sup>109</sup>Ibn al-'Imad, *Sadarat al-Dhahab fi Akhbai Man Dhahab*, Vol. 5, (Beirut: al-Maktabah al-Tijari, t.th.), h. 39.

<sup>110</sup> Qamaruddin Khan, *Pemikiran Politik IbnTaimiyyah*, Terj. Anas Mahyuddin, (Bandung: Pustaka, 1983), h. 37-38.



gagasannya tentang *mashlahah* sebagai dalil *mustaqil* (berdiri sendiri) dalam penggalan hukum Islam. *Maslahah* merupakan hujjah yang terkuat yang secara mandiri dapat digunakan sebagai landasan hukum. Menurutnya, ajaran yang diturunkan Allah SWT melalui wahyu-Nya dan sunnah Rasulullah SAW pada intinya adalah untuk mewujudkan kemaslahatan manusia. Oleh sebab itu, dalam segala aspek persoalan kehidupan manusia, prinsip yang dijadikan pertimbangan adalah kemaslahatan. Apabila pekerjaan itu sesuai dengan kemaslahatan, maka harus dikerjakan oleh manusia.<sup>111</sup>

### **2.1.3. Teori Manfaat (Utilitas)**

Secara etimologi kata *utilitas* berasal dari bahasa Latin yang berarti faedah, kegunaan dan manfaat.<sup>112</sup> Teori ini menilai baik atau tidaknya sesuatu dan susila atau tidak susilanya sesuatu ditinjau dari segi kegunaan atau faedah yang didatangkannya. Menurut paham teori ini, hal yang baik adalah yang berguna, berfaedah dan menguntungkan. Sebaliknya, hal yang jahat atau buruk adalah yang merugikan, tidak bermanfaat dan tidak berfaedah. Terkait itu, baik buruknya perilaku dan perbuatan ditetapkan dari segi berguna atau tidak, berfaedah atau tidak, dan menguntungkan atau tidak. Teori ini mengedepankan aspek kepastian hukum dan pentingnya suatu aturan yang berlaku umum, karena hukum bertujuan untuk mewujudkan apa yang berfaedah atau

---

<sup>111</sup>M. al Husain al Amiri, *Dekonstruksi Sumber Hukum Islam: Pemikiran Hukum Najm al din Al Tufi*, terj. Abdul Basir (Jakarta, Gaya Media Pratama, 2004), h. 49.

<sup>112</sup>*Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (KBBI Daring Edisi III, 2010), v1.1.

yang sesuai dengan daya guna (efektif).<sup>113</sup>

Tujuan hukum menurut teori ini adalah untuk menjamin kebahagiaan yang terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya. Pada hakikatnya, hukum dimanfaatkan untuk menghasilkan sebesar-besarnya kesenangan atau kebahagiaan bagi jumlah orang yang terbanyak. Prinsip teori *utilitas* ini dikemukakan oleh Jeremy Bentham dalam karya terkenalnya, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, yang menyebutkan bahwa manusia berada di bawah pengaturan dua penguasa yang berdaulat (*two sovereign masters*), yaitu penderitaan (*pain*) dan kegembiraan (*pleasure*). Keduanya menunjukkan dan menentukan apa yang harus dilakukan.<sup>114</sup>

Bentham menjelaskan lebih jauh bahwa asas manfaat melandasi segala kegiatan berdasarkan sejauh mana tindakan itu meningkatkan atau mengurangi kebahagiaan itu, atau dengan kata lain, meningkatkan atau melawan kebahagiaan itu. Secara lebih konkret, dalam kerangka teori utilitas dapat dirumuskan tiga kriteria obyektif yang dapat dijadikan dasar obyektif sekaligus norma untuk menilai suatu kebijaksanaan atau tindakan, yaitu kriteria manfaat, kriteria manfaat terbesar dan kriteria manfaat terbesar untuk siapa. Menurut teori ini kualitas etis suatu perbuatan diperoleh dengan dicapainya tujuan perbuatan. Perbuatan yang bermaksud baik tetapi tidak menghasilkan apa-apa, menurut teori ini tidak pantas disebut baik. Teori utilitas mendasari pengambilan

---

<sup>113</sup>Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum Sebuah Sketsa*, Bandung: Refika Aditama, 2010, h. 26.

<sup>114</sup>Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Jakarta: Pen. Kencana, 2009, Vol. 1, h. 273.

keputusan etika dengan pertimbangan manfaat terbesar bagi banyak pihak sebagai hasil akhirnya. Artinya, bahwa hal yang benar didefinisikan sebagai hal yang memaksimalkan apa yang baik atau meminimalisir apa yang berbahaya bagi kebanyakan orang. Semakin bermanfaat pada semakin banyak orang, perbuatan itu semakin etis. Tujuan hukum, menurut Bentham, adalah untuk mewujudkan kebahagiaan yang terbesar untuk orang terbanyak. Adanya negara dan hukum semata-mata hanya demi manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat.<sup>115</sup>

Menurut kodratnya, manusia menghindari ketidaksenangan dan mencari kesenangan. Kebahagiaan tercapai jika ia memiliki kesenangan dan bebas dari kesusahan. Terkait kebahagiaan merupakan tujuan utama manusia dalam hidup, maka suatu perbuatan dapat dinilai baik atau buruk, sejauh dapat meningkatkan atau mengurangi kebahagiaan sebanyak mungkin orang. Moralitas suatu perbuatan harus ditentukan dengan menimbang kegunaannya untuk mencapai kebahagiaan umat manusia, bukan kebahagiaan individu yang egois. Terkait demikian, Bentham sampai pada prinsip utama utilitarianisme tentang kebahagiaan terbesar dari jumlah orang terbesar yang menjadi norma untuk tindakan-tindakan pribadi maupun untuk kebijakan Pemerintah untuk rakyat.<sup>116</sup> Menurutnya, prinsip utilitarianisme ini harus diterapkan secara kuantitatif. Karena kualitas kesenangan itu sama, maka aspek pembedanya adalah kuantitas. Terkait demikian, bukan hanya *the greatest number* yang dapat diperhitungkan, akan tetapi *the greatest happiness* juga dapat

---

<sup>115</sup> *ibid.*

<sup>116</sup> Jeremy Bentham, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books, 2000, h. 14, sebagaimana dikutip oleh Abdul Basith Junaidy, Memahami Masalah melalui Filsafat Manfaat (Utilitarianisme), *executive summary*, h. 12.

diperhitungkan. Terkait itu, Bentham mengembangkan kalkulus kepuasan (*the hedonic calculus*) dengan menyebutkan faktor-faktor yang menentukan berapa banyak kepuasan dan kepedihan yang timbul dari sebuah tindakan. Faktor-faktor tersebut adalah:

1. Menurut intensitas (*intensity*) dan lamanya (*duration*) rasa puas atau sedih yang timbul darinya. Keduanya merupakan sifat dasar dari semua kepuasan dan kepedihan, sejumlah kekuatan tertentu dirasakan dalam rentang waktu tertentu.
2. Menurut kepastian (*certainty*) dan kedekatan (*propinquity*) rasa puas atau sedih itu. Contoh semakin *pasti* anda dipromosikan, semakin banyak kepuasan yang anda dapat ketika memikirkannya, dan semakin dekat waktu kenaikan pangkat, semakin banyak kepuasan yang dirasakan.
3. Menurut kesuburan (*fecundity*), dalam arti kepuasan akan memproduksi kepuasan-kepuasan lainnya, dan kemurnian (*purity*). Maksudnya kita perlu mempertimbangkan efek-efek yang tidak disengaja dari kepuasan dan kepedihan. Kesuburan mengacu pada kemungkinan bahwa sebuah perasaan tidak akan diikuti oleh kebalikannya, tetapi justru akan tetap menjadi diri murninya sendiri, dalam arti kepuasan tidak akan mengarah kepada kepedihan atau pun sebaliknya kepedihan tidak akan menimbulkan kepuasan.
4. Menurut jangkauan (*extent*) perasaan tersebut. Dalam arti kita perlu memperhitungkan berapa banyak kepuasan dan kepedihan kita mempengaruhi orang lain. Contoh orang tua merasa puas ketika anak berprestasi dan merasa sedih ketika anak jatuh sakit.<sup>117</sup>

Pemikiran Bentham ini kemudian dikembangkan oleh John Stuart Mill dengan beberapa modifikasi. K. Bertens mencatat dua pendapat penting dari Mill dalam upaya perumusan ulang terhadap utilitarianisme, *pertama*, ia berpendapat bahwa selain aspek kuantitas, aspek kualitas kesenangan dan kebahagiaan juga perlu dipertimbangkan, karena ada kesenangan yang lebih tinggi mutunya dan ada yang lebih rendah. *Kedua*, kebahagiaan yang menjadi norma etis adalah kebahagiaan semua orang yang terlibat dalam suatu kejadian, kebahagiaan satu orang tidak

---

<sup>117</sup>Richard Schoch, *The Secret of Happiness*, Jakarta: Hikmah, 2009, h. 47-48.

pernah boleh dianggap lebih penting daripada kebahagiaan orang lain. Terkait demikian, suatu perbuatan dinilai baik manakala kebahagiaan melebihi ketidakbahagiaan, di mana kebahagiaan semua orang yang terlibat dihitung dengan cara yang sama.<sup>118</sup> Menurut Mill, kesenangan spiritual dan persahabatan intelektual lebih bernilai daripada kepuasan fisik. Terkait demikian, sebagian kesenangan lebih bernilai dan lebih tinggi daripada sebagian lainnya. Secara umum, manusia lebih memilih kejayaan hidup mereka dan berjuang untuk menjalani pengalaman-pengalaman sejatinya daripada memenuhi kepuasan sesaat. A. Sony Keraf merumuskan tiga kriteria obyektif dalam kerangka etika utilitarianisme untuk menilai suatu kebijaksanaan atau tindakan:

- a. Kriteria manfaat. Kebijaksanaan atau tindakan yang baik adalah yang menghasilkan hal yang baik. Sebaliknya, kebijaksanaan atau tindakan yang tidak baik adalah yang mendatangkan kerugian tertentu.
- b. Kriteria manfaat terbesar. Suatu kebijaksanaan atau tindakan dinilai baik secara moral jika menghasilkan lebih banyak manfaat dibandingkan dengan kerugian. Atau, tindakan yang baik adalah tindakan yang menimbulkan kerugian terkecil.
- c. Kriteria sebanyak mungkin orang. Suatu tindakan dinilai baik secara moral hanya jika menghasilkan manfaat terbesar bagi sebanyak mungkin orang, atau suatu tindakan dinilai baik secara moral jika membawa kerugian yang sekecil mungkin bagi sesedikit orang.<sup>119</sup>

Paham utilitarianisme merupakan reaksi terhadap ciri metafisis dan abstrak dari filsafat politik dan filsafat hukum pada abad ke-18. Karya besar Jeremy Bentham (1748-1832), tentang paham kegunaan<sup>120</sup> menempatkan Bentham sebagai penemu utilitarianisme.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup>*Ibid*, h. 49-50.

<sup>119</sup>A. Sony K, *Etika Bisnis: Tuntutan dan Relevansinya*, Yogyakarta: Kanisius, 1998, h. 94.

<sup>120</sup>Paham kegunaan (*utility*) ini oleh Austin, murid Bentham, ditempatkan di bawah *science of legislation* (ilmu perundang-undangan), di mana menurut Austin *science of legislation* didasarkan pada asas kegunaan, *ibid.*, h. 22.

Selain Bentham, penganut paham ini adalah Rudolp von Jhering, John Stuart Mill dan Thomas Hobes. Bentham menerapkan prinsip-prinsip umum dari pendekatan utilitarian ke dalam kawasan hukum. Dalilnya adalah, bahwa manusia itu akan berbuat dengan cara sedemikian rupa sehingga ia mendapatkan kenikmatan yang sebesar-besarnya dan menekan serendah-rendahnya penderitaan. Standar penilaian etis yang dipakai disini adalah apakah suatu tindakan itu menghasilkan kebahagiaan.<sup>122</sup> Menurut Bentham hukum bertujuan untuk mewujudkan apa yang bermanfaat atau yang sesuai dengan kepentingan orang banyak, pernyataannya yang terkenal adalah *the Greatest Happiness for the Greatest Number*, artinya kebahagiaan yang terbesar untuk jumlah terbanyak. Bentham menaruh perhatian besar terhadap penerapan asas manfaat dalam peraturan perundang-undangan sehingga banyak berkarya tentang pokok ini, di antaranya *The Theory of Legislation*.<sup>123</sup>

Bentham lebih menekankan kepada *utilitarianisme individual*, maka Rudolp von Jhering sering disebut sebagai *social utilitarianism*. Sistem Jhering mengembangkan segi-segi dari *positivisme* Austin dan menggabungkannya dengan prinsip-prinsip *utilitarianisme* Bentham dan Mill. Dalam mengembangkan filsafat hukumnya, Jhering melakukan studi

---

<sup>121</sup>Sebenarnya Bentham yang harus dihargai sebagai pendiri *Analytical Jurisprudence* di Inggris. Hampir seluruh kehidupan Bentham dicurahkan untuk menulis, tetapi ia tidak begitu suka menerbitkan karyanya. Salah satu karyanya yang terpenting, *The Limits of Jurisprudence Define*, yang ditulis pada tahun 1782, ditemukan oleh Prof. Everett di University College di London, diberi penjelasan dan kemudian diterbitkan pada tahun 1945 (Paton, *op.cit.*) h. 13.

<sup>122</sup>Edwin M. Schur, *Law and Society, A Sociological View*, New York: Random House, 1968, h. 33.

<sup>123</sup>Jeremy Bentham, *Teori Perundang-undangan. Prinsip-prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, terjemahan Nurhadi dari *The Theory of Legislation*, Bandung: Nusamedia & Penerbit Nuansa, buku ini dimulai dengan kata-kata (h. 1): Kebaikan publik hendaknya menjadi tujuan legislator, manfaat umum menjadi landasan penalarannya. Mengetahui kebaikan sejati masyarakat adalah hal yang membentuk ilmu legislasi, ilmu tersebut tercapai dengan menemukan cara untuk merealisasikan kebaikan tersebut.

intensif terhadap hukum Romawi. Hasil renungannya terhadap kehebatan hukum Romawi membuatnya sangat tidak menyukai apa yang disebut sebagai Ilmu Hukum yang menekankan pada konsep-konsep. Studinya mengenai hukum Romawi tersebut telah mengajarkan kepadanya, bahwa kebijaksanaan hukum itu tidak terletak pada permainan teknik penghalusan dan penyempurnaan konsep, melainkan pada penggarapan konsep untuk tujuan yang praktis.<sup>124</sup>

Selanjutnya, John Stuart Mill setuju dengan Bentham, bahwa suatu tindakan itu hendaklah ditujukan kepada pencapaian kebahagiaan; sebaliknya suatu tindakan adalah salah apabila ia menghasilkan sesuatu yang merupakan kebalikan dari kebahagiaan. Ia menyetujui bahwa standar keadilan hendaknya didasarkan pada kegunaannya. Terkait itu ia berpendapat, bahwa asal usul kesadaran akan keadilan itu tidak ditemukan pada kegunaan, melainkan pada dua sentimen, yaitu rangsangan untuk mempertahankan diri dan perasaan simpati. Menurut Mill keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri, maupun oleh siapa saja yang mendapatkan simpati. Perasaan keadilan, memberontak terhadap kerusakan, penderitaan, tidak hanya atas dasar kepentingan individual, melainkan sampai kepada orang lain.<sup>125</sup>

Berdasarkan teori ini, pada prinsipnya tujuan hukum itu hanyalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan masyarakat. Aliran utilitas memasukkan ajaran moral praktis yang menurut penganutnya

---

<sup>124</sup>Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000, h. 222.

<sup>125</sup>*ibid.*

bertujuan untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin warga masyarakat. Menurut Achmad Ali, aliran etis dapat dianggap sebagai ajaran moral ideal atau ajaran moral teoritis, sedangkan aliran yang dapat dimasukkan dalam ajaran moral moral praktis adalah aliran utilitas.<sup>126</sup> Aliran ini menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya. Jeremy Bentham memformulasikan prinsip kegunaan atau kemanfaatan (*utilitas*) menjadi doktrin etika. Jika dikaitkan dengan pokok masalah yang dianalisis tentang kedudukan anak luar kawin, maka akan ditelaah secara lebih mendalam tentang kemanfaatan bagi masyarakat Indonesia terutama kaum ibu beserta anak yang lahir dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat perkawinan sah. Terkait dalam hal memperoleh hak-hak keperdataan anak luar kawin dalam kedudukannya sebagai anak biologis dari ayahnya, teori ini akan menjadi pisau analisis untuk mengkaji lebih dalam tentang hubungan keperdataan yang dimaksud dalam Putusan MK.

#### **2.1.4. Teori Perlindungan Hukum**

Menurut J.P. Fitzgerald, hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat, dengan cara membatasi berbagai kepentingan tersebut, karena dalam suatu lalu lintas

---

<sup>126</sup>Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-undang (Legisprudence)*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012, h. 74.



kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya secara terukur, dalam arti ditentukan keluasan dan kedalamannya, untuk bertindak dalam rangka kepentingannya, yang disebut sebagai hak. Jadi, tidak setiap kekuasaan dalam masyarakat itu bisa disebut sebagai hak, melainkan hanya kekuasaan tertentu saja, yaitu yang diberikan oleh hukum kepada seseorang.<sup>127</sup> Kepentingan masyarakat, menurut Salmond seperti dijelaskan Fitzgerald, merupakan sasaran dari hak, bukan hanya karena ia dilindungi oleh hukum, tetapi juga karena adanya *vinculum juris*, yaitu pengakuan terhadap hak pihak-pihak yang terikat dalam hubungan kewajiban.<sup>128</sup> Ciri-ciri yang melekat pada hak menurut hukum, menurut TPH Salmond seperti Fitzgerald, yaitu:

- a. Hak itu dilekatkan kepada seseorang yang disebut sebagai pemilik atau subjek dari hak itu. Ia juga disebut sebagai orang yang memiliki titel atas barang yang menjadi sasaran dari hak;
- b. Hak itu tertuju kepada orang lain, yaitu yang menjadi pemegang kewajiban. Antara hak dan kewajiban terdapat hubungan korelatif;
- c. Hak yang ada pada seseorang ini mewajibkan pihak lain untuk melakukan (*commision*) atau tidak melakukan (*omission*) sesuatu perbuatan. Ini bisa disebut sebagai isi dari hak;
- d. *Commision* atau *ommission* itu menyangkut sesuatu yang bisa disebut sebagai objek dari hak;
- e. Setiap hak menurut hukum itu mempunyai titel, yaitu suatu peristiwa tertentu yang menjadi alasan melekatnya hak itu kepada pemiliknya.<sup>129</sup>

Keperluan hukum, menurut Salmond sebagaimana dijelaskan Fitzgerald, adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga

---

<sup>127</sup>Dyah Ochtorina Susanti, *Teori Perlindungan Hukum*, Bahan ajar mata kuliah Teori Hukum, disampaikan di Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Kadiri (UNISKA), 03-12-2011, h. 1.

<sup>128</sup>J.P. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell, 1966, h. 2.

<sup>129</sup>*ibid.*

hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu dilindungi dan diatur.<sup>130</sup> Teori ini juga dikembangkan oleh Philipus M. Hadjon, yang menjelaskan bahwa perlindungan hukum adalah suatu kondisi subjektif yang menyatakan hadirnya keharusan pada diri sejumlah subjek hukum untuk segera memperoleh sejumlah sumber daya, guna kelangsungan eksistensi subjek hukum yang dijamin dan dilindungi oleh hukum, agar kekuatannya secara terorganisir dalam proses pengambilan keputusan politik maupun ekonomi, khususnya pada distribusi sumber daya, baik pada peringkat individu maupun struktural.<sup>131</sup>

Hadjon dengan menitikberatkan pada 'tindakan Pemerintah an' (*bestuurshandeling* atau *administrativeaction*) membedakan perlindungan hukum bagi rakyat dalam dua macam, yaitu:

- a. Perlindungan hukum preventif, bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang memberi rakyat untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum keputusan Pemerintah mendapat bentuk yang definitif, yang sangat besar artinya bagi tindakan Pemerintah an yang didasarkan kepada kebebasan bertindak karena Pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi;
- b. Perlindungan hukum represif, bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa, termasuk penanganan perlindungan hukum bagi rakyat oleh peradilan umum dan peradilan administrasi di Indonesia.<sup>132</sup>

Lebih lanjut, Hadjon menjelaskan bahwa sarana perlindungan hukum preventif meliputi *the right to heard* dan *access to information*. Arti

---

<sup>130</sup> *ibid.*, h. 3

<sup>131</sup> *ibid.*

<sup>132</sup> *ibid.*

penting dari *the right to be heard* adalah: pertama, individu yang terkena tindakan Pemerintahan an dapat mengemukakan hak-haknya dan kepentingannya, sehingga menjamin keadilan; kedua, menunjang pelaksanaan Pemerintahan an yang baik.<sup>133</sup> Berdasarkan substansi TPH Salmond dan Fitzgerald, maka dapat dipahami bahwa hukum harus diciptakan dengan tujuan melindungi kepentingan masyarakat, dengan cara mengintegrasikan dan mengkoordinasikan kepentingan-kepentingan tersebut. Hukum melindungi hak-hak masyarakat dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepada mereka untuk bertindak, misalnya tindakan hukum untuk menuntut melalui institusi hukum, agar hak mereka terpenuhi.<sup>134</sup>

Perlindungan hukum terhadap hak masyarakat dapat dilakukan dalam dua cara, yaitu: pertama, perlindungan hukum secara represif, yang bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa dalam arti luas, yaitu penanganan perlindungan hukum bagi hak masyarakat melalui proses pengenaan sanksi administrasi. Kedua, perlindungan hukum secara preventif, yang bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang sangat besar artinya bagi tindakan Pemerintahan an yang didasarkan kepada kebebasan bertindak karena Pemerintahan terdorong untuk bersikap hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi.<sup>135</sup> Sarana perlindungan hukum preventif, meliputi: pertama, *the right to be heard*, artinya setiap individu sebagai anggota masyarakat berhak menuntut pemenuhan hak mereka, sebagai upaya mewujudkan

---

<sup>133</sup> *ibid.*, h. 4.

<sup>134</sup> *ibid.*

<sup>135</sup> *ibid.*, h. 5.

keadilan. Kedua, *access to information*, artinya perlindungan hukum yang diupayakan oleh Pemerintah dengan cara membuka akses yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk memperoleh informasi tentang proses pemenuhan hak mereka, sebagai wujud dari pelaksanaan Pemerintahan yang baik.<sup>136</sup>

#### **2.1.5. Teori Kepastian Hukum**

Tujuan hukum adalah menghendaki keadilan dan isi hukum ditentukan oleh kesadaran etis mengenai apa yang dikatakan adil dan apa yang kepastian hukum sangat diperlukan untuk menjamin ketenteraman dan ketertiban dalam masyarakat. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan perundang-undangan dibuat dan diundangkan secara pasti, karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam arti tidak menimbulkan keragu-raguan atau multitafsir, dan logis dalam arti menjadi suatu sistem norma dengan norma lain, sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian peraturan perundang-undangan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma. Kepastian hukum menjamin keadilan hukum dan hukum harus tetap berguna. Kepastian hukum tercapai apabila undang-undang yang dibuat tidak terdapat ketentuan-ketentuan yang bertentangan, dibuat berdasarkan *rechtsweljkheid* (keadaan hukum yang sungguh-sungguh) dan dalam undang-undang tersebut tidak terdapat istilah-istilah yang

---

<sup>136</sup> *ibid.*

dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.<sup>137</sup>

Peter Machmud Marzuki menyatakan:

Bahwa kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan Pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya berupa pasal-pasal dalam undang-undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan yang satu dengan putusan hakim yang lainnya untuk kasus yang telah diputuskan.<sup>138</sup>

Menurut teori kepastian hukum, hukum mempunyai tugas suci dan luhur, yaitu keadilan dengan memberikan tiap-tiap orang apa yang berhak diterima seta memerlukan peraturan tersendiri bagi tiap-tiap kasus. Untuk terlaksananya hal tersebut, hukum harus membuat ketentuan umum yang diperlukan masyarakat demi kepastian hukum. Menurut Gustav Radbruch, ada dua macam kepastian hukum, kepastian hukum oleh karena hukum dan kepastian hukum dalam/dari hukum. Kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum.<sup>139</sup>

Kepastian hukum menurut Bachsan Mustafa mempunyai tiga arti:

Pertama, pasti mengenai peraturan hukumnya yang mengatur masalah Pemerintah tertentu yang abstrak. Kedua, pasti mengenai kedudukan hukum subyek dan obyek hukumnya ada dalam pelaksanaan peraturan administrasi negara. Ketiga, mencegah kemungkinan timbulnya perbuatan sewenang-wenang

---

<sup>137</sup>Soetanto Soepiandy, *Kepastian Hukum*, Surabaya: Surabaya Pagi, 04-04-2012.

<sup>138</sup>Peter Machmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008, h. 158.

<sup>139</sup>Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1999, h. 145.

(*eigenrechting*) dari pihak manapun, juga tidak dari Pemerintah<sup>140</sup>.

## 2.2. PENJELASAN KONSEP

Konsep hukum sangat dibutuhkan dalam mempelajari dan memahami hukum. Konsep hukum pada dasarnya adalah batasan tentang sesuatu istilah tertentu. Tiap istilah ditetapkan arti dan batasan maknanya sepaham dan sejelas mungkin yang dirumuskan dalam suatu definisi. Istilah dan arti tersebut diupayakan agar digunakan secara konsisten. Konsep yuridis yang konstruktif dan sistematis yang digunakan untuk memahami suatu aturan hukum atau sistem aturan hukum.<sup>141</sup>

### 2.2.1. Konsep Perlindungan Hukum

Sebagaimana dijabarkan dalam definisi konsep, perlindungan diartikan sebagai perbuatan melindungi. Berkaitan dengan konsep perlindungan hukum terhadap anak, dilihat dalam Pembukaan UUD 1945 pada alenia ke-4 disebutkan bahwa Negara Republik Indonesia berkewajiban melindungi segenap bangsa Indonesia. Kata segenap bangsa Indonesia berarti mencakup seluruh anak termasuk pula di dalamnya anak luar kawin. Perlindungan hukum bagi anakluar kawin ini melalui peraturan perundang-undangan dan tindakan-tindakan yang bertujuan melindungi pihak yang lemah akan menempatkan anak luar

---

<sup>140</sup>Bachsan Mustafa, *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2001, h. 53.

<sup>141</sup>Asri Wijayanti, *Hukum Ketenagakerjaan Pasca Reformasi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009, h. 3.

kawin ini pada kedudukan yang layak. Berkaitan dengan perlindungan hukum bagi anak luar kawin terutama dalam memperoleh hak-hak keperdataannya, sebagaimana dikemukakan oleh Philipus M. Hadjon, terdapat dua macam perlindungan hukum, yaitu perlindungan hukum preventif dan perlindungan hukum represif, sehingga minimal ada dua pihak di mana perlindungan hukum difokuskan pada salah pihak, dengan tindakan-tindakannya berhadapan dengan rakyat yang dikenai tindakan-tindakan Pemerintah tersebut. Segala sarana, di antaranya peraturan perundang-undangan, yang memfasilitasi pengajuan keberatan-keberatan oleh rakyat sebelum keputusan Pemerintah mendapat bentuk definitif, merupakan perlindungan hukum yang preventif. Penanganan perlindungan hukum bagi rakyat oleh pengadilan merupakan perlindungan hukum yang represif.<sup>142</sup>

### 2.2.1. Konsep Anak Luar Kawin

Konsep hukum sangat dibutuhkan dalam mempelajari dan memahami hukum. Konsep hukum pada dasarnya adalah batasan tentang sesuatu istilah tertentu. Tiap istilah ditetapkan artidan batasan maknanya sepaham dan sejelas mungkin yang dirumuskandalam suatudefinisi. Istilah dan arti tersebut diupayakan agar digunakan secara konsisten. Konsep yuridis yang konstruktif dan sistematis yang digunakan untuk memahami suatu aturan hukum atau sistem aturan hukum.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup>Philipus M. Hadjon, *op.cit.*, h. 2.

<sup>143</sup>Asri Wijayanti, *Hukum Ketenagakerjaan Pasca Reformasi*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009, h. 3.

Konsep anak yang dimaksud dalam penelitian disertai ini menyangkut pengertian anak sebagai *person*,<sup>144</sup> sebagaimana amar Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang menyatakan bahwa 'Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya', tampak dengan jelas bahwa konsep anak yang dimaksud dalam Putusan MK tersebut bukanlah konsep anak dalam arti seseorang yang berumur antara 0 hingga 18 tahun, akan tetapi mereka yang mempunyai hak dan kewajiban terkait hubungan antara orang tua dengan anak.<sup>145</sup>

Ketentuan Pasal 42 UU Perkawinan yang mendefinisikan anak sah sebagai anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah, memberikan pemahaman bahwa anak luar kawin (sebagai anak tidak sah) adalah anak yang dilahirkan tidak dalam atau tidak sebagai akibat dari perkawinan yang sah. Berdasarkan sebab dan latar belakang terjadinya anak luar kawin antara lain disebabkan oleh:

1. Anak yang dilahirkan oleh seorang wanita tetapi wanita itu tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria yang menyetubuhinya dan tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria atau wanita lain;
2. Anak yang dilahirkan dari seorang wanita, kelahiran anak tersebut diketahui dan dikehendaki oleh salah satu orang tuanya, hanya saja salah satu atau kedua orang tuanya terikat dengan perkawinan lain;
3. Anak yang lahir dari seorang wanita dalam masa *iddah* perceraian tetapi anak yang dilahirkan itu merupakan hasil hubungan dengan pria yang bukan suaminya;

---

<sup>144</sup>I Nyoman Sujana, *Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin dalam Perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*, Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2015, h. 30.

<sup>145</sup>*ibid.*, h. 66.



4. Anak yang lahir dari seorang wanita yang ditinggal suami lebih dari 300 hari dan anak tersebut tidak diakui suaminya sebagai anak yang sah;
5. Anak yang lahir dari seorang wanita padahal agama yang mereka peluk menentukan lain, misalnya dalam agama Katholik tidak mengenal cerai hidup tetapi tetap dilakukan juga kemudian ia kawin lagi dan melahirkan anak, maka anak tersebut dianggap sebagai anak luar kawin;
6. Anak yang lahir dari seorang wanita sedangkan pada mereka berlaku ketentuan Negara melarang mengadakan perkawinan misalnya Warga Negara Indonesia (WNI) dan Warga Negara Asing (WNA) tidak mendapat izin dari kedutaan besar untuk mengadakan perkawinan karena salah satu dari mereka telah mempunyai pasangan tetapi mereka tetap campur dan melahirkan anak, maka anak tersebut juga dinamakan anak luar kawin;
7. Anak yang dilahirkan seorang wanita tetapi anak tersebut sama sekali tidak mengetahui kedua orang tuanya;
8. Anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat di Kantor Urusan Agama (KUA) atau Kantor Catatan Sipil;
9. Anak yang lahir dari perkawinan secara adat tidak dilaksanakan menurut agama dan kepercayaannya.<sup>146</sup>

Pengertian anak luar kawin dalam pembahasan pokok permasalahan penelitian disertasi ini dibatasi hanya pada pengertian anak yang dilahirkan sebagai akibat dari perkawinan tidak tercatat yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat perkawinan yang sah, sebagaimana pengertian anak luar kawin yang melatarbelakangi lahirnya Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010.

---

<sup>146</sup>Herusko, *Anak di Luar Perkawinan*, Jakarta: Makalah Seminar Kowani, 14-05-1996, h. 6.

### BAB III

#### HAKIKAT HUBUNGAN KEPERDATAAN

#### DAN NASAB ANAK LUAR KAWIN

### 3.1. HAKIKAT HUBUNGAN NASAB DALAM PERSPEKTIF FUQAHA

#### 3.1.1. Konsep Nasab dalam Hukum Islam

Kata nasab secara etimologi berasal dari bahasa arab *nasaba-yansibu-nasaban*, kalimat *nasabar rojulu* berarti *washofahu wa dzakara nasabuhu* (memberikan ciri-ciri dan menyebutkan keturunannya). Nasab diartikan dengan kerabat, keturunan atau menetapkan keturunan.<sup>147</sup>Nasab merupakan nikmat besar yang Allah SWT karuniakan kepada hamba-Nya, sebagaimana firman Allah dalam QS Al-Furqan ayat 54:

*Wa huwal ladzii kholaqo minal maa'i basyaron fa ja'alahu nasaban wa shihran wa kaana robbuka qodiiran.*

"Dan Dia yang menciptakan manusia dari air lalu Dia jadikan manusia itu (mempunyai) *nasab* dan *mushaharah* (hubungan kekeluargaan yang berasal dari perkawinan) dan Tuhanmu Maha Kuasa."<sup>148</sup>

Dalam ayat di atas dijelaskan bahwa nasab merupakan nikmat yang berasal dari Allah. Al-Qurthubi, ketika menafsirkan ayat tersebut, mengatakan bahwa kata *nasab* dan *shihr* keduanya bersifat umum yang mencakup hubungan kerabat di antara manusia. Hal ini dipahami dari lafadz *fa ja'alahu nasaba*, dan nasab juga merupakan salah satu dari lima *al-maqashid al-syari'ah*.<sup>149</sup>Sedangkan menurut istilah ada beberapa definisi tentang nasab, di antaranya yaitu:

<sup>147</sup>Mahmud Yunus, *Kamus Arab Indonesia*, Jakarta: Yayasan Penyelenggara, 1973, h. 449.

<sup>148</sup>Kementerian Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, h. 509.

<sup>149</sup>Al-Syathibi, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, Beirut: Dar al-Kutub al-Islamiyah, tt, Juz II, h. 12-23.

- a. Nasab adalah keturunan ahli waris atau keluarga yang berhak menerima harta warisan karena adanya pertalian darah atau keturunan.<sup>150</sup>
- b. Wahbah al-Zuhaili mendefinisikan nasab sebagai suatu sandaran yang kokoh untuk meletakkan suatu hubungan kekeluargaan berdasarkan kesatuan darah atau suatu pertimbangan bahwa yang satu adalah bagian dari yang lain. Misalnya seorang anak adalah bagian dari ayahnya, dan seorang ayah adalah bagian dari kakeknya. Dengan demikian orang-orang yang serumpun nasab adalah orang-orang yang satu pertalian darah.
- c. Ibn al-'Arabi mendefinisikan nasab sebagai ibarat dari hasil percampuran air antara seorang laki-laki dengan seorang wanita.<sup>151</sup>
- d. Yasin bin Yasir mendefinisikan nasab sebagai keadaan hukum yang disandarkan antara seseorang dengan orang lain yang mana orang tersebut keluar dari rahim seorang wanita yang terikat dalam ikatan suami istri maupun ikatan kepemilikan yang sah di mana, baik ikatan suami istri maupun akad kepemilikan itu diakui kebenarannya atau mirip dengan yang diakui kebenarannya. Ketetapan ini dihubungkan kepada seseorang yang melalui air spermanya kehamilan itu terjadi.<sup>152</sup>

Nasab merupakan salah satu pondasi dasar yang kokoh dalam membina rumah yang bersifat mengikat antar pribadi. Dalam rangka memelihara nasab ini disyariatkanlah perkawinan sebagai cara yang sah untuk menjaga dan memelihara kemurnian nasab. Perzinaan tidak dapat

---

<sup>150</sup>M. Abd Mujib Mabruri Syafi'i, *Kamus Istilah Fiqh*, Jakarta: Pustaka Firdaus, 1994, h. 59

<sup>151</sup>Wahbah al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa 'adillatuhu*, Damaskus: Dar al-Fikr, 1989, Juz VII, Cet ke-3, h. 674.

<sup>152</sup>Yasin bin Yasir, *Tsubut an-Nasab*, Damaskus: Dar al-Fikr, 1989, h. 10.

dijadikan sebab adanya hubungan nasab antara ayah pezina dengan anak zinanya. Seorang perempuan tidak dapat dinyatakan dengan "al-firasy" kecuali perempuan itu memungkinkan dapat melakukan hubungan suami istri. Seorang anak dapat dihubungkan nasabnya kepada orang tuanya, bilamana orang tua tersebut melakukan hubungan secara nyata. Apabila orang itu belum melakukan hubungan suami istri secara nyata, maka anak tersebut tidak dapat dihubungkan nasabnya kepada orang tuanya. Maksud hubungan suami istri secara nyata dalam hal ini adalah terjadinya pembuahan ovum seorang istri oleh sel sperma suaminya.<sup>153</sup>

Seorang anak yang dilahirkan dari rahim seorang ibu berhak mendapatkan pengakuan yang jelas dalam garis keturunan (nasab). Hak anak untuk ditetapkan dalam susunan garis keturunan harus dimiliki seorang anak, serta dinasabkan kepada ayah dan ibunya. Begitu pula hak anak tersebut merupakan hak Allah Yang Maha Besar dan Bijaksana.<sup>154</sup> Ayah memiliki hak atas anaknya karena dipandang sebagai sosok yang mampu memberi perlindungan keamanan dan memberi nafkah kepada anaknya selama anak belum dewasa. Atas dasar ini ayah memiliki hak untuk dipenuhi oleh anaknya ketika sudah tua dan membutuhkan sesuatu, sedangkan anak telah mampu mencari nafkah sendiri. Di samping itu, ayah juga berhak menerima warisan jika anaknya meninggal terlebih dahulu.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup>Jabir 'Abd al-Hadi Salim al-Shafii, *Ahkam al-Usrah al-Zawj al-Furqah baina al-Zaujain huquq al-awlad fi al-Fiqh al-Islami wa al-Qanun wa al-Qada' Dirasat li al-Qawanini al-Ahwal al-Shahshiyah*, (al-Sa'dani, t.t.), h. 407-408. Wahbah al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa 'adillatuhu*, 767-768. 'Abd Wahhab khallaf, *Ahkam al-Ahwal al-Shahshiyah fi al-Syari'ah al-Islamiyyah*, h. 182-183.

<sup>154</sup>Abd al-Rahman al-Nahlawi, *Ushul al-Tarbiyah al-Islamiyyah wa Asalibihi fi al-Baiti wa al-Madrasah wa Mujtama'*, Beirut: Dar al-Fikr, 1983, Cet ke-2, h. 73-74.

<sup>155</sup>*ibid*, h. 73.

Dalam kehidupan masyarakat, hak anak dalam nasab tampak nyata dibuktikan dengan adanya akta kelahiran. Akta kelahiran merupakan bukti sahnya seorang anak dalam sebuah keluarga dengan beberapa identitas yang dimiliki, yaitu nama lengkap, tempat dan waktu lahir, serta identitas orang tuanya. Dengan demikian akta kelahiran yang dimiliki anak akan memperkuat kedudukannya dalam keluarga dengan hak penuh dan garis nasab yang jelas. Sebagaimana anak ditetapkan dalam nasab karena ibu, maka ia memiliki hak untuk menerima warisan ketika anak meninggal terlebih dulu. Selain itu ketika ibu sudah tua dan lemah, ia berhak mendapatkan jaminan nafkah dari anaknya.<sup>156</sup> Penetapan nasab juga merupakan hak Allah SWT. Nasab merupakan hal penting yang dapat memuliakan. Manfaat penetapan nasab akan kembali pada anak. Oleh karena itu, Allah SWT telah memerintahkan kepada seluruh umat manusia untuk menjaga dan melindungi hak-hak anak.<sup>157</sup> Pengakuan anak dalam garis keturunan yang sah menunjukkan bahwa anak telah mendapatkan perlindungan melalui benteng sosial yang kokoh, sebab anak hidup di tengah-tengah sebuah keluarga yang sah.<sup>158</sup> Dengan demikian anak akan menemukan kehidupan yang aman dan damai dalam sebuah keluarga. Dalam rangka itu, Islam menjadikan akad perkawinan sebagai perjanjian yang kuat dan mulia.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> *ibid.*

<sup>157</sup> Hal ini dapat dilihat dalam firman Allah swt yang artinya: "Panggillah mereka (anak-anak angkat itu) dengan memakai nama bapak-bapak mereka. Itulah yang lebih adil pada sisi Allah. Dan jika kamu tidak mengetahui bapak-bapak mereka, maka panggilan mereka sebagai saudaramu seagama dan maula-maulamu (budak yang sudah dimerdekan, atau orang yang telah engkau jadikan anak angkat)". Kementerian Agama, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, h. 591.

<sup>158</sup> Abdurrahman al-Nahlawi, *Ushul al-Tarbiyah al-Islamiyyah*, h. 74.

<sup>159</sup> Kementerian Agama, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, h. 105.

Kajian masalah nasab terutama yang berkaitan dengan sebab-sebab timbulnya nasab dan cara menetapkannya, tidak bisa lepas dari pembahasan tentang masa kehamilan, baik yang berkaitan dengan batas minimal maupun batas maksimal masa kehamilan. Sebab untuk menentukan ketetapan nasab seorang anak, harus diketahui waktu pelaksanaan akad nikah kedua orang tuanya, waktu pertama hubungan badan terjadi setelah kondisi rahim bersih dan sebagainya. Dalam hal batas minimal masa kehamilan, *fuqaha* (ulama fiqh) semua mazhab sepakat bahwa batas minimal masa kehamilan adalah enam bulan. Batas minimal kehamilan ini didasarkan atas firman Allah dalam Surat Al-Ahqafayat 15 dan Surat Luqmanayat 14, dari gabungan pemahaman kedua ayat ini dapat diketahui bahwa minimal yang dibutuhkan seorang ibu untuk mengandung anaknya secara sempurna adalah enam bulan.<sup>160</sup>

Berbeda dengan kajian batasan minimal masa kehamilan yang memang terdapat dalil nash AlQuran secara tegas sehingga dapat disepakati oleh *fuqaha*, terdapat banyak perbedaan pendapat dan pemahaman terkait batas maksimal masa kehamilan. Ini tidak dapat dihindarkan, karena di samping tidak terdapat dalil *naqli* yang disepakati, para ulama dalam memberikan argumentasinya didasarkan pengalaman-

---

<sup>160</sup> *ibid.*, "*Wa hamluhuu wa fisholuhuu tsalaatsuuna syahro*" (Masa hamil dan masa menyusui hingga disapih selama 30 bulan) dan "*Wa fishooluhu fii 'aamayri*" (Masa menyusui hingga disapih selama dua tahun). Secara rumus matematika sederhana, total masa hamil dan menyusui (30 bulan) dikurangi masa menyusui (24 bulan) sama dengan 6 bulan (masa kehamilan) sebagai batas minimal masa kehamilan.

Terkait masalah batas minimal masa kehamilan ini, Imam al-Baihaqi meriwayatkan bahwa di zaman Khalifah Utsman bin Affan ada seorang laki-laki menikah dengan seorang wanita, dalam masa 6 bulan sejak akad nikah dilangsungkan si wanita itu melahirkan. Kasus ini dilaporkan kepada Khalifah hingga sempat opsi hukuman rajam hendak dijatuhkan. Pada saat itu Ibnu Abbas berkata: "Seandainya aku diminta menyelesaikan masalah kalian atas dasar AlQuran niscaya permasalahan kalian akan terselesaikan, betapa Allah telah berfirma: 'Mengandungnya sampai menyapihnya adalah (dalam masa) tiga puluh bulan' sehingga waktu yang dibutuhkan untuk mengandung cukup dengan enam bulan." Maka Khalifah akhirnya mengambil pendapat Ibnu Abbas tersebut sebagai dasar penyelesaian kasus tersebut dan hukuman *had* pun dicabut. Al-Baihaqi, *as-Sunan al-Kubra*, Beirut: Dar al-Fikr, tt., Jilid VII, h. 442.

pengalaman yang sifatnya temporer dan kasuistik. Setidaknya ada tujuh pendapat yang masing-masing bertahan dengan argumentasinya:

- a. Menurut Ibnu Hazm Azh-Zhahiri yang disandarkan kepada pendapat Umar bin al-Khattab bahwa batas maksimal masa kehamilan adalah sembilan bulan qamariyah.
- b. Menurut pendapat Muhammad bin Abdullah bin Abdul Hakam, salah seorang fuqaha dari kalangan mazhab Maliki, bahwa batas maksimal masa kehamilan adalah satu tahun qamariyah.
- c. Menurut pendapat Imam Abu Hanifah dan para sahabatnya, bahwa batas maksimalnya adalah dua tahun. Hal ini didasarkan atas ucapan Aisyah istri Nabi yang mengatakan bahwa seorang bayi tidak mungkin akan berada dalam rahim atau kandungan ibunya lebih dari dua tahun, sebagaimana informasi yang diriwayatkan Ad-Daruquthni bahwa Aisyah ra berkata:

*"Laa taziidul mar'atu fii hamlihaa 'alaa sanatayni qadra zhillil maghzili."*

*(Seorang wanita tidak akan pernah mengandung lebih dari dua tahun, sekalipun kelebihan waktunya hanya sebatas bayangan alat pemintalnya.) (HR Al-Baihawi dan Ad-Daruquthni)*

Berdasarkan hadis di atas Abu Hanifah dan para sahabatnya berkeyakinan bahwa batas maksimal masa kehamilan ada dua tahun, kalau saja hadis tersebut disepakati kehujjahannya tentunya perbedaan pendapat dalam masalah batas maksimal masa kehamilan tidak harus terjadi, sehingga batas maksimal masa kehamilan sama dengan batas minimal masa masa kehamilan dalam hal kesepakatannya.

- d. Menurut pendapat Al-Laits seorang ahli fiqh Mesir pada abad kedua Hijriyah bahwa batas maksimal masa kehamilan adalah tiga tahun.
- e. Menurut pendapat Imam Asy-Syafi'i bahwa batas maksimal masa kehamilan adalah empat tahun. Dalam hal ini sebagian ahli fiqh golongan Hanafiyah bahkan mengatakan bahwa Imam Malik dan Imam Ahmad juga berpendapat demikian. Alasan pendapat ini adalah bahwa para wanita Bani 'Ajlun biasa mengalami masa kehamilan empat tahun. Informasi seperti ini juga diriwayatkan oleh Al-Baihaqi dan Ad-Daruquthni dalam rangkaian hadis Aisyah di atas.

- f. Menurut pendapat yang paling masyhur dari ulama golongan Maliki, Al-Laits, Ibnu Sa'ad dan Abad bin Al-Awwan bahwa batas maksimal masa kehamilan adalah lima tahun.
- g. Menurut pendapat sebagian ulama mazhab Maliki bahwa batas masa kehamilan adalah tujuh tahun.<sup>161</sup>

Dari berbagai pendapat para ahli hukum Islam di atas, dapat diketahui bahwa masalah batas maksimal masa kehamilan ini tidak ada satupun yang berlandaskan dalil *naqli*, baik ayat AlQuran maupun hadis. Dalam *Bidayah al-Mujtahid wa Nihayah al-Muqtashid*, Ibnu Rusyd mengatakan bahwa permasalahan ini harus dikembalikan kepada adat kebiasaan yang terjadi dan eksperimen-eksperimen yang dilakukan. Sebab untuk menentukan hukum harus didasarkan kepada kasus yang pada umumnya terjadi, sesuai dengan kasus nyata bukan kasus yang sifatnya ganjil dan jarang terjadi.<sup>162</sup>

Wanita hamil pada umumnya berkisar antara delapan, sembilan sampai sepuluh bulan. Bahkan dalam hal ini di Mesir sebelum keluar UU No. 25 Tahun 1929, penentuan masalah batas maksimal masa kehamilan ini berdasarkan atas pendapat Abu Hanifah dan para sahabatnya, namun setelah berlakunya undang-undang tersebut batas maksimal masa kehamilan diubah menjadi satu tahun. Demikian halnya yang terjadi di Syria, Tunisia dan Maroko. Bahkan di Syria ditentukan secara jelas bahwa batas minimal masa kehamilan adalah 180 hari dan batas maksimalnya adalah satu tahun syamsiyah.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup>Nurul Irfan, *Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam*, Jakarta: Amzah, Cet. ke-1, 2012, h. 36-38.

<sup>162</sup>*ibid.*, h. 39.

<sup>163</sup>*ibid.*



### 3.1.2. Hak Nasab Anak

Dalam hukum Islam, para ulama sepakat mengatakan bahwa nasab seorang anak kepada ibu yang melahirkannya terjadi secara otomatis karena sebab pembuahan dan persalinan yang terjadi, sedangkan nasab anak terhadap ayah kandungnya bisa terjadi dan terbentuk melalui tiga cara, yaitu *pertama* melalui perkawinan yang sah, *kedua*, melalui perkawinan yang *fasid* atau *bathil* (termasuk nikah siri atau nikah di bawah tangan) dan *ketiga*, melalui hubungan badan secara *syubhat*. Para ulama fiqh sepakat bahwa anak yang lahir dari seorang wanita dalam suatu perkawinan yang sah dinasabkan kepada suami wanita tersebut. Dalam menetapkan nasab melalui perkawinan yang sah harus memenuhi beberapa syarat sebagai berikut:

1. Suami tersebut adalah seseorang yang memungkinkan dapat memberikan keturunan, di mana menurut kesepakatan ulama fiqh adalah seorang laki-laki yang telah baligh. Oleh karena itu, nasab anak tidak mungkin dihubungkan kepada lelaki yang tidak mampu melakukan hubungan badan atau dengan lelaki yang tidak mempunyai kelamin, kecuali itu bisa diobati.
2. Menurut ulama dari kalangan mazhab Hanafi, anak tersebutlahir enam bulan setelah perkawinan. Jumhur ulama menambahkannya dengan syarat suami istri dimaksudtelah melakukan hubungan badan. Apabila kelahiran anak itu kurang dari enam bulan, maka menurut kesepakatan ulama fiqh, anak yang lahir itu tidak bisa dinasabkan kepada suami wanita tersebut. Sebab hal ini mengindikasikan bahwa kehamilan telah terjadi sebelum akad nikah, kecuali jika suami itu mau mengakuinya. Dalam hal ini pengakuan tersebut harus diartikan sebagai pernyataan bahwa wanita itu sudah hamil sebelum akad nikah dilakukan. Bisa juga hal itu terjadi perkawinan yang akadnya fasid, termasuk dalam kasus nikah di baqwah tangan atau karena terjadinya hubungan badan secara syubhat. Jika ternyata memang demikian, maka menurut Wahbah Al-Zuhaili, anak tersebut dapat dinasabkan kepada suaminya demi kemaslahatan kehidupan anak tersebut. Namun nasab tetap tidak dapat dibentuk melalui perzinaan, demikian juga hak keperdataan Islam lain yang meliputi hak perwalian, hak kewarisan, dan hak mendapatkan nafkah juga tidak bisa ditetapkan melalui perzinaan.

3. Suami istri bertemu minimal satu kali setelah akad nikah. Hal ini disepakati oleh ulama fiqh. Namun mereka berbeda pendapat dalam mengartikan kemungkinan cara bertemu antar-keduanya. Apakah pertemuan itu bersifat fisik dan nyata atau hanya menurut perkiraan.

Ulama dari kalangan mazhab Hanafi berpendapat bahwa pertemuan berdasarkan perkiraan menurut logika. Oleh karena itu, apabila wanita tersebut hamil selama enam bulan sejak ia diperkirakan bertemu dengan suaminya, maka anak yang lahir dari kandungannya itu dapat dinasabkan kepada suaminya. Misalnya seorang wanita dari kawasan timur menikah dengan seorang laki-laki dari kawasan barat, dan mereka tidak bertemu selama satu tahun, tetapi lahir anak setelah enam bulan sejak akad nikah dilangsungkan, maka anak yang dilahirkan dapat dinasabkan kepada suami wanita itu.

Menurut ulama kalangan mazhab Hanafi, pertemuan suami istri seperti dalam contoh di atas melalui kekeramatan seorang sufi, sehingga seseorang bisa menempuh jarak yang jauh dalam waktu singkat. Akan tetapi logika semacam ini tidak diterima oleh jumhur ulama. Menurut mereka kehamilan bisa terjadi apabila pasangan suami istri dapat bertemu secara nyata, empiris dan konkret serta pertemuan itu memungkinkan bagi mereka untuk melakukan hubungan badan. Logika dalam contoh kasus memang agak sulit dimengerti, terlebih jika dikemukakan oleh ulama dari kalangan mazhab yang biasanya lebih mengedepankan logika rasional daripada cara berpikir irasional seperti ini. Tentu akan lebih logis jika dilakukan melalui tes darah atau tes DNA, sehingga jika memang secara ilmu pengetahuan dan teknologi terbukti cocok dan ada hubungan daran, maka bisa saja hak keperdataannya diakui secara hukum sah, dengan catatan jika memang hubungan antara kedua orang itu didasarkan atas perkawinan, walau hanya nikah siri, bukan atas kasus perzinahan.

Perbedaan pendapat antara ulama mazhab Hanafi dan jumhur ulama di atas muncul karena ulama kalangan mazhab Hanafi berpendapat bahwa pengingkaran seorang laki-laki terhadap anak hanya dapat terjadi melalui *li'an*. Sementara jumhur ulama berpendapat bahwa pengingkaran terhadap anak selain melalui *li'an* juga bisa dengan cara lainnya, yaitu ketika kondisi suami tidak mungkin bertemu secara aktual, nyata dan konkret dengan istrinya, seperti salah satu berada di luar negeri selama lebih dari batas maksimal waktu kehamilan, atau bahkan beberapa tahun.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> *Ibid.*, h. 80-83.

Cara kedua timbulnya nasab anak kepada ayah kandungnya adalah melalui perkawinan yang *fasid*, yaitu yang perkawinan yang dilangsungkan dalam keadaan kekurangan syarat, seperti nikah yang dilakukan tanpa wali, yang menurut ulama kalangan mazhab Hanafi tidak menjadi syarat sahnya perkawinan. Demikian pula halnya dalam kasus perkawinan tanpa saksi, sebagaimana pendapat Imam Malik dalam salah satu riwayat dari muridnya, Syahnun Al-Maliki, yang membolehkan nikah tanpa saksi dengan syarat harus diadakan *walimah al-ursy*. Meskipun nikah *fasid* jelas *tidak* sama dengan nikah yang dilaksanakan secara sah, namun dalam hal nasab para ulama fiqh sepakat bahwa penetapan nasab anak yang lahir dalam perkawinan yang *fasid* sama dengan penetapan nasab anak yang lahir akibat perkawinan yang sah. Akan tetapi, ulama fiqh mengemukakan tiga syarat dalam penetapan nasab anak dalam perkawinan *fasid* ini yaitu:

- a. Suami mempunyai kemampuan menjadikan istrinya hamil, yaitu seorang yang baligh dan tidak mempunyai penyakit yang dapat menyebabkan istrinya tidak bisa hamil.
- b. Hubungan badan benar-benar terjadi dan dilakukan oleh pasangan yang bersangkutan.
- c. Anak dilahirkan dalam waktu enam bulan atau lebih setelah terjadinya akad nikah *fasid* tersebut (menurut jumhur ulama) dan sejak hubungan badan (menurut ulama mazhab Hanafi). Jika anak itu lahir dalam waktu sebelum enam bulan setelah akad nikah atau melakukan hubungan badan, maka anak itu tidak bisa dinasabkan kepada suami wanita tersebut, karena bisa dipastikan anak yang lahir itu akibat hubungan badan yang terjadi sebelumnya.<sup>165</sup>

Adapun cara ketiga terjadinya nasab anak kepada ayah biologisnya adalah melalui hubungan badan secara *syubhat* (*wath'i syubhat*), yaitu persetubuhan antara seorang laki-laki dengan seorang wanita di luar akad nikah

---

<sup>165</sup>*ibid.*, h. 87-88.

tetapi tidak bisa disebut sebagai zina, seperti melakukan hubungan badan dengan istri di masa *iddah* talak tiga karena yakin hal itu dihalalkan, melakukan hubungan badan dengan wanita yang diyakini sebagai istrinya tapi ternyata bukan dan berhubungan badan dalam nikah *mut'ah* bagi ulama yang membolehkannya. Hubungan badan secara *syubhat* dengan segala macam dan bentuknya, sangat memungkinkan adanya kehamilan dan melahirkan anak. Dalam hal ini ulama dari berbagai mazhab sepakat bahwa anak yang lahir akibat hubungan badan yang *syubhat* dapat dinasabkan kepada laki-laki yang berhubungan badan dengan ibu anak tersebut, jika anak itu lahir setelah enam bulan atau lebih sejak terjadinya hubungan badan.<sup>166</sup>

Menurut konsep hukum Islam, zina adalah hubungan badan antara laki-laki dan wanita di luar perkawinan. Dengan perbuatan zina, sebagaimana juga pada perkawinan yang sah, sangat dimungkinkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak. Para ulama sepakat menyatakan bahwa perzinaan bukan penyebab timbulnya hubungan nasab anak dengan ayah, sehingga anak hasil hubungan zina tidak boleh dihubungkan dengan nasab ayahnya, meskipun secara biologis terbukti berasal dari benih laki-laki yang melakukan hubungan badan dengan ibunya. Latar belakang dan alasan mereka bahwa nasab itu merupakan karunia dan nikmat, sedangkan perzinaan itu merupakan *jarimah* (tindak pidana) yang sama sekali tidak layak mendapatkan balasan nikmat, melainkan balasan berupa hukuman. Implikasi tidak adanya hubungan nasab antara anak hasil zina dengan ayah biologisnyatampak nyata dalam beberapa aspek yuridis berupa tidak adanya hak nafkah, hak waris dan hak perwalian nikah. Ibnu Hazm memberikan alasan anak hasil zina tidak bisa dinasabkan

---

<sup>166</sup> *Ibid.*, h. 113.

dengan ayah biologisnya adalah tindakan Rasulullah SAW yang menghubungkan nasab anak dengan ibunya yang telah di $\textit{li'an}$  oleh suaminya, bukan kepada ayahnya, sebab kelahiran yang dialami oleh wanita baik halal maupun haram tetap sebagai sebab timbulnya nasab.<sup>167</sup>

Dalam *mawsu'ah al-fiqhiyyah* (Ensiklopedi Hukum Islam) disebutkan:

*"Waladuz zinaa huwal ladzii ta'tii bihi ummuhuu minaz zinaa."*

(Anak zina adalah yang dilahirkan oleh ibunya akibat melakukan hubungan badan tanpa perkawinan yang sah.)<sup>168</sup>

Adapun Wahbah al-Zuhaili mengatakan:

*"Waladuz zinaa fahuwal waladul ladzii atat bihi ummuhu min thoriqin ghoiri syar'iyyin aw huwa tsamrotul alaaqatil muharromati."*

"Anak zina adalah anak yang dilahirkan oleh ibunya dengan cara yang tidak sesuai hukum syar'i atau anak itu adalah hasil dari hubungan badan yang diharamkan".<sup>169</sup>

Sedangkan menurut Muhammad Jam'ah Barraaj, *anak zina* adalah:

*"Al-waladu yajii'u natijjat tishaalir rajuli bil mar'ati bighairi zawaajin syar'iyyin ay maa kaana bithariiqis sifaahi aw huwa tsamrotul alaaqatil aimmati baynar rajuliwal mar'ati wa yusammaa bil waladi ghairis syar'iyyi."*

"Anak zina adalah lahir sebagai akibat melakukan hubungan seks antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan dengan tanpa perkawinan yang sesuai dengan hukum syar'i yaitu anak yang dihasilkan dari hubungan badan tanpa nikah, atau anak yang dilahirkan sebagai hasil hubungan perbuatan dosa (zina) antara seorang laki-laki dan seorang perempuan. Anak tersebut dinamakan anak yang dilahirkan tidak sesuai dengan hukum syar'i".<sup>170</sup>

<sup>167</sup>Ibnu Hazm, *al-Muhalla bi al-Atsar*, Beirut: Dar al-Kutub Al-Ilmiyah, tt., Jilid X, h. 142.

<sup>168</sup>Wazarat al-Auqaf wa al-Shu'un al-Islamiyyah, *al-Mausu'ah al-Fiqhiyyah*, (Kuwait: Dhatu al-Salasil, 1983), Juz III, Cet ke 2, h. 70.

<sup>169</sup>Wah}bah al-Zuh}aili, *al-Fiqhu al-Islami wa 'adillatuhu*, h. 430.

<sup>170</sup>Jam'ah Muhammad Barraaj, *Ahkam al-Mirath fi al-Shari'ah al-Islamiyyah*, (Yaman: Dar yaafa al-ilmiyyah, 1999), h. 721.

An-Nawawi, dalam *Al-Majmu'ah Syarh al-Muhadzab*, menambahkan uraiannya tentang akibat hukum perbuatan zina lainnya dengan mengatakan bahwa apabila ada seorang laki-laki berzina dengan seorang wanita, maka wanita pezina itu tidak berkewajiban menjalani masa *iddah*, sebab disyariatkannya *iddah* itu mempunyai tujuan untuk memelihara kemurnian nasab, sedangkan seorang laki-laki pelaku zina tidak akan pernah mempunyai hubungan nasab dengan anak yang lahir akibat perzinaannya. Hal inilah yang mendorong ulama membolehkan pelaksanaan akad nikah wanita hamil dengan pria yang menghamilinya.<sup>171</sup>

Ulama fiqh sepakat mengatakan bahwa perkawinan yang sah atau fasid juga merupakan salah satu cara atau dasar yang sangat kuat dan dianggap sah untuk menetapkan nasab seorang anak kepada kedua orangtuanya, sekalipun perkawinan dan kelahiran anak itu tidak didaftarkan secara resmi pada instansi terkait. Adanya ikatan hubungan suami istri, *al-firasy az-zawjiyah* dinilai sebagai cara untuk menetapkan nasab anak kepada kedua orang tuanya. Wahbah al-Zuhaili, dalam *al-Fiqh al-Islami wa adillatuh*, menyatakan:

Hubungan nasab dapat ditetapkan dengan salah satu dari ketiga cara, yaitu perkawinan yang sah atau perkawinan yang fasid, dengan cara iqrar atau pengakuan nasab dan dengan pembuktian. Cara pertama adalah dengan perkawinan yang sah atau perkawinan yang fasid. Perkawinan yang sah atau perkawinan yang fasid sebagai sebuah cara untuk menetapkan nasab, cara menetapkannya secara konkret adalah manakala telah terjadi perkawinan, walaupun berupa nikah fasid atau berupa nika secara adat masyarakat tertentu, yaitu perkawinan yang telah dianggap terlaksana dengan akad-akad khusus (seperti nikah di bawah tangan) tanpa didaftarkan pada lembaga perkawinan yang resmi, hubungan nasab anak-anak yang dilahirkan oleh seorang wanita sebagai istri itu tetap bisa diakui dan ditetapkan.<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup>An-Nawawi, *al-Majmu' Syarh al-Muhadzab*, Mesir: Matba'ah al-Imam, tt., Jilid XVIII, h. 147.

<sup>172</sup>Wahbah al-Zuhaili, *op.cit.*, h. 690.

Pernyataan Wahbah al-Zuhaili inilah yang M. Nurul Irfan sampaikan dalam sidang pleno pada hari Jumat 4 Mei 2011 di depan sembilan majelis hakim Mahkamah Konstitusi. M. Nurul Irfan menyampaikan hal ini karena diajukan sebagai saksi ahli oleh pihak Pemohon dalam perkara uji materi UU Perkawinan. Pihak Pemohon adalah Machicha Mochtar, seorang mantan istri Moerdiono yang telah memiliki anak bernama M. Iqbal Ramadhan. Namun selama ini anak tersebut tidak pernah mendapat pengakuan resmi sebagai anak dari ayah kandungnya karena perkawinannya tidak dicatat di lembaga perkawinan resmi di Indonesia, yaitu KUA dengan alasan bahwa pada saat ibunya menikah dengan Moerdiono, ia masih terikat perkawinan dengan istri yang lain dan tidak/belum mendapat persetujuan istri pertama untuk menikah lagi, sehingga tidak bisa dicatat.<sup>173</sup>

Fuqaha' Mazhab empat dan Mazhab az-Dhahiri sepakat bahwa nasab anak hasil zina hanya bisa dinasabkan kepada ibunya. Kedudukan hukum anak hasil zina di*ilhaq*kan atau di*qiyaskan* kepada anak *mula'ana*h (anak yang diingkari oleh ayah kandungnya sendiri). Hal ini dapat dilihat dalam beberapa kitab mereka, diantara pendapat para fuqaha tersebut sebagai berikut:

a. Pendapat Ibnu 'Abdi al-Bar:

*"Qaala bnu Abdil Barri: al-Ummu laa yuntafaa anhaa waladuhaa abadan wa ummuhuu laahiqun bihaa alaa kulli haalin liwilaadatihaa lahu."*

Ibnu 'Abdi al-Bar berpendapat bahwa ibu tidak boleh dinafikan dari ibunya selamanya, anak tetap dinasabkan kepada ibunya dalam kondisi seperti apapun, karena ibu telah melahirkan anak tersebut.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup>Nurul Irfan, *op.cit.*, h. 124-125.

<sup>174</sup>Yusuf Bin 'Abdillah bin Muhammad bin 'Abdi al-Bar al-Qurtubi, *al-Istidhkar*, (Beirut: Dar al-Wa'iyi, 1993), Juz XVII, Cet. ke-1, h. 231.

## b. Pendapat Imam al-Nawawi:

*"Qaalan Nawaawiy: al-waladu bi kulli haali waladihaa laa yuntafaa anhaa innamaa anhu yunfaa wa ilayha yunsabu idzaa nusiba."*

Imam al-Nawawi berpendapat: kedudukan anak hasil zina (*walad al-zina*) dalam kondisi seperti apapun tetap dinasabkan kepada ibunya, ia tidak dapat dinafikan kepada ibunya.<sup>175</sup>

## c. Pendapat Ibn Hazm

*"Qaala bnu Hazm: al-waladu yulhaqu bil mar'ati idzaa zaanat wa hamalat bii wa laa yulhaqu bir rajuli."*

Ibn Hazm berpendapat: Anak hasil zina dinasabkan kepada seorang wanita yang melakukan hubungan badan dengan seorang laki-laki kemudian ia hamil anak yang lahir dari hubungan zina tidak dapat dinasabkan kepada ayah biologisnya.<sup>176</sup>

## d. Pendapat al-Qadhi abu al-Walid al-Baji:

*"Qaalal qhaadhi Abul Walid al-Baajiyu: Waladul mula'anati wa waladuz zinaa laa yubthilu min jihati ummihi, liannahuu laa yahtaaju fii ilhaaqihii bihaa ilaa aqdin nikah fa lidzaalika laa yuntafaa anhaa bili'aanin wa laa iqraarin bi zinaa."*

Al-Qadhi abu al-Walid al-Baji berpendapat: anak *mula'ana* (anak yang tidak diakui oleh ayah biologisnya) dan anak zina tidak membatalkan nasab dari ibunya, karena anak zina tidak butuh untuk menasabkan dirinya kepada ibunya dengan akad yang baru. Oleh karena itu ia tidak butuh menafikan dirinya dengan ibunya dengan *li'an* dan dengan pengakuan atau ikrar berbuat zina.<sup>177</sup>

## e. Pendapat al-Sayyid al-Bakri:

*"Qaalas Sayyidul Bakri: waladuz zinaa laa yunsabu ilaa abin wa innamaa yunsabu ilaa ummihi."*

Al-Sayyid al-Bakri berpendapat: anak hasil zina tidak dinasabkan kepada bapak, tetapi dinasabkan kepada ibunya".<sup>178</sup>

<sup>175</sup>Yahya bin Sharaf al-Nawawi, *al-Majmu' Sharh Muhadhdhab* (Jeddah: Maktabah al-Irsyad, t.th), Juz XIX, h. 199.

<sup>176</sup>Ibn Hazm, *al-Muh}alla*, (Mesir: Dar al-Fikr, tt), Juz X, h. 323.

<sup>177</sup>Sulaiman bin Khalf bin Sa'ad bin Ayyub al-Baji, *al-Muntaqa sharh al-Muwatta'* (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1999), Juz V, Cet ke-1, h. 231.

<sup>178</sup>Abu Bakar dikenal dengan as-Sayyid al-Bakri, *I'anat al-Talibin*, (Beirut : Dar al-Turathi al-'arabi, t.th), Juz II, Cet ke-4, h. 128.



## f. Pendapat Ibnu Nujaim:

*"Qaalabnu Nujaym: al-waladu yatba'u l umma liannahuu mutayaqqanun bihi jihataha wa lihaadzaa yatzbutu nasabu waladiz zinaa wa waladi l mula'anati minha hattaa taritsahuu wa yaritsuhaa li annahuu qabla l infishaali huwa udhwun min a'dhaaiha hissan wa hukman."*

Ibnu Nujaim berpendapat: Anak mengikuti kepada ibu, karena anak itu diyakini berasal dari ibunya. Oleh karena itu, ditetapkanlah nasab anak hasil zina dan anak *mula'annah* (anak yang tidak diakui oleh bapaknya) kepada ibunya, ibu berhak mewarisi hartanya demikian juga sebaliknya, karena anak itu sebelum lahir adalah bagian anggota tubuh ibunya baik perasaan maupun dari segi hukum.<sup>179</sup>

Pendapat para fuqaha di atas didasarkan kepada dalil-dalil sebagai berikut:

## a. Hadis Riwayat Ibnu Umar

*"Haddatsanaa Yahya ibn Bukair: haddatsanaa Maalik Qaala: haddatsanii Nafi' an Ibni Umara anna Nabiyya shallallaahu 'alayhi wa sallama laa'ana bayna rajulin wam ra'atihii fantafaa min waladihaa fa farraqa baynahumaa wa alhaqqal walada bil mar'ati."*

"Telah menceritakan kepada kami Yahya bin Bukair, telah menceritakan Malik ia berkata, telah menceritakan kepadaku Nafi dari Ibn Umar sesungguhnya Nabi SAW menyelenggarakan sumpah *lian* antara seorang suami dan istrinya. Ia mengingkari anak yang dikandung istrinya. Kemudian Rasulullah SAW menceraikan keduanya dan menisbatkan (memberikan status hubungan nasab) anak kepada si wanita."<sup>180</sup>

## b. Hadis Riwayat 'Abdullah bin Umar

*"An Abdillah bin Umar qaala: 'Farraqa Rasuulullahi shallallaahu alayhi wa sallama bayna l mutalaa'inayni wa alhaqa l walada bi ummihi."*

<sup>179</sup>Zainuddin bin Ibrahim bin Muhammad dikenal dengan Ibn Nujaim, *al-Bahru al-Ro'iq Sharh kanzu al-Daqaiq* (Beirut: Dar al-Ma'rifah, tth), Juz IV, Cet ke-2, h. 251.

<sup>180</sup>Muhammad bin Ismail Abu Abdullah. *Shahih al-Bukhari*, Juz VI, h. 2480.

"Dari Abdullah bin Umar ia berkata: "Rasulullah saw memisahkan antara dua orang yang melakukan *li'an*, kemudian menetapkan nasab kepada ibunya."<sup>181</sup>

c. Hadis Riwayat Abi Hurairah

*"Wa haddatsanii Muhammad bin Rafi' wa Abd bin Humayd qaala Ibnu Raafi' – haddatsanaa Abdur Razzaq akhbaranaa Ma'mar 'an az-Zuhri a' Ibni l Musayyab wa Abi Salamah 'an Abi Hurayrata anna Rasuulullaahi shallallaahu alayhi wa sallaman qaala: 'Al-Waladu lil firaasyi wa lil 'aahiri l hajaru."*

"Telah menceritakan kepadaku Muhammad bin Rafi' dan 'Abdu bin Khumaid, Ibnu Rafi' berkata: telah menceritakan kepada kami 'Abdurrazzaq, telah menceritakan kepada kami Makmar dari al-Zuhri dari Ibnu al-Musayyab dan Abi Salamah dari Abu Hurairah bahwasannya Rasulullah SAW bersabda: anak yang dilahirkan adalah bagi laki-laki yang punya istri (yang melahirkan anak itu) dan bagi pezina dihalangi hak-haknya".<sup>182</sup>

Kata *al-firasy* digunakan untuk makna *al-wath'* (senggama), demikian juga kata *al-firasy* hanya digunakan untuk makna bagi perempuan yang melahirkan anak.<sup>183</sup> Diantara makna *kinayah*, *al-firasy* adalah *al-mar'ah* (seorang perempuan), kata *al-mar'ah* dinamakan selimut lelaki.<sup>184</sup> Kata *al-firasy* dikalangan orang Arab digunakan untuk mengungkapkan makna suami dan makna seorang wanita, akan tetapi kebanyakan kata *al-firasy* digunakan untuk makna seorang wanita.<sup>185</sup>

<sup>181</sup>Abdullah bin Abdirrahman bin Fadl bin Bahram al-Darimi, *Sunan al-Darimi*, ditahqiq oleh Hasan Salim al-Darani (Riyadh, Dar al-Mughni, 2000), Juz IV, Cet ke-1, h. 1940.

<sup>182</sup>Abu Hasan Muslim al-Qushairi, *Sahih Muslim*, (Beirut: Dar al-Jil, tt) Juz IV h. 171.

<sup>183</sup>Burhanuddin Ibrahim bin Muhammad bin 'Abdillah bin Muhammad bin Muflih. *al-Mubdi' Sharh al-Muqni'*. ditahqiq oleh Muhammad Hasan Isma'il (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1997), Juz VII, h. 60.

<sup>184</sup>Jamaluddin Muhammad bin 'Ali bin Mukrim dikenal dengan sebutan Ibn Manzur, *Lisan al-Arab* (Mesir: Dar al-Ma'arif, tt), Juz VI, 327. 'Alauddin Abu Bakr bin Mas'ud al-Kasani, *Bada'iu al-Sha'naiu fi Tartib al-Shara'i*, Cet ke 2, h. 242.

<sup>185</sup>Abu Bakar 'Abdu al-Razaq bin Humam, *al-Shan'ani*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1999), Juz III, h. 296.

Dalam hadits di atas, Nabi saw tidak menasabkan anak yang lahir dari hubungan zina kecuali hanya kepada perempuan yang melahirkan anak tersebut.<sup>186</sup> Sikap Rasulullah SAW yang menasabkan anak hasil zina kepada wanita yang melahirkan dan tidak menasabkan kepada ayah biologisnya, menunjukkan bahwa anak yang lahir dari hasil hubungan zina tidak dapat mengajukan tuntutan untuk dinasabkan kepada ayah biologisnya dan anak tersebut tidak dapat dinasabkan kepadanya.<sup>187</sup>

Imam Ibnu Hajar al-'Asqalani mengutip pendapat Imam Syafi'i mengatakan: sabda Nabi SAW "*al-walad li al-firasyh*" mempunyai dua pengertian: *pertama*, anak yang lahir dinasabkan kepada ibu yang melahirkan anak tersebut selama ibu yang melahirkan itu tidak menafikan anak tersebut. Apabila ibu menafikan anak yang ia lahirkan, maka hukumnya sama dengan anak yang tidak diakui oleh bapaknya. *Kedua*, apabila terjadi sengketa antara perempuan dan lelaki yang melakukan hubungan senggama diluar nikah, maka anak tersebut dinasabkan kepada perempuan yang melahirkan anak tersebut. Imam Syafi'i mengatakan, sabda Nabi SAW "*wa lil al 'ahir al-hajaru*" menurut al-Syafi'i, pelaku zina itu dihukum dan dilarang untuk menasabkan anak yang lahir dari hubungan zina kepadanya.<sup>188</sup> Hal ini didasarkan hadis riwayat 'Amr bin Shu'aib:

---

<sup>186</sup>Alauddin Abu Bakr bin Mas'ud al-Kasani, *Bada'iu al-Sha'naiu fi Tartibal-Shara'iu*, Juz VI, h. 242.

<sup>187</sup>Abu 'Abdillah Muhammad bin Muflih, *al-Furu'*, (Beirut: 'Alam al-Kutub, 1985), Juz IV, Cet ke 4, h. 526.

<sup>188</sup>Ahmad bin 'Ali bin Hajar al-'Asqalani, *Fathu al-Bari bi Sharh Shahih al-Buhari*, ditahqiq 'Abdu al-Qadiri Shaibah al-Hamdi (Beirut : Dar al- 'Ashimah, 2001, Juz XII, Cet ke-1, h. 36-37.

*"An Amru bin Syu'aib an abiihi an jaddihii qaala: Qaama rajulun fa qaala Yaa Rasuulallah inna fulaan ibnii 'aahartu bi ummihi fi l jaahiliyyati fa qaala Rasuulullahi shallallaahu 'alayhi wa sallama: 'Laa da'wata fi l islaami dzahaba Amru l jaahliyyati al waladu lil firaasyi wa lil 'aahiri l hajar.*"

"Dari Amr bin Shuaib dari ayahnya, dari kakeknya, ia berkata, "Seorang laki-laki berdiri di hadapan Nabi, ia berkata, "sesungguhnya anakku fulan pernah berzina dengan ibunya pada masa jahiliyah. Kemudian Rasul bersabda, "Apa yang telah terjadi pada masa jahiliyah tidak berlaku pada masa Islam. Anak itu bernasab kepada ibunya, sedangkan pelaku zina berhak mendapat hukuman."<sup>189</sup>

Hadis riwayat 'Amr bin Shu'aib menunjukkan bahwa Nabi SAW mengingkari (enggan) untuk menasabkan anak anak zina kepada ayah biologisnya. Tindakan menasabkan anak hasil zina kepada ayahnya termasuk perilaku jahiliyyah. Nasab merupakan nikmat dari Allah, nikmat itu hanya digunakan untuk taat dan berbakti kepada-Nya bukan untuk bermaksiat kepada-Nya dan nikmat perolehan nasab itu tidak diperoleh dari perbuatan zina.<sup>190</sup> Imam al-Sarakhsi berpendapat bahwa sesungguhnya memutuskan hubungan nasab menurut hukum syar'i hakikatnya sama dengan mencegah dan melarang berbuat zina, jika sperma seseorang disia-siakan dengan berbuat zina, maka ia menjaga harga dirinya untuk melakukan perbuatan zina.<sup>191</sup>

Berdasarkan ketentuan ini dapat dipahami bahwapenetapan nasab bukan sekedar dari hubungan secara genetika semata, tetapi juga dilakukan sesuai syar'i sehingga menghasilkan keturunan yang sesuai dengan ketentuan agama. Dalam hal ini dengan tegas Nabi SAW hanya

<sup>189</sup>Abu Dawud Sulaiman bin Al-As'ats, *Sunan Abi Dawud*, (Beirut: Dar al Kitab, tt), h. 250.

<sup>190</sup>Muhammad Bin Idris al-Shafi'i, *Ahkam al-Qur'an*, ditahqiq oleh Abdul ghani 'Abdul Khaliq (Beirut : Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1980), Juz II, h. 1980.

<sup>191</sup>Abu Bakar Muhammad bin Abi Sahl al-Sarakhsi, *al-Mabsut*, (Beirut: Dar al-Ma'arif, 1978), Juz IV, h. 205.

mengakui adanya nasab jika anak terlahir oleh *firasynya*. Nasab yang dimaksud oleh fiqh berada dalam wilayah agama sehingga harus menggunakan terminologi agama, bukan pengertian secara kebiasaan ataupun adat. Tidak adanya nasab seorang anak kepada ayah biologisnya tidak berarti menafikan secara mutlak kenyataan bahwa anak tersebut memiliki hubungan darah dengan seorang laki-laki, karena memang secara faktual hubungan darah tidak bisa dihilangkan. Namun ketika masuk kepada wilayah agama, maka aturan agamalah yang digunakan. Jika dikemudian hari seorang bisa membuktikan bahwa seorang anak adalah darah dagingnya, misalnya melalui tes DNA dan semacamnya, maka tidak serta merta anak tersebut bisa bernasab. Masih harus diteliti dulu apakah anak tersebut terlahir dalam perkawinan yang sah atau tidak. Jika memang terbukti bahwa anak tersebut terlahir dalam dalam perkawinan yang sah, maka ia akan bernasab pada ayah biologisnya. Apabila tidak, anak tersebut tidak bisa bernasab kepada ayah biologisnya itu.<sup>192</sup>

Dalam Islam, perkawinan bertujuan untuk membina rasa cinta dan kasih sayang di antara pasangan suami istri, sehingga terwujud ketentraman dalam keluarga. Untuk mewujudkan tujuan perkawinan tersebut, para ulama fiqh merasa perlu untuk memperhatikan secara cermat lembaga perwalian, karena menurut mereka, adanya wali bagi wanita dalam nikah merupakan hal yang sangat penting untuk memelihara kemaslahatan dan menjaga hak-hak mereka. Secara bahasa, kata "*wali*" dalam bahasa Indonesiayaitu segala sesuatu yang menjadi

---

<sup>192</sup>Hamam, *Anak Luar Nikah (Studi tentang Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Perspektif Masalah al-Shatibi)*, Surabaya: UIN Sunan Ampel, 2014, h. 138-139.

urusan.<sup>193</sup> Dalam bahasa Arab kata wali berasal dari kata *wilayah* yang antara lain berarti persahabatan, kekuatan, dan kekuasaan, sehingga wali sendiri mengandung arti orang yang menolong, pendukung, pelindung, atau orang yang memiliki kekuasaan.<sup>194</sup>

Sementara menurut istilah, wali adalah orang yang memiliki kekuasaan untuk melakukan suatu perbuatan hukum tanpa tergantung pada izin dari orang lain.<sup>195</sup> Para Fuqaha' membagi perwalian menjadi dua yaitu perwalian atas diri pribadi (*al-wilayah 'ala al-nafs*) dan perwalian atas harta kekayaan (*al-wilayah 'ala al-maal*). Perwalian atas diri pribadi yaitu kekuasaan untuk melakukan akad (perkawinan) tanpa ketergantungan kepada orang lain.<sup>196</sup>

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Bab 1 Pasal 1 huruf (h) disebutkan, "perwalian adalah kewenangan yang diberikan untuk kepentingan atas nama anak yang tidak mempunyai orang tua atau orang tua yang masih hidup, tidak cakap untuk melakukan perbuatan hukum".<sup>197</sup> Kehadiran wali dalam sebuah perkawinan, telah menjadi kewajiban mutlak bahkan menjadi syarat sahnya sebuah akad

---

<sup>193</sup>WJS Poerwodarminto, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: PN Balai Pustaka, 1976, h. 1147.

<sup>194</sup>Hans Wechr, *A. Dictionary of Modern Written Arabic, Arabic-English* Beirut: Librairie Du Liban, 1980, h. 1100.

<sup>195</sup>Wahbah al-Zuhaili, *al-Fiqhu al-Islami wa 'adillatuhu*, 186. Amir Syarifuddin, *Hukum perkawinan Islam di Indonesia, antara fiqh dan Undang-Undang perkawinan*, Jakarta: Prenada Media, 2006), Cet ke 1, 69. Muhammad Ibrahim al-Hafnawi, *al-Mausu'at al-Fiqh al-Muyassarah fi al-Zawaj*, (Thanta: Maktabah al-Aiman, t.th), 148. Muhammad Tu'mah Sulaiman al-Qudat, *al-Wilayah al-'Ammah li al-Mar'ah fi al-Fiqh al-Islami*, Amman: Dar al-Nafais, 1998, Cet ke-1, h. 12.

<sup>196</sup>Zakiyuddin Sha'ban, *al-Ahkam al-Shar'iyyah li Ahwal al-Shahsiyyah*, Kairo: Dar al-nahdhah al-'Arabiyyah, 1969, h. 214.

<sup>197</sup>Direktorat Jendral Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, *Kompilasi Hukum Islam* Jakarta: Departemen Agama RI, 2001, 13.

perkawinan.<sup>198</sup>Seorang wali nikah, merupakan seorang lak-laki yang bertindak sebagai pengasuh calon pengantin wanita pada waktu akad nikah dan pengucap akad nikah, diwajibkan baginya mempunyai hubungan darah dengan calon mempelai wanita. Karena itu, wali nikah ada yang digolongkan sebagai *wali aqrab*, *wali ab'ad*, dan *wali hakim*.<sup>199</sup>

*Wali aqrab* adalah mereka yang mempunyai hubungan kekerabatan sangat dekat seperti: ayah, kakek, dan saudara laki-laki. *Wali ab'ad* adalah mereka yang mempunyai hubungan kekerabatan yang lebih jauh seperti: anak laki-laki paman, saudara ayah atau saudara ibu. Sedangkan wali hakim, adalah seorang wali dari pejabat kepala KUA tempat domisili pengantin wanita sebagai wali dari mempelai wanita yang tidak mempunyai wali nikah. Dengan demikian, wali dalam akad perkawinan menjadi sangat penting keberadaannya.<sup>200</sup>

Seorang laki-laki sebagai ayah biologis dan saudara laki-laki dari ayah biologis anak hasil zinatidak berhak menjadi wali nikah. Orang yang berhak menjadi wali nikah adalah saudara '*ashabah*. Apabila saudara '*ashabah*<sup>201</sup> tidak ada maka yang menjadi wali nikah adalah Sulthan

<sup>198</sup>Sayyid Sabiq, *Fiqh Al-Sunnah Juz II*, Lebanon: Dar al-Fikr, 2006,

<sup>199</sup>Amir Syarifuddin, *Hukum perkawinan Islam*. 75.

<sup>200</sup> PMA RI Nomor 30 Tahun 2005 mengatur tentang *Wali Hakim*: Bab 1 Pasal 1 ayat 2: Wali Hakim adalah Kepala Kantor Urusan Agama Kecamatan yang ditunjuk oleh Menteri Agama untuk ber tindak sebagai wali nikah bagi calon mempelai wanita yang tidak mempunyai wali. Bab II Pasal 2 ayat 1; Bagi calon mempelai yang akan menikah di wilayah Indonesia atau di luar negeri atau di luar daerah wilayah teritorial Indonesia, tidak mempunyai wali nasab yang berhak atau wali nasabnya tidak memenuhi syarat, atau *mafqud*, atau berhalangan, atau *adhal*, maka pernikahannya dilangsungkan oleh wali hakim. Pasal 2 ayat 2, khusus untuk menyatakan adhalnya wali sebagaimana tersebut pada ayat (1) pasal ini ditetapkan dengan keputusan pengadilan Agama atau *Mahka>mah Syari'yah* yang mewilayahi tempat tinggal calon mempelai wanita. Departemen Agama Republik Indonesia, *Pedoman Akad Nikah*. 2006, h. 177-176.

<sup>201</sup>*As}a>bah* yaitu ahli waris yang menerima bagian harta waris atau pusaka untung-untungan, mana kala mendapat bagian yang cukup, tetapi pada suatu ketika ahli waris *dhawil ashabah* harus menyerah sabar tanpa menerima bagia sama sekali. Tapi

(presiden, kepala negara). Pendapat ini dikemukakan oleh Golongan Malikiyyah,<sup>202</sup> Syafi'iyah<sup>203</sup>, Hanabilah<sup>204</sup> dan salah satu pendapat dari Golongan Hanafiah.<sup>205</sup> Mereka berargumentasi dengan beberapa dalil sebagai berikut:

a. Hadis Riwayat 'Aisyah

*"Anna 'Aaisyata akhbarathu anna n Nabiyya shallallaahu 'alayhi wa sallama qaala ayyumamra'atin ankahat bi ghairi idzni mawaalihaa fanikaahuhaa baathilun baathilun wa lahaa mahruhaa bimaa ashaaba minhaa fa inisy tajaruu fa innas sulthaana waliyyu man laa waliyya lahu."*

"Sesungguhnya Aisyah mengabarkan bahwa Rasulullah SAW bersabda, "Setiap wanita yang dinikahkan tanpa ijin dari walinya, maka nikahnya batal (rasul mengucapkan tiga kali), dan bagi perempuan itu akan mendapatkan maskawin sesuai dengan apayang dialaminya. Tetapi jika para wali itu tidak bisa menikahkannya, maka Pemerintah adalah wali untuk orang yang tidak mempunyai wali."<sup>206</sup>

b. Keluarga dekat ibu anak zina tidak boleh menjadi wali anak ibu akibat hubungan zina, mereka bukan termasuk *'ashabah* menurut pendapat yang *rajih* (kuat). Menurut Golongan Hanabilah keluarga dekat ibu anak

---

pada suatu kejadian tidak menemukan ahli waris yang berkedudukan *dhawil furudl*, maka ahli *waris dhawil ashabah* mendapat bagian mutlak (untung besar) semua harta waris atau pusaka menjadi bagian mereka. Adapun *dhawi al-ashabah* ada 13 orang. Aboe Amar Syams, *Teori dan Praktek Hukum Waris*, (Ponorogo: Lembaga pengembangan dan Penerbitan Ilmiah Fakultas Syari'ah IAIN Sunan Ampel, 1987), h. 65.

<sup>202</sup>Ahmad bin Ghanim bin Salim bin Mihna al-Nafrawi, *al-Fawaqih ad-Dawani 'ala Risalah IbnZaid al-Qairawani*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1997), Juz II, 15. 'Abdul Wahhab bin 'Ali bin Nasir al-Bagdadi, *al-Talqin fi al-Fiqh al-Maliki* ditahqiq oleh Muhammad bawa khubzah (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 2004), Juz I, 113.

<sup>203</sup>Muhammad bin Idris, *al-Um*, ditahqiq oleh Fauzi'abdu Mutallib (Mesir: Daar al-Wafa', 2001) Juz VI, Cet ke 1, 36. Zakaria bin Muhammad bin Zakaria al-Ansari, *Asna al-Matalib sharh Raudu al-Talib* ditahqiq oleh Muhammad Tamir (Beirut: Daar al-Kutub al-Ilmiyyah, t.th), Juz IX, Cet ke-1, h. 359.

<sup>204</sup>Abdullah bin Ahmad bin Muhammad bin Qudamah, al-Mugni Juz IX, 359. Mansur bin Yunus bin Idris al-Bahwati, *Sharh Muntaha al-Iradat* ditahqiq oleh 'Abdullah bin Muhsin al-Turki (Beirut: Mu'assatu al-Risalah, 2000), Juz V, Cet ke 1, h. 132.

<sup>205</sup>Ibn Nujaim, Zainuddin Ibn Nujaim Al Hanafi, *Al Bahr Al Ra'iq*, (Beirut: Dar Al Ma'rifah, tt) juz 3, 133. Burhanuddin bin 'Ali bin Abi Bakar al-Marghinani, *al-Hidayah fi Sharh Bidayatu al-Mubtad'i* tahqiq oleh Thalal Yusuf, (Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi, t.th), Juz 1, h. 194-195.

<sup>206</sup>Ahmad bin Hanbal Abu Abdillah, *Musnad Ahmad bin Hanbal*, (Kairo: Mu'sasah al Qarbitah, tt) Hadis No. 25326.



luar nikah termasuk saudara '*ashabah*' dalam masalah kewarisan tidak harus menjadi saudara '*ashabah*' dalam wali nikah. Mereka berhujjah, apabila saudara laki-laki berkumpul dengan anak-anak perempuan mereka menjadi saudara '*ashabah*' dalam masalah waris tidak dalam pidana dan perkawinan.<sup>207</sup>

- c. Ketika saudara '*ashabah*' menurunkan kepada ibu dan tidak mengembalikan nasabnya kepada bapak, maka ibu tidak ada peluang untuk menjadi wali nikah.<sup>208</sup>
- d. Karena hak wali nasab untuk menghilangkan aib hubungan nasab, dan hubungan nasab itu ada pada '*ashabah*'.<sup>209</sup>
- e. Keberadaan wali nikah dilakukan untuk menjaga hubungan nasab, maka tidak bisa menjadi wali kecuali bagi orang yang ada hubungan kerabat dengannya.<sup>210</sup>

Golongan ulama Hanafiyah berpendapat; semua orang yang mendapatkan hak waris dengan mendapat bagian pasti (*dzawi al-furudh*) atau mendapatkan bagian '*ashabah*' (*dzawi al-'ashabah*) karena ada hubungan kerabat (*dzawi al-arham*) dapat menjadi wali nikah.<sup>211</sup> Mereka berhujjah dengan mengemukakan dalil-dalil sebagai berikut:

- a. Firman Allah SWT

<sup>207</sup>Mansur bin Yunus bin Idris, *Sharh Muntaha al-Iradat*, (Beirut : Mu'assatu al-Risalah, 2000), Juz VI, h. 548.

<sup>208</sup>Ali bin Muhammad bin Habib al-Mawardi al-Bashari, *al-Hawi al-Kabir Syarh Muhtashar al-Muzani*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1994), Juz IX, Cet ke 1, h. 92-93.

<sup>209</sup>Abdullah bin Ahmad bin Muhammad bin Qudamah, *al-Mugni*, Juz IV, h. 228.

<sup>210</sup>Syihabuddin Ahmad bin Idris al-Qarrafi, *al-Dhahirah*, (Beirut: Dar al-Gharab al-Islami, 1994), Juz IV, Cet ke 1, h. 226.

<sup>211</sup>Badruddin Muhammad bin Ahmad al-'Aini, *al-Binayah fi Sharh al-Hidayah*, (Beirut : Dar al-Fikr, 1990), Cet ke II, 610. Zainuddin bin Ibrahim bin Muhammad dikenal dengan Ibn Nuim. *al-Bahru al-Ro'iq sharh kanzu ad-Daqaiq* (Beirut: Dar al-Ma'rifah, t.th) Juz III, 133. Al-Kasani, *Bada'iu al-Shanaa'iu fi Tartib*, Juz II, h. 250.

"*Wa ankihul ayaamaa minkum was shaalihiina min 'ibaadikum wa imaa ikum.*"

"Dan kawinkanlah orang-orang yang sedirian diantara kamu, dan orang-orang yang layak (berkawin) dari hamba-hamba sahayamu yang lelaki dan hamba-hamba sahayamu yang perempuan"<sup>212</sup>

Dalam ayat di atas, Allah tidak memisahkan antara keluarga '*ashabah* dengan yang lain. Oleh karena itu penetapan wali nikah berlaku secara umum kecuali ada dalil yang memberlakukan secara khusus bagi orang-orang tertentu.<sup>213</sup>

- b. Penetapan hak wali nikah semata-mata adanya hubungan kerabat yang mendorong seseorang untuk bersikap ramah dan santun kepada kerabat.<sup>214</sup>
- c. Semua orang yang berhak mendapatkan hak waris, ia berhak untuk menjadi wali.<sup>215</sup>

Hak perwalian awalnya dikhususkan kepada '*ashabah*. *Dzawi al-Arham* tidak punya hak perwalian karena ada saudara '*ashabah*, akan tetapi terkait dengan anak zinaulama lebih cenderung kepada pendapat yang mengatakan bahwa *dzawi al-arham* mempunyai hak untuk menjadi wali nikah, mereka berhak untuk menikahkan anak zina disebabkan hal-hal sebagai berikut:

- a. Firman Allah SWT

"*Wa ulul ar haami ba'dhuhum awlaa bi ba'dhin fii kitaabillaahi innallaaha bi kulli syay in aliim.*"

"Orang-orang yang mempunyai hubungan kerabat itu sebagiannya lebih berhak terhadap sesamanya (dari pada

355. <sup>212</sup>al-*Qur'an*, (24): 32. Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, h.

<sup>213</sup>al-Kasani, *Bada'iu al-Shana'iu fi Tartib*, h. 250.

<sup>214</sup>*ibid.*, h. 241.

<sup>215</sup>*ibid.*

yang bukan kerabat) di dalam kitab Allah. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala sesuatu".<sup>216</sup>

- b. Hak perwalian itu mengikuti kepada hubungan nasab. Anak luar kawin (anak zina) dinasabkan kepada ibunya dan keluarga ibunya. Mereka adalah orang-orang yang berhak menjadi wali nikahnya.
- c. Suatu hal yang menjadi pertimbangan untuk menentukan seseorang untuk menjadi wali adalah orang yang luas wawasan pemikirannya, dan sempurna kasih sayangnya. Saudara laki-laki se-ibu atau paman sering kali lebih sempurna kasih sayangnya dari yang lain.

Para Fuqaha sepakat bahwa hubungan kemahraman itu terjadi karena adanya nasab, susuan (*radha*) dan perkawinan (*mushaharah*). Golongan Hanafiah berpendapat; antara ayah biologis dengan anak perempuan dan anak laki-laki mempunyai hubungan *mahram*.<sup>217</sup>

Golongan Malikiyyah<sup>218</sup>, Syafi'iyah<sup>219</sup> dan Hanabilah<sup>220</sup> berpendapat bahwa anak zina tidak dinasabkan kepada ayah biologisnya, sehingga anak zina tidak mempunyai hubungan mahram dengan ayah biologisnya. Di pihak lain Fuqaha' sepakat bahwa anak zina mempunyai hubungan mahram dengan ibunya dan semua saudara mahram dari ibunya. Imam Ibnu Hajar al-Haitsami berpendapat bahwa para Fuqaha'

---

<sup>216</sup> Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, h. 187.

<sup>217</sup> Al-Kasani, *Bada'iu al-Shana'iu*, Juz VI, 243.

<sup>218</sup> Malik bin Anas al-Asbahi, *al-Mudawwanah al-Kubra*, Juz II, 556.

<sup>219</sup> Yahya bin Sharaf al-Nawawi, *Raudhat al-Thalibin*, Juz V, 44.

<sup>220</sup> Ibn Qudamah, *al-Mughni*, Juz IX, 123.

telah bersepakat anak nasab mempunyai hubungannasab dengan ibunya dan semua saudara mahram dari ibunya.<sup>221</sup>

Golongan Hanafiyah,<sup>222</sup> pendapat yang shahih dari golongan Malikiyyah,<sup>223</sup> sebagian pendapat dari Syafi'iyah,<sup>224</sup> dan sebagian pendapat dari golongan Hanabilah<sup>225</sup> mengatakan bahwa anak wanita hasil zina haram dinikahi oleh lelaki sebagai ayah biologisnya. Pendapat ini juga diambil oleh Imam Ibnu Taimiyah, dengan hujjah ayat berikut:

*"Hurrimat 'alaykum ummahaatukum wa banaatukum wa akhawaatukum wa 'ammaatukum wa khaalaatukum wa banaatul akhi wa banaatul ukhti wa ummahaatukumul laatii ardha'nakum wa akhawaatukum minar radhaa'ati wa ummahaatu nisaa'ikum wa rabaa'ibukumul laatii fii hujuurikum min nisaa'ikumul laatii dakhaltum bihinna fa in lan takuunuu dakhaltum bihinna falaa junaaha 'alaykum wa halaa ilu abnaa ikumul ladziina min ashlaabikum wa an tajma'uu baynal ukhtayni illaa maa qad salafa innal laaha kaana ghafuuran rahiiman."*

"Diharamkan atas kamu (mengawini) ibu-ibumu; anak-anakmu yang perempuan; saudara-saudaramu yang perempuan, saudara-saudara bapakmu yang perempuan; saudara-saudara ibumu yang perempuan; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan; ibu-ibumu yang menyusui kamu; saudara perempuan sepersusuan; ibu-ibu isterimu (mertua); anak-anak isterimu yang dalam pemeliharaanmu dari isteri yang telah kamu campuri, tetapi jika kamu belum campur dengan isterimu itu (dan sudah kamu ceraikan), maka tidak

<sup>221</sup>Shihabuddin Ahmad bin Muhammad bin 'Ali bin Hajar al-Haitami, *Tuhfatu al-Muhtaj bi Sharh al-Minhaj ditahqiq* 'Abdullah Mahmud 'Umar Muhammad, (Beirut : Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, t.th), Juz III, 229. Shamsuddin Muhammad bin Hatib al-Syarbini, *Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifati al-Fadi al-Minhaj*, (Beirut : Dar al-Makrifah, 1997), Juz III, Cet ke 1, h. 233.

<sup>222</sup>Muhammad Amin. Ia dikenal dengan sebutan Ibnu Abidin, *Hashiyat al-Rad al-Mukhtar 'Ala Durr Al Mukhtar Sharh Tanwir al-Absar* ditahqiq oleh 'Adil Ahmad 'Abdi al-Majid dan 'Ali Miwady, (Beirut: Dar Al Fikr, tt), Juz IV, h. 102.

<sup>223</sup>Shamsuddin Muhammad 'Arafah Al-Dasuqi, *Khashiyah Al-Dasuqi 'ala as-Sharh al-Kabir* (Dar Ihya al-Kutub al-'Arabiyyah, t.th), juz 2 hal 250. Abdullah bin 'Abdi al-Rahman Abi Zaid al-Qairawani (w 386 H), *al-Nawadir wa al-Ziyadat* ditahqiq oleh Muh}ammad Abu Khabsah, Muhammad Hajji, 'Abdullah at-Taragi dan Muhammad ad-Dabbag, (Beirut: Dar al-Gurab al-Islami, 1999), Juz IV, Cet ke-1, h. 81-82.

<sup>224</sup>Yahya bin Sharaf al-Nawawi, *Raudatu Al-Talibin*, Juz V, h. 448.

<sup>225</sup>Abdullah bin Ahmad bin Muhammad bin Qudamah, *al-Mugni*, Juz IX, h. 529.

berdosa kamu mengawininya; (dan diharamkan bagimu) isteri-isteri anak kandungmu (menantu); dan menghimpunkan (dalam perkawinan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang telah terjadi pada masa lampau; sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang".<sup>226</sup>

Dalam konteks kemahraman anak zina, ada dua hal yang menjadi titik bahasan pada ayat ini. *Pertama*, kalimat "*banaatukum*" pada ayat ini mengandung pengertian umum, mencakup semua perempuan-perempuan dalam pengertian yang hakiki ataupun majazi, baik anak yang bisa mendapatkan hak waris atau tidak. Keumuman makna kata "*banaatukum*" pada ayat ini tidak sama seperti keumuman makna kata *awlad* (anak dalam bentuk jamak) yang terdapat di dalam warisan.<sup>227</sup>

*Kedua*, kebiasaan masyarakat jahiliyah adalah lebih banyak melakukan *istilhaq* kepada anak zina dari pada melakukan *tabanny* (adopsi). Oleh karena itu, ketika Allah SWT menyebutkan anak dengan *qayidmin ashlabikum* (tulang rusuk kalian) sementara pada ayat sebelumnya tidak memberikan batasan dengan anak kandung atau bukan, maka sudah pasti yang dimaksud dengan anak pada surat al-Nisa di atas adalah anak secara umum, baik yang mendapat pengakuan dari syariat ataupun tidak.

Pengertian kebahasaan setiap anak yang dilahirkan dari dari darah daging seseorang tetap disebutkan sebagai anak dari orang tersebut. Ibn Nujaim mengatakan bahwa yang masuk dalam kategori anak, adalah anak yang dilahirkan melalui perzinaan. Oleh karena itu, berdasarkan ayat di atas, anak tersebut tetap haram bagi ayah biologisnya. Karena

---

<sup>226</sup>Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, h. 82.

<sup>227</sup>Ibn Taimiyyah, *Majmu' Fatawa*, Juz XXXII, h. 86.

bagaimanapun, dalam pengertian kebahasaan, anak tersebut anak dari seorang laki-laki. Pengertian ini akan terus digunakan selama tidak ada dalil yang mengalihkan maknanya ke dalam pengertian *syara'*, sebagaimana halnya kalimat shalat yang telah berubah makna setelah ada pengertian shalat dari *syara'*.<sup>228</sup>

Telah disepakati bahwa keharaman menikah dengan seseorang bisa disebabkan *radha'* (susuan). Padahal sudah jelas, antara anak *radha'* dan orang tua *radha'nya* itu tidak terjadi hubungan nasab, demikian pula dengan anak zina. Walaupun secara syariat antara keduanya tidak ada nasab, kenyataan bahwa anak tersebut lahir dari darah daging seseorang tidak bisa dibantah, oleh karena itu bagaimana mungkin seorang laki-laki menikahi darah dagingnya sendiri, tentu hal tersebut sangat tidak layak. Walaupun dengan berbagai pertimbangan dan dalil, anak tersebut tidak bisa dinasabkan kepada ayah biologisnya. Namun ketetapan ini tidak bisa menghilangkan esensi ikatan darah yang terjalin anak ayah dan anaknya. Karena bagaimanapun yang tidak bisa dipungkiri adalah bahwa anak tersebut terlahirkan dari sperma ayah biologisnya. Keharaman seorang ayah biologis menikahi anak zinanya adalah bentuk lain sanksi sosial kepada pelaku zina. Di satu sisi diberi sanksi dengan hilangnya hubungan nasab kepada anaknya, sementara di sisi lain, sanksi itu diperkuat dengan keharaman menikahi anak tersebut.<sup>229</sup>

*"Al ashlu fi l abdhaa'i l hurmatu hattaa yarida daliilun ala l hilli."*

---

<sup>228</sup>Ibn Nujaim, *Al Bahru Al-Raiq*, juz III, h. 99.

<sup>229</sup>Abu Bakar Muh}ammad bin Abi Sahl al-Sarakhsi, *al-Mabsut*, juz IV, h. 207.

“Asal dalam masalah kemaluan adalah haram sampai ada dalil yang menyatakan kehalalannya”.<sup>230</sup>

Di antara hal yang menyebabkan terjadinya hak mewarisi adalah adanya hubungan nasab antara seseorang dan ahli warisnya. Ketika hubungan nasab ini tidak ada, maka proses waris mewarisi tidak bisa dilakukan, sebagaimana tidak adanya hak perwarisan antara anak angkat dengan cara *tabanny* (adopsi) dengan ayahnya, karena di antara keduanya tidak ada hubungan nasab. Jumhur Fuqaha' mengatakan tidak ada hubungan nasab antara anak zina dengan ayah biologisnya. Kedua pihak tidak dapat saling mewarisi karena tidak adanya hubungan nasab. Seorang anak zina tidak dapat menjadi ahli waris dari ayah dan keluarga dari ayah biologis seperti kakek, nenek, paman dan yang lain. Pendapat ini dikemukakan oleh golongan Hanafiyyah,<sup>231</sup> Malikiyyah,<sup>232</sup> Syafi'iyah,<sup>233</sup> Hanabilah.<sup>234</sup>

Mengenai hubungan kewarisan dengan ibunya, Fuqaha' sepakat anak zina dapat menjadi ahli waris dari ibunya. Sebaliknya ibu dari anak tersebut dapat menjadi ahli waris dari anaknya, karena adanya kesepakatan Fuqaha' tentang nasab anak tersebut kepada ibunya, dan masalah warisan ini sangat berkaitan dengan nasab. Imam Syafi'i mengatakan bahwa ketika seorang anak zina meninggal dunia, maka

---

<sup>230</sup>Tajuddin al-Subki, *al-Ashbah wa al-Nazair*, (Beirut: Dar Kutub Al Ilmiyyah, 1411 H), h. 257.

<sup>231</sup>Zainuddin bin Ibrahim Muhammad, *al-Bahr al-Ra'iq*, juz IV, h. 129.

<sup>232</sup>Ibn Rusyd, *al-Bayan wa al-Tahshil*, juz VI, h. 406.

<sup>233</sup>Yahya bin Sharaf al-Nawawi, *al-Majmu' Sharh Muhadhab*, juz XVII, h. 169.

<sup>234</sup>Mansur bin Yunus bin Idris al-Bahuti, *Sharh Muntaha al-Iradat*, (Beirut: Mu'sasah Al Risalah, 1421 H), Juz IV, h. 547.

ibunya mendapatkan bagian harta warisan dari anaknya itu, begitu pula dengan saudara seibu dari anak zina tersebut.<sup>235</sup>

Dalam sebuah bangunan keluarga, ayah adalah orang yang mempunyai kewajiban pertama untuk menafkahi anak. Hal ini telah ditegaskan di dalam hadis Nabi SAW:

*"An 'Aaisyata qaalat Jaa'at Hindun ilaan Nabiyyi shallallaahu 'alayhi wa sallama faqaalat Ya Rasuulallaah inna Abaa Sufyaana rajulun syahiihun laa yu'thiinii maa yakfiinii wa waladii illaa maa akhadzatu min maalii wa huwa laa ya'lamu. Faqaala: 'Khudzii maa yakfiika wa waladaka bima'ruufin."*

"Dari Aisyah ia berkata, Hindun mendatangi Nabi SAW kemudian mengadu, "Wahai Rasulullah SAW sesungguhnya Abu Sufyan itu adalah seorang suami yang pelit. Ia tidak mencukupkan kebutuhanku dan anakku. Aku mengambil sendiri uangnya tanpa dia ketahui. Rasulullah SAW kemudian bersabda, "Ambillah apa yang dapat mencukupi kebutuhanmu dan anakmu dengan sepantasnya."<sup>236</sup>

Tidak adanya hubungan nasab antara anak zina dengan ayah biologisnya, tidak menghalangi tanggung jawab moral ayah biologisnya terhadap anak hasil hubungan zina, misalnya memberikan nafkah atau biaya kebutuhan hidup sehari-hari termasuk biaya kesehatan, pendidikan dan yang lain untuk diberikan kepada ibu yang mengasuhnya. Imam Abu Hanifah dan beberapa Fuqaha' lain menetapkan kewajiban nafkah dari bapak kepada anak biologisnya. Dari pendapat jumbuh ulama yang menafikan adanya hubungan nasab anak hasil zina dengan ayah biologisnya yang berkonsekuensi logis pada tidak adanya kewajiban nafkah kepada anak zina dari ayah biologisnya, muncul pertanyaan kemudian yaitu siapakah yang berkewajiban memberikan nafkah anak hasil zina tersebut? Dalam hal ini Fuqaha' berbeda pendapat.

---

<sup>235</sup>Muhammad bin Idris al-Shafi'i. *Al-Umm*, Juz V, (Beirut: Dar Al-Ma'rifah, 1939 H), h. 177.

<sup>236</sup>Abi Abdillah Muhammad, *Sunan Ibn Majah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1995), h. 769.



Pendapat pertama mengatakan, kewajiban nafkah menjadi tanggung jawab ibunya, kakek dan nenek dari ibu, anak, cucu dan seterusnya. Pendapat ini dikemukakan oleh Fuqaha' Malikiyyah<sup>237</sup> dan Syafi'iyah,<sup>238</sup> dengan berhujjah kepada Hadis Nabi SAW<sup>239</sup>

*'An Abi Hurayrata qaala amaran Nabiyyu shallallaahu a'alayhii wa sallama bis shadaqati faqaala rajulun Ya Rasuulallah 'indii diinaarun, faqaala 'Tashaddaq bihii 'alaa nafsika', qaala 'indii aakharu, qaala tashaddaq bihii 'alaa waladika, qaala 'indii aakharu, qaala tashaddaq bihii 'alaa zawjika, aw qaala zawjika, qaala 'indii aakharu, qaala tashaddaq bihii 'alaa khaadimika, qaala 'indii akharu, qaala anta absharu."*

"Dari Abu Hurairah ia berkata, "Rasulullah SAW memerintahkan kami untuk bershadaqah. Kemudian seorang laki-laki bertanya, "Wahai Rasul kami memiliki dinar. Rasul bersabda, "Sedekahkanlah untuk dirimu". Ia berkata lagi, "Saya punya lagi yang lainnya". Rasul bersabda, "Sedekahkanlah untuk anakmu". Dia berkata lagi, "Saya punya yang lain lagi". Rasul bersabda, "Sedekahkanlah untuk istrimu". Dia berkata lagi, "Saya masih punya lagi," Rasul menjawab, "Sedekahkanlah kepada pembantumu". Dia berkata lagi, "Saya masih punya" Rasul menjawab, "Engkau lebih tahu yang kamu gunakan"

Dalam hadis di atas Rasulullah SAW tidak mewajibkan nafkah kecuali hanya kepada kedua orang tuanya (ayah dan ibunya) bukan kepada keluarga lain."

Pendapat kedua mengatakan, kewajiban nafkah menjadi tanggung jawab semua orang yang terikat hubungan kerabat dan kemahraman. Ketika dua pihak ini ada semua, maka yang didahulukan adalah ahli waris. Pada saat semua ahli waris ada, maka mereka wajib memberikan nafkah sesuai dengan kadar bagian warisan yang diterima. Pendapat ini

<sup>237</sup>Imam Sahnun bin Sai'd bin al-Tanukhi, *al-Mudawwanah al-Kubra*, juz 2, (Bairut: Dar al-Kutub al-'illiyah, tt), 266

<sup>238</sup>Hashiyah al-Bujairimi, *Al-Bujairimi Ala Al Khatib*, juz 4, 437

<sup>239</sup>Abu Dawud Sulaiman bin Al-As'ast, *Sunan Abi Dawud*, juz 2, 59

dikemukakan Golongan Hanafiyyah.<sup>240</sup> Mereka berhujjah dengan dalil-dalil sebagai berikut:

a. al-Quran

*"Walladziina amanuu min ba'du wa haajaruu wa jaahaduu ma'akum fa ulaa ika minkum wa ulul ar haami ba'dhum awlaa bi ba'din fii kitaabil laahi innallaaha bi kulli syay in 'aliimun."*

"Dan orang-orang yang beriman sesudah itu kemudian berhijrah serta berjihad bersamamu maka orang-orang itu termasuk golonganmu (juga). Orang-orang yang mempunyai hubungan kerabat itu sebagiannya lebih berhak terhadap sesamanya (daripada yang bukan kerabat) di dalam kitab Allah. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala sesuatu."<sup>241</sup>

1) Umar bin Khattab dan Zaid bin Tsabit ketika menafsirkan surat al-Baqarah ayat 233;

*"Wal waalidaatu yur dhi'na awlaadahunna hawlayni kaamilayni liman araada an yutimmar radhaa atu wa 'alal mawluudi lahuu rizqahunna wa kiswatuhunna bil ma'ruufi laa tukallafu nafsun illaa wus'ahaa laa tudhaarra waalidatun bi waladihaa wa laa mawluudun lahuu bi waladihi wa 'alal waaritsi mitslu dzaalika fa in araada fishaalan 'an taraadhin minhumaa wa tasyaawurin falaa junaaha 'alayhimaa wa in aradtum an tastardhi'uu awlaadakum falaa junaaha 'alaykum idzaa sallamtum maa ataytum bil ma'ruufi wat taqullaaha wa'lamuu annallaaha bimaa ta'maluuna bashiirun."*

Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian kepada para ibu dengan cara ma'ruf. seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan Karena anaknya dan seorang ayah Karena anaknya, dan warispun berkewajiban demikian. apabila keduanya ingin menyapah (sebelum dua tahun) dengan kerelaan keduanya dan permusyawaratan, maka tidak ada dosa atas keduanya. Dan jika kamu ingin anakmu disusukan oleh orang lain, maka tidak ada dosa bagimu apabila kamu memberikan pembayaran menurut yang patut. Bertakwalah kamu kepada

<sup>240</sup>Badrudin Muhammad bin Ahmad al-'Aini, *al-Binayah fi Sharh al-Hidayah*, juz V, h. 545.

<sup>241</sup>Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, h. 87.

Allah dan Ketahuilah bahwa Allah Maha melihat apa yang kamu kerjakan.<sup>242</sup>

- 2) Orang-orang mampu yang masih memiliki hubungan kerabat dengan anak hasil zina yang tidak mau memberikan bantuan biaya hidupnya termasuk orang yang memutus hubungan kekerabatan dengan anak tersebut adalah orang-orang yang dimurkai (dilaknat) oleh Allah SWT.<sup>243</sup> Hal ini sebagaimana Allah ungkapkan dalam Surat Muhammad Ayat 23:

*"Ulaa ikal ladziina la'annahumuullaahu fa ashammamhum wa a'maa abshaarahum."*

"Mereka itulah orang-orang yang dilaknati Allah dan ditulikan-Nya telinga mereka dan dibutakan-Nya penglihatan mereka".<sup>244</sup>

Pendapat ketiga mengatakan kewajiban nafkah itu kepada ahli waris yang mendapatkan bagian waris sesuai dengan ketentuan hukum waris. Pendapat ini dikemukakan oleh Mazhab Hanabilah.<sup>245</sup> Mereka mengemukakan hujjah sebagai berikut:

*"Wal waalidaatu yur dhi'na awlaadahunna hawlayni kaamilayni liman araada an yutimmar radhaa atu wa 'alal mawluudi lahuu rizqahunna wa kiswatuhunna bil ma'ruufi laa tukallafu nafsun illaa wus'ahaa laa tudhaarra waalidatun bi waladihaa wa laa mawluudun lahuu bi waladihi wa 'alal waaritsi mitslu dzaalika."*

"Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian kepada para ibu dengan cara ma'ruf. Seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya dan seorang ayah karena anaknya, dan warispun berkewajiban demikian".<sup>246</sup>

<sup>242</sup> *ibid.*, h. 23

<sup>243</sup> *ibid.*

<sup>244</sup> *ibid.*

<sup>245</sup> al-Bahuti, *Kashaf al-Qina'*, (Beirut: Maktabah al-Amriyah, 1982), Juz IV, h. 420.

<sup>246</sup> Departemen Agama RI, *op.cit.*, h. 49.

Dalam ayat ini Allah mewajibkan kepada ayah atau bapak untuk memberikan nafkah *al-radha'* (biaya menyusui), sama dengan kewajiban nafkah yang diberikan kepada ahli waris.<sup>247</sup>

b. Hadis

*"Haddatsanaa Muhammad bin Isa haddatsanaa al-Harits bin Murrah haddatsanaa Kulayb bin Manfaah an jaddihii annahu atan Nabiyya shallallaahu alayhi wa sallama faqaala: Yaa Rasuulallaah man abarru? Qaala: Ummuka wa abaaka wa ukhtuka wa akhaaka wa mawlaaka lladzii yalii dzaaka, haqqun waajibun wa rahimun mawshuulatun."*

"Muhammad bin Isa telah menceritakan kepada al-Haris bin Murrah dari Kulaib bin Manfaat dari kakeknya, ia berkunjung ke rumah Rasulullah SAW, kemudian ia bertanya, wahai Rasulullah SAW kepada siapa aku akan berbakti? Rasulullah SAW bersabda: berbaktilah kamu kepada Ibumu, bapakmu, saudara perempuanmu, saudara laki-lakimu, tuanmu, hal itu adalah hak yang wajib untuk dilakukan dan untuk menyambung hubungan kekeluargaan.<sup>248</sup>

Terkait dengan nasab anak luar kawin<sup>249</sup> dalam batasan pengertian penelitian disertasi ini, tentulah anak hasil zina tidak termasuk di dalamnya, termasuk juga anak angkat, di mana tarikh Islam pernah mencatat bahwa ketika Nabi Muhammad SAW mengangkat seorang anak laki-laki bernama Zayd bin Haritsah yang sempat dinasabkan kepada beliau dengan menyebutkan nama Zayd bin Muhammad, sikap ini langsung mendapat teguran dari Allah SWT, sebagaimana dalam Q.S. al-Ahzab Ayat 4:

<sup>247</sup>Ibn Qudamah, *al-Mughni*, Juz XI, h. 382.

<sup>248</sup>Mausu'at al-Hadis al-Nabawi al-Sharif, al-Sihah wa al-Sunan wa al-Masanid, *Kitab al-Adab bab fi Birri al-Walidain*, Hadis No. 5140.

<sup>249</sup>Anak Luar Kawin dalam pengertian sempit, yaitu anak yang dilahirkan sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat perkawinan yang sah. Pengertian anak luar kawin ini sesuai perspektif MK adalah anak yang lahir dari perkawinan yang dilakukan menurut hukum agama dan kepercayaan masing-masing (sesuai dengan Pasal 2 Ayat 1 UU Perkawinan), tetapi tidak tercatat menurut peraturan perundang-undangan (tidak memenuhi pasal 2 ayat 2 UU Perkawinan). Dengan kata lain, anak luar nikah adalah anak yang sah secara materil tetapi tidak sah secara formil / administratif.

*"Wa maa ja'ala ad'iyaaakum abnaa akum dzaalikum qawlukum bi afwaahikum."*

"Dia tidak menjadikan anak angkatmu sebagai anak kandungmu. Hal itu hanya perkataanmu saja."<sup>250</sup>

Al-Ahzab ayat 5:

*"Ud uuhum li aabaahim huwa aqsathu 'inda llaahi fa in lam ta'lamuu aabaa ahum fa ikhwaanukum fid diini wa mawaaliikum wa laysa 'alaykum junaahun fiimaa akhta'tum bihii wa laakin maa ta'ammadat quluubukum wa kaana llaahu ghafuuran rahiiman."*

"Panggillah mereka (anak-anak angkat itu) dengan (memakai) nama bapak-bapak mereka, itulah yang lebih adil pada sisi Allah dan jika kamu tidak mengetahui bapak-bapak mereka maka (panggillah) mereka sebagai saudara-saudaramu seagama dan *maula-maulamu*. Dan tidak ada dosa atasmu terhadap apa yang kamu khilaf kepadanya, tetapi (yang ada dosanya) apa yang disengaja oleh hatimu. Dan Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang."<sup>251</sup>

Dalam ayat di atas dijelaskan bahwa anak angkat tidak dapat menjadi anak kandung. Ini dapat dipahami dari *lafadz wama ja'ala ad'iya akum abna akum*. Kemudian dijelaskan bahwa anak angkat tetap dinasabkan kepada ayah kandungnya, bukan kepada bapak angkatnya. Ini dapat dipahami dari *lafadz ud'uhum li abaihim*. Dalam sebuah Hadits Rasulullah SAW bersabda:

*"Haddatsanaa Musaddad haddatsanaa Khalid huwa bnu Abdillah haddatsanaa Khalid 'an Abi Utsman 'an Sa'd radhiyallaahu 'anhu qaala: sami'tu n nabiyya shallallaahu 'alayhi wa sallama yaquulu: Man idda'a ilaa ghairi abiihi wa huwa ya'lamau annahu ghairu abiihi fal jannatu 'alayhi haraamun. Fa dzakartuhu li Abii Bakraah fa qaala wa ana sami'athu udzunayya wa wa'aahu qalbii min Rasuulillahi shallallaahu alayhi wa sallam."*

Telah menceritakan kepada kami Musaddad, ia bernama Halid ibnu 'Abdillah telah menceritakan dari Abi Utsman dari Sa'ad ra berkata: Aku mendengar Nabi SAW bersabda: "*Barang siapa menisbatkan dirinya kepada selain ayah kandungnya padahal dirinya mengetahui bahwa ayah yang diakuinya itu bukan ayah kandungnya, maka diharamkan baginya surga.*" Kemudian aku menceritakan hal itu kepada Abi Bakrah, Abi Bakrah berkata

<sup>250</sup>Kementerian Agama RI, *Al-Qur'a>n dan Terjemahnya*, h. 591.

<sup>251</sup>*ibid.*, h. 592.

kedua telingaku mendengar dan hatiku memahami bahwa ucapan itu dari Rasulullah SAW.<sup>252</sup>

Dalam hadits di atas dijelaskan bahwa seseorang tidak boleh menasabkan dirinya kepada selain ayah kandungnya, apabila ia tahu ayah kandungnya. Hal ini dipahami dari *lafadzfa al-jannah 'alaihi haram*. Orang yang tidak boleh masuk surga adalah orang yang berdosa. Jadi apabila seseorang menasabkan dirinya kepada selain ayah kandungnya, sedangkan dia tahu bahwa itu bukan ayahnya maka dia termasuk orang yang berdosa. Anak dalam ajaran Islam adalah titipan Allah kepada kedua orang tua. Anak adalah pewaris yang kelak akan memakmurkan dunia sebagai manusia yang membawa *rahmatan li al-'alamin*.<sup>253</sup> Pemberian ini memberikan hak atau melahirkan hak anak yang harus diakui dan diamankan sebagai implementasi amalan yang diterima oleh anak dari orang tua, masyarakat, bangsa dan negara.

Hukum Islam memperhatikan anak, bahkan sejak berada dalam kandungan (janin). Hal ini mengandung konsekuensi bahwa anak berhak mendapatkan jaminan keselamatan dan perlindungan, terutama setelah anak dilahirkan dari rahim sang ibu. Atas dasar ini segala hak yang berkaitan dengan diri anak mesti dipenuhi dan dihormati oleh siapapun, terutama orang tua sendiri. Terkait dengan makna hak, para pakar menyatakan bahwa hak mempunyai dua makna yang asasi. *Pertama*, "sekumpulan kaidah-kaidah dan masalah yang mengatur dasar-dasar yang harus ditaati dalam hubungan sesama manusia, baik mengenai orang maupun barang". Dalam pengertian pertama, hak sama dengan makna hukum dalam istilah ulama' *ushul*. *Kedua*,

---

<sup>252</sup> Abu al-Husain Muslim bin al-Hajjaj bin Muslim ibn Ward bin Kaushaz al-Qushairi al-Naisaburi, *Sahih Muslim*, (Beirut : Dar al-Fikr, tth), 127

<sup>253</sup> Imam Jauhari, *Advokasi hak-hak anak*, 50

“kekuasaan menguasai sesuatu atau sesuatu yang wajib atas seseorang atas selainnya”.<sup>254</sup>

M. Thalib menyebutkan sejumlah hak bagi anak yang harus dipenuhi oleh orang tuanya, sebagai berikut:

1. Menyambut kelahiran anak dengan riang (dianjurkan diadzani di telinga kanan dan iqamah di telinga kiri),
2. Memberi nama yang baik,
3. Meng-*aqiqah*kan (sebagai tebusan kepada Sang Pemberi Amanat),
4. Memberi ASI (seyogyanya selama 2 tahun),
5. Memberi nafkah yang cukup dan bergizi,
6. Mencerahkan kasih sayang dalam pengertian bukan sekedar anak produk biologis,
7. Membesarkan, memelihara, dan mengasuhnya dengan baik (mendidik),
8. Membantu mencari calon jodoh (jika telah dewasa), dan
9. Menerima wasiat dengan baik dan proporsional.<sup>255</sup>

Dari sekian tanggung jawab orang tua, jika disederhanakan menyangkut tiga aspek, yakni teologis, fisik dan psikis-emosional. Secara rasional, tanggung jawab orang tua berat, tetapi itu semua merupakan amanat yang harus dipikul, baik secara ideologis-normatif maupun secara historis-ideologis. Abdur Rahim Omran, pakar pendidikan Malaysia mengemukakan bahwa seorang anak memiliki sepuluh hak asasi yang mesti dipenuhi, yakni hak untuk hidup, hak untuk mendapat genetika shahih, hak untuk mendapatkan nama baik, hak untuk mendapatkan belaian kasih sayang, perlindungan dan penyusuan ibu, hak untuk mendapatkan tempat tidur masing-masing, hak untuk mendapatkan pendidikan dan ilmu pengetahuan, hak untuk mendapatkan pendidikan dalam suasana Islam, hak untuk mendapatkan setiap sesuatu yang dibelanjakan baginya dari sumber

---

<sup>254</sup>Tengku Muhammad Hasbi al-Shiddieqy, *Pengantar Fiqh Mu'amalah*, (Semarang: PT Pustaka Rizki Putra, 1997), h. 121.

<sup>255</sup>M. Thalib, *40 Tanggung Jawab Orang Tua terhadap Anak*, (Bandung: Irsyad Baitus Salam, 1995), h. 53.

halal, hak untuk mempelajari kemahiran hidup dan pertahanan diri, dan hak untuk mendapatkan layanan seksama. Selanjutnya kebutuhan rohaniah terdiri dari enam macam, yaitu: kebutuhan kasih sayang, kebutuhan akan rasa aman, kebutuhan akan rasa harga diri, kebutuhan akan rasa bebas, kebutuhan akan sukses, dan kebutuhan akan sesuatu pembimbing dan pengendalian diri manusia.<sup>256</sup> Melihat kebutuhan dan karakteristik yang unik sebagaimana tersebut, muncullah berbagai hak pada diri anak. Hak tersebut layak diperhatikan dan dipenuhi agar anak dapat menjalani hidup dengan aman dan tentram. Di antara hak-hak anak tersebut adalah hak anak dalam nasab, hak anak untuk mendapatkan gizi dan perawatan kesehatan, hak anak untuk mempunyai nama yang baik, hak anak untuk mendapatkan kasih sayang, hak anak untuk mendapatkan pengasuhan dan hak anak untuk mendapatkan pendidikan. Sementara kebutuhan-kebutuhan anak dalam pandangan Sa'id Nursi meliputi: nutrisi, membuang kotoran, pakaian, tempat tinggal yang sesuai, penjagaan dan pengobatan, tidur, bermain, pencarian dan rasa ingin tahu, rasa aman, penerimaan, keberhasilan, penghargaan dan kebebasan.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup>Abdul Aziz al-Qussy, *Pokok-Pokok Kesehatan Mental*, terj. Zakiah Darajat, (Jakarta: Bulan Bintang, 1974), h. 177.

<sup>257</sup>Muhammad Sa'id Nursi, *Seni Mendidik Anak*, (Jakarta: Pustaka al-Kausar, 2003), h. 17-26.



## BAB IV

### KONSEP ANAK LUAR KAWIN DALAM PERSPEKTIF MK

#### 4.1. Hakikat dan Makna Pasal 43 UU Perkawinan

Putusan MK berakibat pada perombakan hukum keluarga di Indonesia secara signifikan. Hukum positif selama ini menempatkan status hukum anak luar kawin berbeda dengan anak sah. Pengakuan anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ayahnya maka tentu akan berakibat pada hak seorang anak untuk mendapatkan hak atas nasab, hak atas nafkah, hak atas waris, hak perwalian, dan hak alimentasi lainnya. Kedudukan anak luar kawin menjadi setara dengan anak yang lahir sebagai akibat perkawinan yang sah. Putusan MK mengenai status hak keperdataan anak luar kawin menjadikan anak luar kawin sebagai pihak yang memiliki kedudukan hukum terhadap ayah biologisnya dengan keharusan mampu membuktikan adanya hubungan darah berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau bukti lain menurut hukum. Hubungan dan kedudukan anak luar kawin sangat dinanti kejelasan statusnya dalam langkahnya menapaki kehidupan mengingat bahwa setiap orang membutuhkan adanya status hukum terhadap dirinya dan tidak ada orang yang menginginkan ketidakjelasan status dirinya.<sup>258</sup>

---

<sup>258</sup>Rizcy Arista, Ulfa Azizah dan Yeni Eta Widyanti melakukan penelitian dengan judul "Persepsi Hakim Pengadilan Agama dan Advokat terhadap Judicial Review pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang hubungan keperdataan anak di luar nikah dengan ayah biologisnya pasca berlakunya putusan MK 46/PUU-VIII/2010, tanggal 27 Februari 2012. (Studi di pengadilan Agama dan Kantor Advokat kota Malang)." Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa persepsi hakim Pengadilan Agama terhadap *judicial review* Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan yaitu hubungan keperdataan hanya sebatas memberikan hak dan kewajiban secara timbal balik antara anak dengan orang tua untuk melakukan pendidikan dan pemeliharaan seperti nafkah, biaya pendidikan, kasih sayang dan pemberian penghidupan yang layak dan wajar sesuai dengan kemampuan yang dimilikinya yang akan menunjang kehidupan anak. Sedangkan persepsi advokat terhadap *judicial review* Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan dapat diartikan keperdataan yang dapat diberikan yaitu hak dan kewajiban secara timbal balik antara anak dan orang tua untuk memberikan pendidikan, pemeliharaan seperti nafkah, perwalian, pengakuan status anak, perlindungan dan hak untuk mewarisi sebagaimana hak tersebut sama tersebut sama dengan hubungan keperdataan yang di

UU Perkawinan tidak memberikan pengertian tentang apa yang dimaksud dengan anak luar kawin. Berpegang pada rumusan Pasal 42 UU Perkawinan tentang pengertian anak yang sah, berdasarkan penafsiran *a contrario*, dapat dijelaskan bahwa anak luar kawin adalah anak yang tidak termasuk ke dalam tidak kategori anak sah yaitu:

- a. Anak yang dibenihkan dan dilahirkan dalam perkawinan yang sah.
- b. Anak yang dibenihkan sebelum perkawinan dan dilahirkan dalam perkawinan yang sah.
- c. Anak yang dibenihkan dalam perkawinan yang sah dan dilahirkan setelah perkawinan putus.<sup>259</sup>

Sepanjang anak terlahir memenuhi salah satu kriteria di atas, maka anak akan berkedudukan sebagai anak sah. Pasal 99 KHI mendefinisikan anak sah sebagai anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah, dan hasil pembuahan suami istri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh istri tersebut. Dalam kedudukan sebagai anak sah, tentu mempunyai akibat yuridis. Akibat yuridis anak sah adalah bahwa anak tersebut mempunyai hubungan keperdataan dengan ayah ibu dan keluarga ayah ibunya.

Menurut hukum Islam (fikih) seorang anak yang dapat dihubungkan dengan nasab orang tuanya harus memenuhi tiga aspek secara kumulatif, yaituanak dilahirkan dalam ikatan perkawinan yang sah, bukan hasil dari hubungan zina, suami istri telah melakukan hubungan badan secara nyata dan usia kandungan ibunya minimal 6 bulan. Ketiga aspek tersebut disyaratkan bagi memungkinkan dapat menghamili istrinya, antara suami istri pernah hidup bersama dalam satu ranjang dan suami tidak pernah mengingkari anak yang

---

dapat anak di luar nikah dari ibunya. (Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan Universitas Brawijaya, Fakultas Hukum: Universitas Brawijaya, Malang, 27 Januari 2014).

<sup>259</sup>I Nyoman Sujana, *op.cit.*, h. 176.

dilahirkannya. Dengan demikian apabila hal-hal tersebut tidak terpenuhi, maka seorang anak nasabnya tidak dapat dihubungkan terhadap suami dari ibunya tersebut.

Teori-teori fikih (hukum Islam) yang dikemukakan fuqaha' menunjukkan adanya ikatan nasab antara orang tua (ayah dan ibu) dengan anaknya, melahirkan doktrin hukum yang berbeda-beda. Doktrin tersebut bergantung pada keadaan ikatan perkawinannya, kelahiran anak itu masih dalam ikatan perkawinan yang masih utuh atau ketika istri menjalani masa *iddah* atau yang lainnya. Oleh karena itu yang menjadi dasar adanya ikatan nasab antara anak dengan orang tuanya (ayahnya) adalah adanya ikatan perkawinan yang sah dan diukur dari masa kehamilan ibunya minimal 6 bulan setelah adanya akad perkawinan dalam ikatan perkawinan yang sah menurut hukum, atau istri telah selesai menjalani masa *iddah thalaq raj'i*, dan masa kehamilannya kurang dari 6 bulan yang dihitung mulai selesai masa *iddah*, atau istri selesai menjalankan masa *iddah thalaq ba'in* dengan masa kehamilan kurang dari enam bulan, kecuali akad perkawinannya menjadi *fasid*, maka adanya ikatan nasab didasarkan pada adanya hubungan badan secara nyata dan kehamilan istrinya lebih dari 6 bulan setelah hubungan badan itu. Dari kaidah ini melahirkan konsekuensi bahwa anak yang dilahirkan oleh seorang perempuan yang tidak ada ikatan perkawinan dengan pria yang menghamilinya, maka anak tersebut tidak memiliki hubungan nasab dengan ayahnya.<sup>260</sup>

Persoalan tentang hukum nasab yang tercermin dalam pasal-pasal UUPerkawinan beserta peraturan organiknya timbul disebabkan ketentuan

---

<sup>260</sup> *ibid.*

tersebut dinilai bertentangan dengan norma konstitusi dasar UUD 1945. Norma-norma hukum yang dimuat pada UUD 1945 tersebut adalah:

Pasal 28 B

- (1) Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
- (2) Setiap orang berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Pasal 28 D

- (1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Ketentuan norma yang menjadi kata kunci adalah "melalui perkawinan yang sah" sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 28 B Ayat (1) UUD 1945. Yang dimaksud perkawinan yang sah disini harus dibaca sesuai sesuai ketentuan Pasal 2 Ayat (1) UU Perkawinan, yaitu "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu." Norma dasar ini menghendaki bahwa setiap orang diberikan hak untuk mendapatkan keturunan yang dibenarkan, yaitu keturunan yang diperoleh dari perkawinan yang sah menurut hukum agamanya, dan tidak melegalkan hak untuk mendapatkan keturunan dari hubungan seorang laki-laki dan seorang wanita tanpa ikatan perkawinan yang sah.

Dalam hal ini, hukum Islam sudah menentukan beberapa syarat dan rukun<sup>261</sup> yang harus dipenuhi sehingga perkawinan yang dilakukan menjadi sah. Hukum positif di Indonesia juga telah mengatur tentang tata cara

---

<sup>261</sup>Rukun nikah yaitu unsur-unsur yang harus ada di dalam suatu acara akad nikah. Dalam fiqh Syafi'iyah, rukun nikah ada lima, yaitu calon suami, calon istri, dua orang saksi, wali dan sighat. 'Abd al-Rahman al-Jaziri, *al-Fiqh 'ala Mazahib al-arba'ah*, Kairo: Dar al-Hadits, 2004, Juz IV, h. 15.

perkawinan, yaitu UU Perkawinan Pasal 2 Ayat (1) yang menyatakan bahwa "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu",<sup>262</sup> kemudian Pasal 2 Ayat (2) menyatakan bahwa "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku."<sup>263</sup>

Sepintas dua ayat tersebut tidak bermasalah karena mengatur dua hal yang berbeda. Pertama mengatur tentang keabsahan perkawinan. Kedua mengatur tentang pencatatan perkawinan. Namun kemudian muncul ketentuan-ketentuan tentang pencatatan perkawinan yang menyatakan keharusan melakukan pencatatan perkawinan, harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah dan jika melanggar ketentuan-ketentuan yang berlaku pelaku dapat dipidana serta perkawinan yang tidak dicatatkan tidak mempunyai kekuatan hukum tetap. Dalam hal ini tampaknya MK lebih condong kepada pendapat yang menyatakan bahwa pencatatan perkawinan tidak menjadi salah satu unsur sahnya perkawinan. MK hanya mengakui sahnya suatu perkawinan jika telah memenuhi ketentuan hukum yang telah ditetapkan oleh agama yang dianutnya meskipun tidak dilakukan di hadapan pejabat pencatat nikah yang berwenang dan tidak dicatat sesuai ketentuan yang berlaku. Berbeda dengan Putusan Kasasi No. 1948/K/PID/1991 yang mengemukakan bahwa yang dimaksud perkawinan yang sah adalah perkawinan sebagaimana diatur dalam UU Perkawinan dan Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, yaitu

---

<sup>262</sup>Konsekuensi perumusan pada Pasal 2 ayat (1) ini, adalah tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya, sesuai dengan UUD 1945. Sedangkan maksud dari hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam Undang-undang ini. *Penjelasan UU Perkawinan*, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3019, Penjelasan Pasal 2.

<sup>263</sup>*Ibid.*, Pasal 2 ayat (1) dan (2).

perkawinan yang dilaksanakan menurut ketentuan agama dan kepercayaannya, dan dicatat menurut ketentuan yang berlaku. Perkawinan yang sah adalah perkawinan yang telah terpenuhi ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Perkawinan secara kumulatif.<sup>264</sup>

Konsekuensi dari perkawinan yang tidak sah adalah hilangnya semua hubungan darah dan hubungan keperdataan yang seharusnya terjadi antara anak dan bapaknya. Hukum positif tidak membedakan antara anak hasil zina ataupun perkawinan yang tidak dicatatkan. Di dalam KHI Pasal 100 disebutkan bahwa anak yang lahir diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Konsekuensi berikutnya adalah ayah dan anak biologis tersebut tidak memiliki kewajiban dan tanggung jawab hukum apapun terhadap darah dagingnya. Kewajiban dan tanggung jawab hukum tersebut berupa adanya kewajiban nafkah, *hadhanah*, hak waris dan semua hal yang terkait dengan masalah keperdataan yang seharusnya terjadi antara seorang ayah dan anaknya.

Dari penjelasan di atas dapat ditarik suatu pemahaman bahwa menurut hukum positif Indonesia anak luar kawin mempunyai dua pengertian; *Pertama*, anak yang lahir tanpa adanya perkawinan atau anak zina. *Kedua*, anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara agama namun tidak dicatatkan. Dalam pengertian pertama, ketentuan peraturan perundang-undangan ini tidak menjadi polemik karena dalam pandangan seluruh ulama sudah jelas bahwa perzinaan adalah perbuatan haram. Banyak ayat *al-Qur'an* dan Hadits yang menegaskan tentang haramnya perzinaan serta segala konsekuensi dari perbuatan zina. Ketika aturan perundang-undangan

---

<sup>264</sup>Abd. Rasyid As'ad, *Urgensi Pencatatan Perkawinan dalam Perspektif Filsafat Hukum Islam*, h. 9.

menegaskan bahwa perzinaan itu hukumnya haram, para ulama pun mendukungnya karena memang sudah seharusnya seperti itu yang dilakukan oleh Pemerintah, yakni menegakkan hukum Allah SWT di muka bumi.

Persoalan muncul ketika definisi anak luar kawin itu masuk ke wilayah perkawinan yang sah secara agama, namun tidak dicatatkan. Adalah tidak mungkin menyatakan bahwa perkawinan yang tidak dicatatkan tersebut tidak sah, padahal secara nyata perkawinan tersebut telah memenuhi syarat dan rukun yang telah ditetapkan oleh agama. Dalam konteks ini ada dua hal yang sebenarnya harus dibedakan, yakni antara hukum pencatatan nikah itu sendiri, dan apakah pencatatan itu menjadi rukun perkawinan yang mempengaruhi sah tidaknya perkawinan. Tentang pentingnya pencatatan perkawinan,<sup>265</sup> terdapat dua alasan untuk mendukung terlaksananya pencatatan perkawinan secara tertib ini:

1. Kewajiban Taat kepada *Ulil Amri*

Pencatatan perkawinan adalah bukti loyalitas warga negara terhadap amanat undang-undang yang mengharuskan adanya pencatatan dalam perkawinan. Sebagai salah satu bentuk kepatuhan warga negara kepada Pemerintah diantaranya adalah kepatuhan warga negara untuk melaporkan dan mencatatkan perkawinan mereka kepada pejabat yang berwenang.

Allah SWT berfirman:

*"Yaa ayyuhal ladziina amanuu athii'ullaaha wa athii'ur  
Rasuula wa ulil amri minkum fa in tanaaza'tum fii syai in fa*

---

<sup>265</sup>Keputusan Komisi B ijtima' Ulama Komisi Fatwa Majelis Ulama Indonesia Tahun 2006 tentang Nikah di Bawah Tangan, antara lain; 1. Pernikahan di bawah tangan hukumnya sah karena telah terpenuhi syarat dan rukun, tetapi haram jika terdapat madharrat. 2. Pernikahan harus dicatatkan secara resmi pada instansi berwenang, sebagai langkah preventif untuk menolak dampak negatif / madharrat (*saddan li al-dzari'ah*). Asrorun Ni'am Sholeh, *Fatwa-Fatwa Masalah Pernikahan dan Keluarga*, (Jakarta: Elsas, 2008), h. 49.

*rudduuhu ilallaahi war rasuuli in kuntum tu'minuuna billaahi wal yawmil aakhiri dzaalika khariunwa ahsanu ta'wilan."*

Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu. Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. Yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.<sup>266</sup>

Ahmad Musthafa al-Maraghi mengatakan bahwa yang dimaksud dengan *ulil amri* adalah Pemerintah (pemimpin), baik Pemerintah pusat maupun Pemerintah di bawahnya, tugasnya adalah memelihara kemashlahatan umat manusia. Dengan demikian aturan-aturan yang dibuat Pemerintah untuk kemashlahatan manusia wajib ditaati selama aturan-aturan tersebut tidak bertentangan dengan *al-Qur'an* dan *al-Sunnah*.<sup>267</sup> Menurut Mujahid, 'Atha' dan Hasan al-Bashri yang dimaksud dengan *ulil amri* adalah pemimpin yang ahli dalam agama. Oleh karena aturan-aturan yang dibuat oleh pemimpin yang ahli agama wajib ditaati, sedangkan aturan-aturan yang bertentangan dengan hukum-hukum Allah dan Rasulnya tidak perlu ditaati.<sup>268</sup>

Dengan demikian yang dimaksud dengan "*ulil amri minkum*" adalah pemimpin yang diangkat oleh masyarakat itu sendiri atau yang diangkat oleh kepala negara, presiden, kepala daerah untuk mengatur kehidupan masyarakat. Aturan-aturan yang dibuat oleh pemimpin atau kepala negara atau kepala daerah atau pejabat yang berwenang untuk kemaslahatan manusia harus ditaati, selama aturan-aturan yang

---

<sup>266</sup> *al-Qur'an dan Terjemahnya*, h. 114.

<sup>267</sup> Ahmad Musthafa al-Maraghi, *Tafsir al-Maraghi*, (Makkah, al-maktabah al-Tijariyah, tt), Juz II, h. 72.

<sup>268</sup> Al-Imam Abi al-Fida' Isma'il Ibn Kathir al-Dimashqi, *Tafsir Ibn Kathir*, (Surabaya: Sirkatu al\_nur Asiya, tt), Juz 1, h. 518.



dimaksud dibuat oleh Pemerintah atau Presiden atau kepala daerah dijadikan sebagai kebijakan dalam Pemerintahannya.

## 2. Kewajiban untuk Taat kepada Perintah Allah dan Rasul-Nya.

Masrum M. Noor berpendapat; banyak implikasi hukum dan dampak negatif bagi pasangan suami isteri yang melakukan perkawinan tidak dicatatkan. Di antara dampak negatif tersebut antara lain:

1. Dipandang oleh masyarakat sekitarnya sebagai "kumpul kebo" atau isteri simpanan;
2. Secara hukum perkawinan tersebut dianggap tidak sah, sehingga anak-anaknya dianggap anak tidak sah;
3. Isteri tidak berhak mendapatkan nafkah;
4. Isteri dan anak-anak yang dilahirkan tidak mendapat warisan dari suaminya dan begitu pula sebaliknya;
5. Antara suami isteri tidak berhak atas harta gono-gini;
6. Anak-anak hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibu dan keluarga ibunya;
7. Secara psikologis hubungan anak-anak dengan bapaknya lemah dan tidak kuat;
8. Status anak-anak dapat disangkal sebagai anak bapaknya dan begitu pula sebaliknya;
9. Anak-anak tidak berhak mendapat biaya hidup dan biaya pendidikan dari ayahnya;
10. Anak-anaknya yang perempuan tidak memiliki wali nasab dalam perkawinannya dan wali nikah yang berhak adalah wali hakim (Kepala KUA setempat);
11. Ayah tidak mempunyai hubungan hukum dengan anak-anak perempuannya, sehingga bukan *muhrim*;
12. Suami terbebas dari tanggung jawab sebagai suami;
13. Isteri tidak mendapatkan perlindungan hukum dalam persoalan rumah tangganya;
14. Isteri dan anak-anaknya menemui kesulitan untuk memperoleh dokumen keimigrasian;<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup>Masrum M. Noor, *Pencatatan Pernikahan sebagai Kewajiban Syar'iyah*, h. 5.

Melihat berbagai dampak negatif akibat peristiwa perkawinan yang tidak dicatatkan sebagaimana paparan di atas, dapat dipahami bahwa tujuan pencatatan nikah adalah demi kemaslahatan atau kebaikan semua pihak yang terlibat dalam perkawinan tersebut. Ilmu *ushulal-fiqh*, mengkategorikan ketentuan Pemerintah ini sebagai *al-mashlahah al-mursalah* yaitu suatu tindakan yang tidak diatur di dalam nash yang sharih, akan tetapi sangat dibutuhkan karena di dalamnya terdapat kemaslahatan.<sup>270</sup>

Dengan dua alasan mendasar ini, sebenarnya masalah pencatatan perkawinan bukan hanya dalam konteks kewajiban bernegara sebagai warga negara yang harus patuh kepada peraturan yang berlaku, tetapi sekaligus kewajiban agama sebagai bagian kepatuhan umat Islam untuk taat kepada perintah Allah dan Rasul-Nya. Hanya saja melaporkan perkawinan untuk dicatatkan kepada pejabat yang berwenang di Kantor Urusan Agama (KUA) setempat atau di Kantor Catatan Sipil kemudian menjadi persoalan, apakah pencatatan itu menjadi syarat sah atau tidaknya perkawinan dengan semua implikasi hukum yang menyertainya.

Kalangan praktisi hukum Indonesia berbeda pendapat dalam masalah ini. Masrum M Noor menegaskan bahwa keharusan pencatatan nikah di Indonesia bukan saja telah menjadi kebijakan negara, tetapi juga telah mendapat kesepakatan jumbuh ulama Indonesia. Negara telah mewajibkan

---

<sup>270</sup>*Al-mashlahah al-mursalah* adalah salah sumber hukum Islam. Ulama ushul fiqh membuat dua kategori besar tentang sumber hukum Islam. Pertama, Al-Qur'an, Hadits, Ijma' dan Qiyas. Kedua, *Istihsan, al-Mashlahah al-mursalah, al-Istishab, Mazhab al-Sahabi, 'Amalu Ahlu al-Madinah, Syar'u man Qablana dan Saddu al-Dzari'ah*. Lihat Al-Sayyid Khudhari, *al-Ijtihad fima la Nassha fihi*, (Riyadh, Maktabah al-Haramain, 1983). 5-7. 'Abdu al-'Aziz bin 'Abdi al-Rahman bin 'Ali al-Rabi'ah, *Adillatu al-Tashri' al-Muhtalaf fi al-Ihtijaji biha al-Qiyas, al-Istihsan, al-Istislah, al-Istishab*, (Beirut : Mu'assatu al-Risalah, 1979), Cet ke 1, 264-268. Amir Sharifuddin, *Us}ul Fiqh*, (Jakarta : PT Logos Wacana Ilmu, 1997), Cet ke-1, Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqh*, (Dar al-Fikr al-'Arabi, 1958), Cet ke 1, 277-286. Nuruddin bin Muhtar al-khadimi, *al-Maqasid al-Shariyyah Ta'rifuha, Amtsilatuha Hujjiyyatuha*, (Riyadh: Dar Ishbiliya, 2003), Cet ke-1, h. 103-111. Nuruddin al-Khadimi, *al-Mashlahah al-Mursalah Haqiqatuha wa Dhawabituha*, (Beirut : Dar Ibn Hazm, 2000), Cet ke-1, h. 20-39.

adanya pencatatan perkawinan tersebut sejak awal kemerdekaan, sebagaimana UU Nomor 22 Tahun 1946. Para ulama Indonesia terdahulu juga telah sepakat tentang hal tersebut sebagaimana termuat di dalam KHI, hingga kewajiban pencatatan dikuatkan dengan UU Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, bahkan secara teknis telah pula diatur di dalam peraturan perundangan organiknya yang telah ditetapkan Menteri Agama dimuat dalam Peraturan Menteri Agama RI Nomor 11 Tahun 2007.<sup>271</sup> Oleh karena itu, tidak ada alasan syar'i yang lebih kuat untuk menolak kewajiban pencatatan perkawinan. Dengan demikian tidak ada lagi dikotomi antara sah menurut agama atau sah menurut negara. Tidak ada lagi istilah "perkawinan sah tetapi tidak mempunyai kekuatan hukum."<sup>272</sup>

Ahmad Mifdlol Muthohar<sup>273</sup> mengutip pendapat Amin Summa, mengatakan salah satu asas dalam UU Perkawinan yang tak kalah penting terutama di era hukum tertulis dengan kodifikasi hukum sebagai ciri utamanya ialah asas legalitas. Asas ini pada intinya mengajarkan bahwa setiap perkawinan wajib dicatat oleh pejabat yang berwenang. Semua peraturan perundang-undangan perkawinan di dunia Islam mengamanatkan arti penting dari pencatatan setiap perkawinan. Selain berfungsi sebagai tertib administrasi dan perlindungan hukum bagi warga negara masing-masing, asas legalitas juga mempermudah para pihak terkait dalam melakukan kontrol terhadap pelaksanaan undang-undang perkawinan di sebuah negara. Asas legalitas seyogyanya tidak difahami dalam konteks administrasi

---

<sup>271</sup>Peraturan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2007 Tentang Pencatatan Pernikahan. Bidang Urusan Agama Islam Kantor Wilayah Departemen Agama Provinsi Jawa Timur, *Himpunan Peraturan Seputar Kepenghuluan* (Surabaya, Tahun 2007), h. 47.

<sup>272</sup>Masrum M Noor, *op.cit.*, h. 5.

<sup>273</sup>Ahmad Mifdlol Muthohar, Sebuah Catatan untuk Keputusan Mahkamah Konstitusi (MK) terkait dengan Pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, h. 6-7.

semata, akan tetapi idealnya juga memiliki nilai hukum normatif yang bersifat mengikat dalam pengertian pencatatan perkawinan akan turut menentukan sah tidaknya sebuah akad nikah yang dilakukan oleh sepasang laki-laki dan wanita, sehingga praktik kawin di bawah tangan dapat diminimalisir. Dari sisi syar'i pelegalformalan asas pencatatan juga ditopang oleh surat Al-Baqarah: 283.<sup>274</sup> Walaupun tidak secara khusus ayat tersebut berbicara tentang akad nikah, tetapi akad nikah juga termasuk di dalamnya. Namun demikian, harus diakui kebanyakan negara-negara Islam menetapkan bahwa pencatatan perkawinan hanya masalah administrasi dan tidak terkait dengan keabsahan perkawinan. Sementara itu, Anas Rudiansyah, secara tegas menyatakan bahwa pencatatan nikah menjadi syarat yang dapat mempengaruhi sahnya sebuah perkawinan. Ia menyatakan bahwa berdasarkan persyaratan-persyaratan yang ditentukan dalam teori *al-mashlahah al-mursalah* terkait penetapan hukum pencatatan perkawinan telah terpenuhi, yakni telah sejalan dan tidak bertentangan dengan *al-maqasid shari'ah*. Dengan demikian dapat diambil suatu kesimpulan bahwa pencatatan perkawinan adalah wajib hukumnya bagi masyarakat muslim Indonesia. Salah satu cara yang efektif agar pencatatan perkawinan ditaati adalah dengan memasukkannya sebagai rukun nikah, yang menentukan keabsahan perkawinan, namun untuk itu perlu kajian lebih mendalam. Namun hukum wajib dalam kajian ushul fiqh

---

<sup>274</sup>Surat al-Baqarah ayat 283:

*Wa in kuntum 'alaa safarin wa lam tajiduu kaatiban fa rihaanun maqbuudhatan fa in amina ba'dhukum ba'dhan fal yu addil ladzi' tumina amaanatahuu wal yattaqillaah rabbahu wa laa taktumusy syahaadata wa man yaktumhaa fa innahu aatsimun qalbhuhu wallaahu bimaa ta'malunna 'alimun."*

Dan jika kamu dalam perjalanan sedang kamu tidak mendapatkan seorang penulis, maka hendaklah ada barang jaminan yang dipegang. Tetapi, jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah dia dia bertakwa kepada Allah, Tuhannya. Dan janganlah kamu menyembunyikan kesaksian, karena barang siapa menyembunyikannya, sungguh hatinya kotor (berdosa). Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan. Ibid, *Al-Qur'an dan terjemahnya*, h. 60.

adalah termasuk kajian hukum *taklifi*, dan mengandung arti perintah Allah kepada hamba untuk mengerjakan sesuatu disertai dengan daya ikat yang berupa ancaman bagi yang meninggalkannya, tetapi tidak berhubungan dengan sah atau batalnya suatu perbuatan, yang berada di wilayah kajian hukum *wadh'i*.<sup>275</sup>

Perdebatan ini menemukan titik terang dengan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Februari 2012 yang menyatakan adanya hubungan perdata antara anak dengan bapak biologisnya selama bisa dibuktikan secara ilmiah. Putusan MK tersebut, bila dicermati tidaklah memberikan pengakuan terhadap anak yang lahir dari hubungan perzinahan. Dalam konteks ini, Putusan MK berangkat dari ketentuan Pasal 2 Ayat 2 UU Perkawinan yang menyatakan bahwa "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku". Ketentuan tersebut tentulah sebuah perkawinan dalam pandangan negara adalah apabila perkawinan yang dilakukan dicatatkan atau tercatat pada lembaga yang ditugasi untuk itu. Artinya perkawinan tersebut terjadi menurut cara yang sudah diatur dalam peraturan perundang-undangan dan bisa pula terjadi diluar prosedur yang telah ditetapkan oleh undang-undang misalnya perkawinan dibawah tangan yang secara agama sah, namun tidak tercatat.

Pertimbangan hukum Putusan MK untuk memberikan perlindungan terhadap anak yang lahir dari suatu perkawinan yang tidak tercatat secara legal formal, sementara perkawinan itu sendiri adalah sah menurut agama. Hal ini tentu sangat berbeda dengan hubungan perzinahan yang melahirkan seorang anak dan tidak termasuk dalam konteks anak luar kawin dalam

---

<sup>275</sup>Anas Rudiansyah, *Pencatatan Perkawinan menurut Teori Maslahah al-Syatibi*, h. 22.

perspektif Putusan MK. Dalam kaitan ini “anak yang lahir diluar perkawinan” jika dikaitkan dengan Pasal 2 Ayat 2 UU Nomor Perkawinan tentu terkait dengan proses sebuah perkawinan yang sah menurut agama tetapi tidak tercatat pada lembaga perkawinan sebagaimana ditentukan peraturan perundang-undangan.<sup>276</sup>

Penggunaan kata “anak yang lahir di luar perkawinan” adalah anak yang lahir dari perkawinan yang sah namun tidak dicatatkan. Pada Pasal 5 Ayat (1) UU Perkawinan terdapat informasi implisit bahwa pencatatan perkawinan bukan sebagai syarat sah perkawinan, tetapi sebagai alat untuk menciptakan ketertiban perkawinan. Oleh karena itu pada Pasal 7 Ayat (3) KHI diatur mengenai isbat nikah bagi perkawinansah yang tidak tercatat.<sup>277</sup> Dengan kata lain, perkawinan tidak tercatat adalah sah, tetapi kurang sempurna dilihat dari ketentuan Pasal 7 Ayat (3) KHI. Redaksi yang digunakan dalam Putusan MK adalah anak yang lahir diluar perkawinan, menunjukkan pada adanya perkawinan, dan jika dilakukan menurut ajaran agama Islam adalah perkawinan yang sah menurut agama Islam. Dengan demikian anak tersebut sah dalam pandangan agama, yaitu sah secara materiil, namun karena tidak tercatat maka menjadi tidak sah secara formil. Harus dibedakan antara anak yang lahir di luar perkawinan dengan anak yang lahir tanpa perkawinan. “Anak yang lahir di luar perkawinan” ditujukan untuk kasus Muhammad Iqbal Ramadhan anak Machicha Mochtar, mengingat anak yang lahir itu sebagai hasil perkawinan dengan memenuhi

---

<sup>276</sup>Boy Yendra Tamin, *Anak Di Luar Perkawinan Tidak Sama Dengan Anak Hasil Zina: (Memahami Fatwa MUI No. 11 Tahun 2012 dan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010)*, h. 4.

<sup>277</sup>Adanya isbath nikah menunjukkan bahwa pernikahan yang dilakukan adalah sah, sehingga hanya butuh isbath atau penetapan pemerintah agar sesuai dengan prosedur yang ditetapkan pemerintah. Jika pernikahan tersebut tidak sah, seharusnya untuk melegalkannya bukan melalui mekanisme isbat, tetapi nikah baru (*nikah jadid*).

syarat dan rukun secara agama, namun tidak tercatat di Kantor Urusan Agama (KUA) setempat. Terminologi anak luar kawin dalam kasus Machica Mochtar jelas bukan dalam konteks anak hasil zina. Kasus tersebut merupakan anak yang dilahirkan "di luar perkawinan" karena perkawinannya hanya memenuhi Pasal 2 Ayat 1 UU Perkawinan tetapi tidak memenuhi Pasal 2 ayat 2 UU Perkawinan.

Pada dasarnya perkawinan di Indonesia harus dilaksanakan dengan prosedur sesuai dengan Pasal 2 Ayat 1 dan Ayat 2 UU Perkawinan. Hal inilah yang dimaksud dengan perkawinan yang sesungguhnya menurut UU Perkawinan. Jika perkawinan dilakukan hanya memenuhi Pasal 2 Ayat 1 saja, maka disebut 'luar perkawinan', oleh karena itu Pasal 43 Ayat 1 UU Perkawinan itu tidak berdiri sendiri, tetapi sangat berkaitan dengan adanya perkawinan sebagaimana diatur oleh Pasal 2 UU Perkawinan. Disebut luar perkawinan, karena perkawinan itu dilakukan di luar prosedur perkawinan yang memenuhi Pasal 2 Ayat 2 dan tidak bisa "luar perkawinan" itu diartikan sebagai perzinahan, karena perbuatan zina itu dilakukan sama sekali tanpa ada perkawinan yang berbeda sekali antara luar perkawinan dengan tanpa perkawinan. Analoginya dibandingkan dengan kata-kata: "Saya tidur diluar rumah", artinya rumahnya ada tetapi saya tidur di luarnya, tetapi kalau "Saya tidur tanpa rumah", berarti rumahnya tidak ada. Oleh karena itu jika disebut "perkawinan" sudah pasti perkawinan itu sudah dilakukan minimal sesuai dengan Pasal 2 ayat 1 UU Perkawinan yang disebut "luar perkawinan", sedangkan perzinahan sama sekali tidak tersentuh dengan term perkawinan.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup>Sumasno, *Anak Hasil Zina dan Anak Lahir di Luar Nikah*, h. 7.

Tujuan *judicial review* Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut adalah memberikan legalitas hukum hubungan darah antara anak dengan ayah biologisnya, memberi perlindungan hukum atas hak-hak dasar anak, memberi perlakuan yang adil terhadap setiap anak, menegaskan adanya hubungan perdata setiap anak dengan ayah biologisnya dan keluarga ayahnya, menegaskan adanya kewajiban ayah biologisnya, melindungi hak waris anak, menjamin masa depan dan hak-hak anak sebagaimana anak pada umumnya, menegaskan bahwa setiap laki-laki harus bertanggung jawab atas tindakannya. Oleh karena itu, berdasarkan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, maka status anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan ayah dan keluarga ayahnya. Atas dasar putusan tersebut, maka ayahnya dan keluarga ayahnya wajib memberikan nafkah terhadap anak tersebut.<sup>279</sup> Hal ini selaras dengan ketentuan Pasal 80 Ayat (4) KHI, dalam hal ayah dan ibunya masih terkait tali perkawinan. Apabila ayah dan ibu anak tersebut telah bercerai, maka ayah tetap dibebankan memberi nafkah kepada anak-anaknya, sesuai dengan kemampuannya, sebagaimana maksud Pasal 105 huruf c dan Pasal 156 huruf d KHI.

Bahrudin Muhammad mengatakan teknik *al-qiyafah* telah mengilhami konsep pembuktian nasab di masa sekarang melalui pengembangan dan modernisasi teknologi penetapan nasab melalui tes DNA yang memiliki tingkat akurasi yang jauh lebih valid.<sup>280</sup> Oleh

---

<sup>279</sup>Yang dimaksud nafkah dalam hal ini adalah nafkah anak, berupa biaya pemeliharaan, biaya kebutuhan pokok anak, biaya pendidikan anak dan segala biaya yang diperlukan untuk menunjang kelangsungan dan perkembangan anak sampai dewasa atau mandiri, sesuai dengan Pasal 45 UU Perkawinan jo. Pasal 80 ayat (4) KHI.

<sup>280</sup>Bahrudin Muhammad, *Reaktualisasi Hukum Pembuktian Nasab Berbasis Teknologi al-Qiyafah* (Perspektif Hermeneutika Hukum Fazlur Rahman), h. 25.



sebab itu, jika penetapan nasab anak sudah dilakukan berdasarkan basis teknologi seperti teknik *al-qiyafah* meskipun masih sangat alami, tetapi konsep *al-qiyafah* yang menitikberatkan pada kesamaan rupa, warna kulit, rambut, jejak atau telapak dan lain-lain telah mengindikasikan bahwa hukum pembuktian dalam peradilan Islam sudah ada sejak masa-masa awal keberadaannya. Oleh karena itu, konsep *al-qiyafah* yang telah mengilhami konsep pembuktian nasab bagianak dapat diaktualisasikan kembali guna mempermudah menyelesaikan berbagai perkara yang berkaitan dengan hukum pembuktian. Pengembangan konsep<sup>281</sup> *al-*

---

<sup>281</sup> *Al-qiyafah* merupakan cara untuk menelusuri nasab dengan melibatkan ahli penelusur nasab yang dalam bentuk singularnya disebut dengan qaif atau pluralnya disebut qafah sebagaimana dijelaskan dalam kitab *Fadail al-Qur'an*, al-Faryabi mengemukakan:

*Al Qaafatu humul ladziina yalhaquuna l walada bi l atsaril khafiyah.*

*Al-Qafah* adalah mereka yang bisa menetapkan hubungan nasab anak dengan hal-hal yang tersembunyi sehingga ditetapkan hubungan nasabnya lalu diakui kebenarannya. (al-Faryabi, *Fadhail al-Qur'an*, seri Maktabah Shamilah, Juz VII, h. 72.

Penggunaan metode *al-qiyafah* dalam menetapkan adanya hubungan nasab ada kaitannya dengan pernyataan Putusan MK yang berbunyi : "anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya". Letak keterkaitan putusan ini dengan *al-qiyafah* ada pada kalimat "yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau bukti lain". Untuk membuktikan kebenaran hubungan darah antara anak dengan ayahnya di zaman modern saat ini tentu bukan menjadi sesuatu yang sulit bisa dengan tes darah dan bisa dengan penelitian genetika (DNA) serta dengan alat-alat canggih yang tersedia di dunia kedokteran zaman modern ini. Ilmu pengetahuan dan teknologi dan atau alat bukti lain di zaman dulu itu memang baru terbatas pada *al-qiyafah*, belum ada USG, tes darah atau penelitian genetika atau DNA, sehingga metode *al-qiyafah* sekuno dan seterbekalapun apapun metode ini tetap bisa dianggap sebagai alat bukti dalam menetapkan hubungan nasab anak kepada ayah.

Hadis tentang penetapan nasab dengan cara *al-qiyafah* diriwayatkan oleh Ibnu Majjah sebagai berikut :

*"An Aaisyata qaalat dakhala 'alayya Rasuulullaahi shallaahu 'alayhi wa sallama dzata yawmin masruran wa huwa yaquulu Ya Aaisyah alam taraa anna Mujazziz al-Mudallaji dakhala 'alayya fa ra'aa Usaamah wa Zaydan 'alayhimaa qathiifatun qad ghathayya ru uusahuma wa qa badat aqdaamuhumaa fa qaala inna haadzihi l aqdaamu ba'dhuhaa min ba'dhin."* (Rawaahu Ibnu Majah)

Dari 'Aishah berkata, suatu hari Rasulullah SAW masuk rumah saya dalam keadaan bergembira wajahnya tampak sangat berseri-seri, lalu beliau berkata, ketahuilah sungguh Mujazziz al-Mudallaji (seorang ahli penelusur nasab pada masa itu) masuk ke dalam rumahku lalu meneliti Zaid bin Haritsah dan Usamah bin Zaid yang keduanya mengenakan kain beludru untuk menutup kepala keduanya, tetapi kedua kakinya tetap kelihatan lalu Mujazziz mengatakan kaki Usamah merupakan bagian dari kaki Zaid. HR Ibnu Majah.

Perdebatan Ulama tentang metode *al-qiyafah* ini tidak kalah serunya dengan pro kontra Putusan MK. Dalam *al-Mukhtasar min Mushkil al-'Atsar* disebutkan sebagai berikut :

*qiyafah* sebagai alat bukti dapat dimasukkan sebagai alat bukti melalui keterangan ahli yang diaktualisasikan dalam ilmu pengetahuan/teknologi.

Pembaharuan hukum yang dilakukan oleh MK merupakan suatu terobosan hukum yang mengakomodir prinsip-prinsip keilmuan dalam teknologi genetika, dan merupakan bukti bahwa penemuan hukum yang dilakukan oleh MK merupakan transformasi dan semangat dari penggalian hukum yang mendasarkan keadilan dan kebenaran substantif (pengakuan hukum secara *de facto*) di atas kebenaran prosedural (pengakuan hukum secara *de jure*). Dalam timbangan *mashlahah* al-Syatibi, kasus anak yang lahir di luar perkawinan yang dianggap tidak sah karena tidak dicatatkan di lembaga resmi terdapat dua hal yang salingbertentangan. *Pertama*, adanya kemashlahatan yang diinginkan dari pelarangan nikah bawah tangan. *Kedua*, adanya *mafsadah* bagi anak ketika ia "dipaksa" untuk memutuskan nasab kepada ayah biologisnya.

Kemashlahatan yang diharapkan dari kewajiban pencatatan perkawinan dan larangan nikah bawah tangan adalah untuk kebaikan pihak yang terkait dengan perkawinan tersebut. Pencatatan perkawinan adalah sebagai sarana untuk ketertiban hukum. Ketika perkawinan dicatatkan, maka hal itu dapat menyempitkan ruang gerak suami untuk menceraikan istri semaunya, ia harus mengikuti tata cara perceraian yang telah diatur oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku dan bertanggung jawab di

---

*Fa amma Abu Hanifah waTsawri wa saa iri ahli Kufah laa yaltafituuna ilaa qawli l qaafati fii syay in wa ammaa Malik yasta'ilhu fil imaai duunal haraa iri wa laa farqa fil waaqi i wa amma Syafi'yyu fayasta'milahu fil haraa iri wal imaai jami'an.*

Pakar-pakar hukum Islam dari kawasan Kufah seperti Imam Abu Hanifah dan al-Tsauri tidak merespon sama sekali masalah penetapan garis keturunan atas dasar al-qiyafah ini, tetapi Imam Malik tetap menggunakannya, Imam Imam Shafi'i juga menerima konsep al-qiyafah ini dalam menelusuri nasab. al-Mukhtashar min Mushkil al-'Athar, Seri al-Maktabah al-Shamilah, Jilid 1, h. 441.

bawah pengawasan undang-undang. Dengan melakukan pencatatan perkawinan, maka pihak istri akan mudah untuk mengajukan tuntutan hukum dan mendapatkan perlindungan hukum. Pencatatan perkawinan adalah wujud kepedulian Pemerintah akan kesakralan lembaga perkawinan sebagai manifestasi dari ajaran Islam yang sangat memperhatikan penjagaan keturunan (*hifzh al-nasl*). Untuk menjaga kesucian tersebut, maka harus dimulai dengan cara yang suci pula. Proses peninjauan dari kedua belah pihak melalui *ta'aruf* dan *khitbah*. Setelah itu dilaksanakan akad nikah yang sakral dalam naungan nama dan amanah dari Allah SWT. Tidak cukup di sini, proses selanjutnya dalam usaha mendapatkan keturunan ada beberapa adab dan tata krama yang dilakukan. Setelah anak terlahir ke dunia proses itu dilanjutkan dengan serangkaian ritual lain, misalnya adzan dan iqamah di telinga bayi yang baru lahir, dilanjutkan dengan aqiqah dan seterusnya. Atas serangkaian proses ini, kemudian negara mewajibkan pencatatan perkawinan untuk lebih mewujudkan perkawinan sebagai suatu ikatan yang kokoh (*mitsaqan ghalizha*) antara sepasang suami istri. Akad nikah yang telah dikokohkan atas nama Allah SWT akan semakin kuat dengan adanya pencatatan serta pengakuan dari Negara, sesuai dengan kaidah yang mengatakan:

*Inna llaaha layaza'au bis sulthaani maa laa yaza'u bil qur aani.*

Sesungguhnya Allah SWT menggunakan tangan kekuasaan untuk mencegah kemungkaran yang tidak cukup hanya menggunakan Al-Qur'an.<sup>282</sup>

Ketika nikah dibawah tangan menafikan hubungan nasab, kemudian mengandung konsekuensi tidak adanya kewajiban nafkah dari ayah biologis

---

<sup>282</sup> Ibn Katsir, Abu Fida' Ismail bin Umar, *Tafsir al-Qur'an al-Azhim, Beirut: Dar Al-Thaibah, 1420 H, Juz V, h. 111.*

kepada anak tersebut, hal ini akan menimbulkan problem tersendiri. Dalam masalah ekonomi, ketika ibu kandung dari hasil anak luar kawin (nikah di bawah tangan atau nikah siri) tergolong mampu, problem ini tidak terlalu bermasalah. Akan tetapi jika yang terjadi adalah sebaliknya, maka tentu kebutuhan ekonomi si anak menjadi sulit terpenuhi. Ia sulit mendapatkan asupan gizi yang baik, pelayanan kesehatan yang cukup, dan mendapatkan pendidikan yang layak. Secara psikologis, anak juga akan dirugikan karena ia tidak mendapatkan kasih sayang yang utuh dari kedua orang tuanya. Ia juga harus memikul beban psikologis yang berat karena negara telah memutuskan hubungan nasab dengan ayah kandungnya. Kondisi seperti ini sangat tidak menguntungkan pada perkembangan anak serta tidak sesuai dengan ketentuan Allah SWT yang menafikan siksa atas dosa yang diperbuat oleh orang lain ditimpakan kepada orang yang bukan pelakunya.

Allah SWT berfirman:

*Manihtadaa fa innamaa yahtadii li nafsihii wa man dhalla fa innamaa yadhillu 'alayhaa wa laa taziru waaziratun wizra ukhrra wa maa kunna mu'adzdzibiina hattaa nab'atsa Rasuulan.*

Barangsiapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), maka sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan barangsiapa yang sesat maka sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan meng'azab sebelum Kami mengutus seorang Rasul.<sup>283</sup>

Dalam perspektif *mashlahah* al-Syatibi, secara umum dua hal yang bertentangan masuk pada wilayah perkara *dharuriyat* dan *hajiyyat*. *Pertama*, adanya keharusan untuk mencatat perkawinan berada pada wilayah *mashlahah hajiyyat* karena kewajiban itu bersifat preventif. Menghindarkan

---

<sup>283</sup> *Al-Qur'an* dan Terjemahnya, h. 386.

sesuatu yang berpotensi menimbulkan kesulitan (*masyaqqah*) adalah penting untuk semua pihak yang terlibat dalam perkawinan, yaitu kedua pasangan yang menikah, lebih khusus lagi anak yang lahir dari perkawinannya.

Secara garis besar, perintah untuk mencatatkan perkawinan ini sama dengan perintah di dalam *al-Qur'an* untuk mencatatkan semua bentuk transaksi hutang piutang, sebagaimana disebutkan dalam firman Allah SWT:

*"Ya ayyuhal ladziina amanu idzaa tadaayantum bi daynin ila ajalin musamman faktubuuhu walyaktub baynakum kaatibun bil adli wa laa ya'ba katibun an yaktuba kamaa 'allamahullaahu fal yaktub wal yumlilil ladzii 'alayhi l haqqu wal yattaqillaaharabbahuu wa laayabkhas minhu syai an fa in kaana l ladzii 'alaihil haqqu safiihan aw dha'iifan aw laa yastathii'u an yumilla huwa fal yumlil waliyyuhuu bil 'adli wasy tasyhiduu syahiidayni min rijaalikum fa in lamyakuuna rajulayni farajulun wam ra'ataani mimman tardhawna minas syuhadaa'i an tadhilla ihdaahumaa fa tudzakkira ihdaahuma l ukhrra wa laaya'bas syuhadaa'u idzaa maa du'uu wa laa tas'amu an taktubuuhu shaghiran aw kabiiran ilaa ajalihi dzaalikum aqsathu 'inda llaahi wa aqwamu lissyahaadati wa adnaa allaa tartaabuu illaa an takuuna tijaaratan haadhiratan tudiruunahaa baynakum falaysa 'alaykum junaahun allaa taktubuuhaa wa asyhiduu idzaa tabaya'tum wa laa yudhaarra kaatibun wa laa syahiidunwa in taf'alu fa innahuu fusuuqun bikum wattaqullaaha wa yu'allimukullaahu wallaahu bikulli syai'in 'aliim."*

Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermu'amalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya. Dan hendaklah seorang penulis di antara kamu menuliskannya dengan benar. Dan janganlah penulis enggan menuliskannya sebagaimana Allah mengajarkannya, meka hendaklah ia menulis, dan hendaklah orang yang berhutang itu mengimlakkan (apa yang akan ditulis itu), dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah ia mengurangi sedikitpun daripada hutangnya. Jika yang berhutang itu orang yang lemah akalnya atau lemah (keadaannya) atau dia sendiri tidak mampu mengimlakkan, maka hendaklah walinya mengimlakkan dengan jujur. Dan persaksikanlah dengan dua orang saksi dari orang-orang lelaki (di antaramu). Jika tak ada dua orang lelaki, maka (boleh) seorang lelaki dan dua orang perempuan dari saksi-saksi yang kamu ridhai, supaya jika seorang lupa maka yang seorang mengingatkannya. Janganlah saksi-saksi itu enggan (memberi keterangan) apabila mereka dipanggil; dan janganlah kamu jemu menulis hutang itu, baik kecil maupun besar sampai batas waktu membayarnya. Yang

demikian itu, lebih adil di sisi Allah dan lebih menguatkan persaksian dan lebih dekat kepada tidak (menimbulkan) keraguanmu. (Tulislah mu'amalahmu itu), kecuali jika mu'amalah itu perdagangan tunai yang kamu jalankan di antara kamu, maka tidak ada dosa bagi kamu, (jika) kamu tidak menulisnya. Dan persaksikanlah apabila kamu berjual beli; dan janganlah penulis dan saksi saling menyulitkan. Jika kamu lakukan (yang demikian), maka sesungguhnya hal itu adalah suatu kefasikan pada dirimu. Dan bertakwalah kepada Allah; Allah mengajarmu; dan Allah Maha Mengetahui segala sesuatu.<sup>284</sup>

Ayat ini menyatakan perintah untuk mencatatkan semua bentuk transaksi yang banyak mengandung risiko untuk menjaga hal-hal yang tidak diinginkan di kemudian hari. Dalam ayat tersebut Allah SWT menyebutkan hutang piutang sebagai contoh karena pada akad ini banyak mengandung risiko dan berpotensi menimbulkan konflik di kemudian hari. Dalam contoh hutang piutang, untuk mengurangi risiko itu maka dianjurkan dibuat perjanjian hitam di atas putih, kemudian disyariatkan adanya akad *rahn*, *kafalah*.<sup>285</sup>

Dalam contoh pencatatan hutang piutang dan muamalah yang lainnya, ada dua unsur yang berbeda. Pertama terkait dengan esensi muamalah itu sendiri dan yang kedua berhubungan dengan aspek pencatatannya. Dalam pandangan *mashlahah*, hutang piutang dan semua jenis muamalah yang diperbolehkan masuk pada kategori perkara *dharuri* karena merupakan bagian yang tidak bisa dipisahkan dari prinsip *hifzh al-mal*. Umat manusia akan menemui kerusakan manakala jual beli dan transaksi lainnya tidak diperbolehkan. Sementara sisi yang lain adalah tentang pencatatan jual beli tersebut adalah masuk pada perkara *hajjiyyat*.

---

<sup>284</sup> *Ibid.*, h. 60.

<sup>285</sup> Shah Waliyullah al-Dahlawi, Ahmad bin Abdurrahma bin al-Shahid, *Hujjatullah Al Balighah*, Beirut: Dar Al Jil, 1426 H, Juz II, h. 175.

Manusia akan mengalami kesulitan ketika pencatatan ini tidak dilakukan akan terjadi banyak perselisihan dalam berbagai macam kegiatan ekonomi karena tidak ada bukti tertulis. Musthafa Al-Bugha menyebutkan bahwa mencatat transaksi adalah termasuk adab bisnis (etika bisnis) dalam Islam terutama pada transaksi yang memiliki potensi perselisihan yang kuat. Pendapat ini menunjukkan bahwa masalah pencatatan itu adalah persoalan *hajiyat* karena hanya terkait dengan adab untuk memudahkan akad yang dilakukan.<sup>286</sup>

Dalam hal inilah pencatatan perkawinan bisa dianalogikan kepada pencatatan dalam muamalah, karena keduanya sama-sama bertujuan untuk mencegah terjadinya hal-hal yang tidak diinginkan di kemudian hari. Adapun dampak yang ditimbulkan akibat perkawinan yang tidak yang tidak dicatatkan, tidak bisa dijadikan dalil bahwa masalah pencatatan ini adalah masuk pada tingkatan *dharuri*. Dampak itu lebih bersifat *'aridh* (baru/bukan asli) yang dibuat oleh manusia akibat adanya undang-undang. Jika Pemerintah tidak membuat undang-undang tentu dampak tersebut tidak akan ada. Dahulu sebelum ada kewajiban pencatatan nikah, umat Islam sudah melakukan perkawinan sesuai dengan aturan agama dan ternyata tidak menimbulkan masalah dan perkawinan berjalan sesuai dengan yang dikehendaki.

*Kedua*, adanya ketetapan undang-undang yang menafikan adanya hubungan nasab dan semua hal yang berhubungan dengan hak keperdataan anak yang lahir dari luar hubungan yang sah sebagaimana yang dimaksud oleh UU Perkawinan dan KHI dapat menimbulkan persoalan baru yang tidak kalah peliknya. Dalam hal ini, hak anak untuk mendapatkan perlindungan

---

<sup>286</sup> Said Musthafa al-Khin, Musthafa Al Bugha, *al Fiqh Al Manhaji 'Ala Al Madhab al Imam al- Syafi'i*, Damaskus: Dar Al Qalam, 1413 H/1992 M, Juz VI, h. 46.

secara ekonomi dari orang tuanya menjadi hilang. Anak juga akan terpengaruh secara psikologis. Pendek kata, anak tersebut tumbuh dalam situasi yang tidak kondusif untuk pertumbuhan fisik dan psikologis. Oleh karena itu, menafikan nasab anak yang lahir dari hubungan di luar perkawinan kepada ayah biologisnya bertentangan dengan *mashlahah* pada tingkatan *dharuri*. Meniadakan Pasal 5 ayat (1) dan Ayat (2) dan Pasal 6 Ayat (1) dan (2) KHI tersebut dapat menimbulkan akibat buruk kepada anak yaitu tidak adanya prinsip *hifzh al-din* (menjaga agama) *hifzh al-nafs* (menjaga jiwa dan raga), *hifzh al-aqli* (menjaga akal) serta *hifzh al-nasl* (menjaga keturunan). Melihat segala bentuk dampak buruk ini, maka semangat untuk menjaga keturunan serta mengokohkan ikatan perkawinan yang terdapat di dalam UU Perkawinan atau di dalam KHI Pasal 6 ayat (1) dan (2) tersebut menimbulkan efek berantai yang justru berbalik menjadi merusak keturunan.

Mengikuti hirarkhi *mashlahah* al-Syatibi ketika terjadi pertentangan antara *mashlahah* di wilayah *dharuriyyat* dan *hajiyyat* maka yang didahulukan adalah *dharuriyyat*. Oleh karena itu sangat tepat Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Februari 2012 menetapkan adanya hubungan keperdataan antara anak yang lahir di luar perkawinan yang sah dengan ayah biologisnya. Putusan ini bertujuan untuk lebih mendahulukan *mashlahah* yang lebih tinggi yaitu perlindungan pada jiwa, kehidupan dan terwujudnya generasi penerus yang berkualitas lebih tinggi kedudukannya dari pada *mashlahat* pencatatan perkawinan. Hal ini juga sesuai dengan kaidah fiqh:

*"Idzaa ta'aradhaa mafsadataani ruu'iyaa a'dhamuhumaa dharaaran  
bi r tikaabi akhaffihimaa."*



Apabila dua mafsadah berkumpul, maka yang dijaga adalah yang paling besar mudharatnya yakni dengan melaksanakan yang paling ringan mudharatnya.<sup>287</sup>

Mengabaikan pencatatan perkawinan akan menimbulkan potensi buruk kepada semua pihak yang terkait, namun efek buruk itu tidak sebanding dengan besarnya *mafsadah* ketika harus menafikan hubungan nasab serta hubungan keperdataan yang lainnya antara anak hasil hubungan di luar perkawinan dengan ayah biologisnya. Terkait teori *mashlahah* al-Syatibi, anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan tetap memiliki hubungan nasab dengan ayahnya, sesuai dengan pandangan hukum Islam yang menilai anak tersebut tetap mempunyai hubungan nasab kepada kedua orang tuanya.

#### **4.2. Rasionalitas Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010**

Menanggapi berbagai pandangan berbagai pihak atas Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 terkait pengujian UU Perkawinan sebagaimana dimohonkan oleh Aisyah Mochtar alias Machica Mochtar, MK memberikan beberapa penjelasan dan penegasan sesuai hasil Rapat Permusyawaratan Hakim pada hari Senin, 13 Februari 2012 yang menghasilkan sedikitnya tiga hal pokok. Pertama, perspektif alamiah dan konstitusionalisnya. Kedua, makna hukum (*legal meaning*) Putusan MK, dan ketiga, perspektif UU Perkawinan.

##### **1. Perspektif Alamiah dan Konstitusionalitas**

---

<sup>287</sup> Ibn Nujaim, Zainuddin bin Ibrahim bin Muhammad, *al-Ashbah wa al-Nazhair*, Beirut: Dar Kutub Al Ilmiyyah, 1419 H, h. 89. Abi al-Faidh Muhammad Yasin bin Isa al-Fadani al-Makki, *al-Fawaid al-Janiyyah Hashiyat al-Mawahib al-Saniyyah Sharh al-Faraid} al-Bahiyah fi Nazmi al-Qawaid al-Fiqhiyyah fi al-Ashbah wa al-Nazair 'ala Madhab al-Shafiyyah*, Beirut: Dar al-Basha'ir al-Islamiyyah, 1996, Juz 1, Cet. II, h. 280.

Setiap kelahiran, secara alamiah, pasti didahului oleh kehamilan seorang perempuan sebagai akibat terjadinya pembuahan (pertemuan ovum dengan spermatozoa) melalui hubungan badan dengan seorang laki-laki atau melalui rekayasa teknologi. Seorang laki-laki dan seorang perempuan yang menyebabkan terjadinya kelahiran anak tersebut harus bertanggung jawab atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi' (Pasal 28B Ayat 2 UUD 1945). Peraturan perundang-undangan merupakan instrumen perlindungan normatif negara kepada warga negara dalam rangka mewujudkan keadilan dan kesejahteraan di dalam masyarakat (Pembukaan UUD 1945 Alenia ke-4 dan Pasal 28I Ayat 5 UUD 1945). Oleh karena itu, peraturan perundang-undangan tidak boleh meniadakan tanggung jawab seorang laki-laki dan seorang perempuan yang menyebabkan lahirnya anak tersebut sebagai bapak dan ibunya. Tanggung jawab tersebut melekat pada keduanya (laki-laki dan perempuan), bukan hanya pada salah satunya.<sup>288</sup>

Kesengajaan meniadakan tanggung jawab, khususnya dari laki-laki, merupakan pembenaran oleh negara atas ketidakadilan hukum terhadap anak dan sekaligus pembiaran terjadinya kesewenangan terhadap seorang perempuan yang harus bertanggung jawab sendiri terhadap kelangsungan hidup dan pendidikan anak dimaksud. Ketentuan yang selama ini berlaku, terhadap anak yang lahir di luar perkawinan, hanya memberikan hubungan perdata dan tanggung jawab kepada ibu dan keluarga ibu adalah sesua yang tidak adil. Ketentuan

---

<sup>288</sup> MK, Kompilasi Putusan dan Kajian UU Perkawinan, h. 65.

tersebut membebankan kesalahan dan tanggung jawab hanya kepada seorang perempuan sebagai ibu. Setiap anak lahir dalam keadaan suci, tidak berdosa. Ia lahir bukan atas dasar kehendaknya. Terlebih lagi untuk dilahirkan dalam keadaan demikian. Merupakan ketidakadilan dan kesewenang-wenangan sosial manakala hukum memberkan stigma kepada 'anak tanpa bapak' dan 'anak tanpa ada yang bertanggung jawab bagi kelangsungan hidup dan bertumbuh-kembang secara wajar dalam masyarakat melalui pendidikan'.<sup>289</sup>

## 2. Makna Hukum

Putusan MK membuka kemungkinan hukum bagi ditemukannya subyek hukum yang harus bertanggung jawab terhadap anak dimaksud sebagai bapaknya melalui mekanisme hukum (*judicial*) dengan menggunakan pembuktian berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi mutakhir dan/atau hukum, dalam rangka meniadakan ketidakpastian dan ketidakadilan hukum di dalam masyarakat. Putusan ini tidak berkait dengan sah atau tidak sahnya perkawinan, tetapi untuk memberikan perlindungan hukum keperdataan kepada anak. Putusan MK ini tidak melegalkan adanya perzinaan dan memberikan pemahaman bahwa antara memberikan perlindungan hukum terhadap anak dan persoalan perzinaan merupakan dua rezim hukum yang berbeda.<sup>290</sup>

## 3. Perspektif UU Perkawinan

UU Perkawinan memiliki karakter khas, dalam pengertian formal merupakan hukum yang bersifat unifikasi, sehingga terdapat norma hukum yang berlaku untuk seluruh warga negara, namun dalam

---

<sup>289</sup> *ibid*, h. 66.

<sup>290</sup> *ibid*, h. 66.

pengertian materialnya merupakan hukum yang bersifat majemuk (plural), sehingga normanya diserahkan kepada agama masing-masing. Norma kuncinya terdapat pada Pasal 2 Ayat 1 UU Perkawinan yang pada pokoknya menyatakan bahwa norma sahnya perkawinan adalah menurut agama yang dipeluk oleh masing-masing pasangan. Dengan demikian, terhadap akibathukum tertentu yang terkait dengan perkawinan berlaku hukum agama masing-masing sesuai dengan perkembangan masyarakat. Perkawinan Machica dan Moerdiono, berdasarkan norma agama Islam, tidaklah cacat hukum, sehingga anak laki-laki bernama Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono yang dilahirkan dari perkawinan tersebut bukan anak zina, tetapi anak yang lahir di luar perkawinan tercatat, atau dengan kata lain perkawinan yang tidak tercatat di KUA atau Kantor Catatan Sipil. Dasar dan metode pemaknaan tersebut antara lain adalah; Pertama, Penyempitan hukum (*rechtsverbijning*), artinya peraturan perundang-undangan yang ruang lingkupnya terlalu umum dan luas, maka untuk dapat diterapkan terhadap peristiwa konkret tertentu perlu dipersempit.<sup>291</sup>

Rumusan "anak yang lahir di luar perkawinan" dalam Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut sebagai norma umum dan luas. Agar dapat diterapkan pada peristiwa konkret harus terlebih dahulu dipersempit ruang lingkupnya dan dihubungkan dengan peristiwa-peristiwa konkret yang bersangkutan. Kedua, Penafsiran historis atau disebut juga dengan penafsiran subyektif, artinya bahwa maksud suatu peraturan adalah sebagaimana yang dikehendaki oleh pembentuk

---

<sup>291</sup> *ibid*, h. 67.

undang-undang. Dalam hal ini, Ketua MK Mahfud MD. menjelaskan, bahwa yang dimaksud Majelis dengan frasa “anak di luar perkawinan” bukan anak hasil zina, melainkan hasil nikah siri. Memaknai hukum harus dipahami dari latar belakang yang partial yang mempengaruhi terbentuknya hukum, bukan hanya dipahami dari rangkaian rumusan kalimatnya. Dalam kaidah *ushul fiqh* disebutkan, *al’ibratu bi khususi al-sabab laa bi umumi al-lafdhi*, bahwa yang dipedomani adalah kekhususan sebab timbulnya peraturan, bukan keumuman lafadh dalam peraturan itu. Artinya bahwa adanya frasa “anak di luar perkawinan” adalah disebabkan adanya permohonan uji materiil dari Machica yang telah melakukan nikah siri dengan seorang laki-laki bernama Moerdiono. Jadi bukan sama sekali tanpa ada perkawinan. Ketiga, *Takhsisul ‘am*, metode ini sama dengan *rechtsverbijning*, artinya membatasi atau mengkhususkan yang umum. “anak di luar perkawinan” dalam teks ini adalah umum, namun yang dimaksudkan adalah khusus anak di luar perkawinan yang tercatat sesuai peraturan perundang-undangan. Rumusan frasa “anak di luar perkawinan” dalam putusan MK tersebut adalah abstrak (*in abstracto*) yang akan dikonkretkan melalui putusan hakim Pengadilan.<sup>292</sup>

#### **4.3. Risalah Sidang MK Nomor 46/PUU-VIII/2010**

Pada hari Senin, 26 Juli 2010 pukul 13.06 – 13.46 WIB di Ruang Sidang Panel Gedung Mahkamah Konstitusi RI Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat diadakan pemeriksaan perbaikan permohonan (II) Pengujian Undang-

---

<sup>292</sup> *ibid.*

Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 oleh Hj. Aisyah Mochtar selaku Pemohon. Susunan persidangan terdiri dari Maria Farida Indrati sebagai ketua, Harjono dan Ahmad Fadlil Sumadi sebagai anggota, Mardian Wibowo sebagai panitera pengganti, para pihak yang hadir: Pemohon (H. Aisyah Mochtar) didampingi oleh kuasa hukum Pemohon (Rusdianto, Oktryan Makta, Miftachul Ikhwan Al-Annur dan Eko Hari Harsono). Setelah para pihak memperkenalkan diri, kuasa hukum Pemohon menjelaskan bahwa hak Pemohon telah dirugikan berkaitan dengan Pasal 2 UU Perkawinan dan Pasal 43 Ayat 1 UU Perkawinan juga karena sampai sejauh ini anak dari Pemohon tidak dapat mengajukan atau tidak bisa memiliki akte kelahiran. Bahwa Pasal 2 Ayat 2 UU Perkawinan menyatakan bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pemohon berupaya mencatatkan perkawinannya tapi tidak berhasil yang mengakibatkan anaknya pun tidak bisa memiliki akte kelahiran karena dipersyaratkan adanya buku nikah untuk pengajuannya. Akte kelahiran itu pada dasarnya juga merupakan hak yang sangat penting untuk kepentingan hukumnya.<sup>293</sup>

Acara pemeriksaan perbaikan permohonan berikutnya dilaksanakan pada hari Rabu, 1 Desember 2010 pukul 10.20-10.35 WIB di Ruang Sidang Panel Gedung MK RI dengan susunan persidangan yang sama, Miftachul Ikhwan Al-Annur selaku kuasa hukum Pemohon menjelaskan bahwa dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 terkandung asas agama yang sebagaimana tercermin dalam Pasal 1 Ayat 1 yaitu suatu perkawinan adalah sah apabila dilaksanakan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, sehingga bagi

---

<sup>293</sup> MK, Risalah Sidang MK, 26 Juli 2010, h. 4.

Pemohon yang beragama Islam tidak dicatatkannya perkawinan tidaklah menjadikan sebuah perkawinan menjadi tidak sah, sebab syarat sahnya perkawinan dalam Islam tidak mensyaratkan adanya sebuah pencatatan perkawinan. Terkait dengan Pasal 28B Ayat 1 UUD RI 1945, ia berpendapat bahwa ia mengandung prinsip kebebasan berkehendak, di mana dalam hal ini setiap orang berhak melakukan suatu perkawinan untuk membentuk sebuah keluarga dan melanjutkan keturunannya berdasarkan atas agama dan kepercayaannya, sehingga adanya persyaratan pencatatan perkawinan agar sebuah perkawinan dianggap sah dan anak yang dihasilkan oleh perkawinan tersebut sebagai anak sah merupakan bentuk pengekangan atas prinsip kebebasan berkehendak sekaligus bentuk dispensasi atas warga negara dalam hal ini adalah anak yang dilahirkan karena dianggap sebagai anak luar kawin.<sup>294</sup> Terkait Pasal 28D Ayat 1 UUD RI 1945, dinilai mengandung atau menganut norma kepastian hukum, sehingga kepastian hukum yang berkeadilan melarang diskriminasi, sebagaimana terjadi pada seorang anak yang dianggap sebagai anak luar kawin sehingga hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya. Ada diskriminasi di sini yang dilakukan oleh negara menyebabkan implikasi luar sebagai seorang anak yang tidak tahu apa-apa untuk menanggung bebba ketidakpastian hukum sebagai dirinya, berarti menutup pintu kesempatan untuk diakui sebagai warga negara yang utuh yang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.<sup>295</sup> Pada acara pemeriksaan sidang ini sejumlah 6 alat bukti disahkan, yaitu: 1. UU Perkawinan, 2. Penetapan Pengadilan Agama Tangerang Nomor 46/PDT/P/2008/BA, 3. Rekomendasi Komisi

---

<sup>294</sup> MK, Risalah Sidang MK, 1 Desember 2010, h. 4.

<sup>295</sup> *ibid*, h. 5.

Perlindungan Anak Indonesia Nomor 230/KPAI/2007, 4. Surat Tanda Terima Pengaduan Komisi Perlindungan Anak Indonesia 07/KPAI/2/2007, 5. Surat 173/KHM/X/2006 perihal Somasi tertanggal 16 Oktober 2006, dan 6. Surat Nomor 03/KHMMK/I/2007 perihal undangan dan klarifikasi tertanggal 12 Januari 2007.<sup>296</sup>

Acara mendengarkan keterangan saksi/ahli dari Pemohon dan Pemerintah terekam dalam Risalah Sidang MK ke-4 pada hari Rabu, 4 Mei 2011 dari pukul 09.58 hingga 10.29 WIB bertempat di Ruang Sidang Gedung MK RI dengan susunan persidangan lengkap 9 orang hakim MK, Moh. Mahfud MD bertindak sebagai ketua, dengan 8 anggota: Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, M. Akil Mochtar, Hamdan Zoelva, Muhammad Alim dan Anwar Usman. Mardian Wibowo bertindak sebagai panitera pengganti. Para pihak yang hadir terdiri dari Hj. Aisyah Mochtar sebagai Pemohon, Rusdianto dan Oktryan Makta sebagai kuasa hukum Pemohon. Turut hadir dari pihak Pemerintah: Mualimin Abdi (Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia), Arif Pramono (Kementerian Agama), Abdul Latief, Nurul Azizah dan Tony Prayogo. Dr. H.Muhammad Nurul Irfan, M.Ag bertindak sebagai ahli dari Pemohon. Sidang MK dibuka pukul 09.58 WIB oleh ketua untuk mendengar keterangan saksi ahli dalam Perkara Pengujian Undang-Undang dengan Nomor Perkara, Nomor 46/PUU-VIII/2010, dinyatakan dibuka dan terbuka untuk umum. Para pihak disilakan memperkenalkan diri, saksi ahli disumpah oleh Ahmad Fadlil Sumadi sebagai hakim anggota.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> *ibid*, h. 7.

<sup>297</sup> MK, Risalah Sidang MK, 4 Mei 2011, h. 1-2.



Saksi ahli memaparkan tentang perkawinan yang sah dan status anak sah menurut hukum Islam. Perkawinan dalam bahasa Arab disebut dengan nikah, ada dua pengertian. Pertama, disebut sebagai akad nikah, diyakini oleh jumhur (mayoritas) ulama. Kedua, disebut sebagai hubungan badan, diyakini oleh Imam Abu Hanifah, yang berhubungan dengan persoalan status anak. Ketika nikah dipahami sebagai hubungan badan, maka hubungan badan sudah bisa membentuk nasab, ini pendapat Abu Hanifah. Sementara jumhur ulama (Imam Syafi'i, Imam Maliki, Imam Hambali) menyebut bahwa nikah adalah nikah. Karenanya kalau tidak ada akad, maka tidak akan membentuk nasab atau hubungan kekerabatan antara anak dengan bapak.<sup>298</sup>

Sahnya sebuah perkawinan menurut hukum Islam adalah jika telah terpenuhi seluruh syarat dan rukun-rukunnya. Banyak literatur fiqh yang menyebutkan bahwa rukun nikah meliputi 5 hal: calon mempelai pria, calon mempelai wanita, wali, dua orang saksi dan ijab qabul. Sepakat menurut madzhab Hambali, Maliki dan Hambali. Namun demikian, sebagai warga negara yang baik, di dalam Surat An-Nisa: 59 ada konsep ketaatan terhadap *ulil amri* (Pemerintah) yang telah menetapkan UU Perkawinan yang di antara pasalnya menyebut tentang perlunya perkawinan dicatat. Karenanya, seandainya ada perkawinan yang tidak dicatat, maka warga negara tersebut tampaknya bisa dipertanyakan konsep ketaatannya terhadap *ulil amri*. Walaupun memang konsep taat terhadap *ulil amri* itu harus diukur dengan sebuah sabda Nabi SAW yang mengatakan bahwa *'Laa thoata lil makhluuqi fi ma'shiyatil Khaliq* (Tidak ada

---

<sup>298</sup> *ibid*, h. 3.

kewajiban taat terhadap makhluk jika bertentangan dengan ketentuan Sang Pencipta).<sup>299</sup>

Ada beberapa pasal yang tampaknya nanti dinyatakan tidak sejalan dengan prinsip hukum Islam. Misalnya Pasal 42 UU Perkawinan mengenai anak yang sah. Dikatakan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Seorang anak dianggap sah dan memiliki nasab kepada ayah kandungnya jika anak tersebut dilahirkan dalam perkawinan yang sah atau perkawinan yang fasid, *wathi' syubhat* (hubungan badan secara *syubhat*) dan ikrar atas nasab, bukan anak yang lahir akibat perzinahan. Hal ini didasarkan pada sebuah hadis shahih yang diriwayatkan oleh Imam Bukhari dan Imam Muslim yang menyebutkan bahwa *'al-waladu lil firasy wa lil aahiri l hajarul* (Anak hanya bisa bernasab kepada pemilik tempat tidur yang sah, dan bagi pezina hanya mendapat hukuman rajam). Berdasarkan hadis ini, Wahbah az-Zuhaili dalam Kitab *Al-Fiqh ul Islami wa adillatuhu*, menjelaskan bahwa nasab anak kepada ayah kandungnya bisa ditetapkan atas dasar tiga hal yaitu perkawinan yang sah atau perkawinan yang fasid, hubungan badan secara syubhat dan ikrar atau pengakuan adanya hubungan nasab.<sup>300</sup>

Secara tegas Wahbah az-Zuhaili katakan bahwa nasab anak terhadap ibu kandungnya bisa ditetapkan atas dasar peristiwa kelahiran saja, baik lahir secara syar'i maupun tidak, melalui perkawinan atau perzinahan. Adapun nasab anak terhadap ayah kandungnya ditetapkan atas dasar perkawinan yang sah atau perkawinan yang fasid, hubungan badan secara syubhat, atau atas dasar ikrar atau pengakuan nasab. Ajaran Islam membatalkan cara-cara penetapan nasab

---

<sup>299</sup> *ibid*, h. 4.

<sup>300</sup> *ibid*.

oleh masyarakat jahiliyah yang menganggap perzinaan sebagai cara menetapkan nasab. Setelah Rasulullah SAW bersabda bahwa anak hanya bernasab kepada pemilik tempat tidur yang sah, yaitu suami, anak hanya bernasab dan memiliki hubungan nasab kepada laki-laki yang menjadi suami sah ibu kandung anak tersebut. Sedangkan perzinaan tidak pernah akan mengakibatkan adanya hubungan nasab anak terhadap laki-laki pelaku zina, sebab pelaku zina hanya layak diberi hukuman.<sup>301</sup>

Anak yang lahir dalam nikah di bawah tangan atau nikah siri, menurut Prof. Wahbah Az-Zuhaili tetap mempunyai hubungan nasab dengan ayah kandungnya. Beliau mengatakan 'perkawinan yang sah atau fasid merupakan sebab ditetapkannya nasab, secara teknis, cara penetapan nasab ini dilihat dari ada atau tidaknya perkawinan. Jika memang telah nyata-nyata terjadi perkawinan, walau dalam nikah fasid yaitu nikah yang rusak karena syarat dan rukunnya tidak sempurna atau karena status hukumnya diperdebatkan seperti kawin mut'ah, kawin kontrak dan lain-lain, atau dalam perkawinan adat atau dalam perkawinan yang terjadi secara khusus yakni yang tidak terdaftar pada lembaga atau instansi perkawinan yang resmi. Maka tetap saja nasab anak yang dilahirkan oleh wanita tersebut bisa ditetapkan kepada ayah kandungnya.'<sup>302</sup>

Terakhir, saksi ahli menyatakan jika keberadaan Pasal 2 ayat 2 dan Pasal 43 ayat 1 UU Perkawinan memang mengandung *mudharat*, tetapi untuk menghapuskannya juga mengandung mudharat, maka menurut kaidah ushul fiqh dipilih *mudharat* yang paling ringan di antara dua *mudharat* yang paling ringan (*al-akhdu bi akhaffi d dhoroin*). Dasar kepatuhan kaidah ini antara lain adalah

---

<sup>301</sup> ibid.

<sup>302</sup> ibid., h. 6.

tindakan Rasulullah SAW yang membebaskan Abdullah bin Ubay bin Salul dari hukum qadzaf, hukuman menuduh zina. Karena dia termasuk tersangka menuduh Aisyah ra berselingkuh dengan Sufyan bin Mu'atthal, tetapi dibebaskan oleh Nabi dengan pertimbangan bahwa dendam para pengikutnya akan lebih besar mudharatnya dari pada sekedar mengabaikan pemberlakuan sanksi atas dirinya.<sup>303</sup>

Risalah Sidang MK ke-5 Pengujian UU Perkawinan terhadap UUD 1945 dengan acara mendengarkan keterangan Pemerintah, DPR dan Saksi Ahli dari Pemohon dan Pemerintah pada hari Rabu, 9 Februari 2011, dimulai pukul 10.20 dan berakhir pada pukul 10.55 WIB bertempat di Ruang Sidang Gedung MK RI, susunan persidangan terdiri dari Achmad Sodiki sebagai ketua, M. Akil Mochtar, Maria Fatida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Muhammad Alim dan Hamdan Zoelfa sebagai anggota, Mardian Wibowo bertindak sebagai panitera pengganti. Pihak yang hadir terdiri dari Pemohon (Aisyah Mochtar), kuasa hukum Pemohon (Rusdianto dan Miftachul Ikhwan Al-Annur), pihak Pemerintah : Mualimin Abdi (Direktur Ligitasi Kemenhukham), Heni Susila Wardoyo (Kasubdit Penyiapan & Pendampingan Sidang MK Kemenhukham), Mubarak (Kabiro Hukum Kemenag), Fatah (Kemenag) dan Tulus (Staf Ahli Kemenag), DPR: Pieter C. Zulkifli Simabuea (Anggota Komisi III).<sup>304</sup>

Pihak Pemerintah menyampaikan penjelasan singkat tentang permohonan Pemohon bahwa Pertama, menurut Pemohon, ketentuan Pasal 2 Ayat 2 dan Pasal 43 Ayat 1 UU Perkawinan menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi Pemohon, khususnya yang berkaitan dengan status perkawinan dan status hukum anak yang dihasilkan dari perkawinan

---

<sup>303</sup> *ibid.*

<sup>304</sup> MK, Risalah Sidang MK, 9 Februari 2011, h. 4.

Pemohon. Kedua, bahwa dikarenakan asas yang berlaku dalam UU Perkawinan adalah asas monogami, maka perkawinan Pemohon tidak dapat dicatatkan di KUA karena dianggap tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 2 Ayat 2 dan Pasal 43 Ayat 1 UU Perkawinan. Keadaan tersebut berakibat pada anak hasil dari perkawinan sah yang dilakukan Pemohon dianggap anak yang lahir di luar perkawinan yang hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, sedangkan dengan ayahnya dianggap tidak memiliki hubungan keperdataan. Hal demikian menyebabkan beban psikis terhadap anak dikarenakan tidak adanya pengakuan dari ayahnya. Tentu saja hal tersebut akan menyebabkan kecemasan, ketakutan dan ketidaknyamanan anak dalam pergaulan hidup di masyarakat. Ketiga, singkatnya menurut Pemohon ketentuan *a quo* telah menimbulkan perlakuan yang tidak sama di hadapan hukum serta menciptakan perlakuan yang diskriminatif. Karena itu, menurut Pemohon ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B Ayat 1 dan Ayat 2 UUD 1945.<sup>305</sup>

Pemerintah dapat memberikan penjelasan bahwa perkawinan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 UU Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Untuk itu, suami istri perlu saling membantu dan melengkapi agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya dan membantu mencapai kesejahteraan spiritual dan material. Kemudian Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan

---

<sup>305</sup> *ibid.*

kepercayaannya itu. Dan pada Pasal 2 ayat (2) dinyatakan bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan perkawinan sebagaimana dimaksud pada Pasal 2 ayat (2) bertujuan untuk:

- a. Tertib administrasi perkawinan,
- b. Memberikan kepastian dan perlindungan terhadap status hukum suami, istri maupun anak, dan
- c. Memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak tertentu yang timbul karena perkawinan seperti hak waris, hak untuk memperoleh akta kelahiran dan lain-lain.<sup>306</sup>

Pemerintah tidak sependapat dengan Pemohon, yang menyatakan bahwa Pasal 2 Ayat 2 telah bertentangan dengan Pasal 28D Ayat 1 UUD 1945 karena pencatatan perkawinan bukanlah dimaksudkan untuk membatasi hak asasi warga negara melainkan sebaliknya yakni melindungi warga negara dalam membangun keluarga dan melanjutkan keturunan serta memberikan kepastian hukum terhadap hak suami, istri dan anak-anaknya. Pasal 2 Ayat 2 UU Perkawinan tidak berdiri sendiri karena frase 'dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku' memiliki pengertian bahwa pencatatan perkawinan tidak serta-merta dapat dilakukan, melainkan bahwa pencatatan harus mengikuti persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan agar hak-hak suami, istri dan anak-anaknya benar-benar dapat dijamin dan dilindungi oleh negara. Persyaratan dan prosedur tersebut meliputi ketentuan yang diatur dalam pasal 3 Ayat 2, Pasal 4, Pasal 5, Pasal 9 dan pasal 12 UU Perkawinan dan PP Nomor 9 Tahun 1974 tentang Pelaksanaan UU Nomor

---

<sup>306</sup> *ibid.*

1 Tahun 1974 tentang Perkawinan khususnya Pasal sampai dengan Pasal 9 bahwa benar UU Perkawinan menganut asas monogami. Akan tetapi, tidak berarti bahwa UU Perkawinan melarang seorang suami untuk beristri lebih dari seorang. Apabila dikehendaki, seorang suami dapat melakukan perkawinan dengan istri kedua dan seterusnya. Akan tetapi, hal tersebut hanya dapat dilakukan setelah yang bersangkutan memenuhi persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam UU Perkawinan khususnya Pasal 3 Ayat 2, Pasal 4 dan Pasal 5 serta PP Nomor 9 Tahun 1975. Apabila suatu perkawinan tidak memenuhi ketentuan UU dan peraturan tersebut, maka perkawinan tersebut tidak dapat dicatatkan di KUA dan KCS, dengan segala akibat hukumnya, antara lain tidak mempunyai status perkawinan yang sah dan tidak mempunyai status hak waris bagi suaminya dan anak-anaknya. Bahwa ketentuan mengenai persyaratan dan prosedur perkawinan poligami yang diatur dalam UU Perkawinan berlaku untuk setiap warga Negara Indonesia dan tidak memberikan perlakuan diskriminatif terhadap orang atau golongan tertentu termasuk terhadap Pemohon. Di samping itu ketentuan tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 24, 28J Ayat 2 UUD 1945 yang berbunyi "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan Undang-Undang, dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. Dengan demikian, maka ketentuan Pasal 2 Ayat 2 tidak bertentangan dengan Pasal 28D Ayat 1 dan Ayat 2 serta Pasal 28D Ayat 1 UUD 1945.<sup>307</sup>

---

<sup>307</sup> *ibid.*, h. 7.

Ketentuan Pasal 43 Ayat 1 UU Perkawinan yang menyatakan bahwa 'anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya', menurut pandangan Pemerintah, bertujuan untuk memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap hubungan keperdataan antara anak dan ibunya serta keluarga ibunya. Karena suatu perkawinan yang tidak dicatat dapat diartikan bahwa peristiwa perkawinan tersebut tidak ada sehingga anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat menurut undang-undang *a quo* dikategorikan sebagai anak yang lahir di luar perkawinan. Ketentuan dalam pasal ini merupakan konsekuensi logis dari adanya pengaturan mengenai persyaratan dan prosedur perkawinan yang sah atau sebaliknya yang tidak sah berdasarkan undang-undang *a quo*. Menjadi tidak logis apabila undang-undang memastikan hubungan hukum seorang anak yang lahir dari seorang perempuan memiliki hubungan hukum, sebagai anak dengan seorang laki-laki yang terikat dalam suatu perkawinan yang sah. Pasal 43 Ayat 1 menurut Pemerintah tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B Ayat 1 dan Ayat 2 serta Pasal 28D Ayat 1 UUD 1945, karena apabila perkawinan tersebut dilakukan secara sah maka hak-hak sebagaimana dimaksud undang-undang *a quo* dapat terpenuhi. Kasus yang dihadapi Pemohon bukanlah kasus konstitusionalitas keberlakuan materi muatan norma yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon, melainkan bahwa kasus tersebut terjadi karena Pemohon dalam melakukan perkawinan dengan seorang laki-laki yang telah beristri tidak memenuhi prosedur, tata cara dan persyaratan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 Ayat 2, Pasal 4, Pasal 5, Pasal 9 dan Pasal 12 UU Perkawinan, sehingga perkawinan poligami yang dilakukan tidak dapat dicatat. Seandainya perkawinan Pemohon dilakukan sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam undang-undang *a quo*



maka Pemohon tidak akan mendapatkan hambatan dalam melakukan pencatatan perkawinan dan dijamin bahwa Pemohon akan memperoleh status hukum perkawinan yang sah dan mendapat hak status anak yang dilahirkannya.<sup>308</sup>

DPR RI juga menyampaikan hal senada dengan merinci beberapa poin penjelasan sebagai berikut: Pertama, untuk memahami UU Perkawinan terkait dengan ketentuan undang-undang yang dimohonkan pengujian dipandang perlu untuk memahami dahulu pengertian dari perkawinan yang jika dilihat dari pengertiannya maka setiap perkawinan yang dilakukan berdasarkan agama adalah sah namun jika dikaitkan dengan tujuan perkawinan untuk membentuk keluarga yang bahagia dan sejahtera serta keturunan maka akibat dari perkawinan memunculkan hak dan kewajiban keperdataan. Kedua, untuk menjamin hak-hak keperdataan dan kewajibannya yang telah timbul akibat perkawinan yang sah maka setiap perkawinan perlu dilakukan pencatatan. Meskipun perkawinan termasuk dalam lingkup keperdataan namun negara wajib memberikan jaminan kepastian hukum dan memberikan perlindungan hukum kepada pihak-pihak yang terkait dalam perkawinan, suami, istri dan anak terutama dalam hubungannya dengan pencatatan administrasi kependudukan terkait dengan hak keperdataan dan kewajibannya, sehingga pencatatan perkawinan menjadi suatu kebutuhan formal untuk legalitas atas suatu peristiwa yang dapat mengakibatkan suatu konsekuensi yuridis dalam hak-hak keperdataan dan kewajibannya, seperti kewajiban memberi nafkah dan hak waris. Pencatatan perkawinan dinyatakan dalam suatu akta resmi atau autentik dan dimuat dalam daftar pencatatan yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan bahwa tujuan pencatatan perkawinan untuk tertib

---

<sup>308</sup> *ibid.*

administrasi perkawinan, jaminan memperoleh hak-hak tersentu, memperoleh akta kelahiran, membuat kartu tanda penduduk, membuat kartu keluarga dan lain-lain, memberikan perlindungan terhadap status perkawinan, memberikan kepastian terhadap status hukum istri maupun anak, memberikan perlindungan terhadap hak-hak sipil yang diakibatkan oleh adanya perkawinan. Ketiga, bahwa ketentuan Pasal 2 Ayat 2 UU Perkawinan merupakan norma yang mengandung asas legalitas sebagai bukti suatu bentuk formal perkawinan. Pencatatan perkawinan dalam bentuk akta perkawinan, akta autentik yang berfungsi untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan hukum dalam setiap perkawinan.<sup>309</sup>

DPR RI berpendapat bahwa dalil Pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 2 Ayat 2 UU Perkawinan telah menimbulkan ketidakpastian hukum adalah anggapan keliru dan tidak berdasar. Keempat, bahwa terhadap anggapan Pemohon yang menyatakan bahwa Pemohon tidak melakukan pencatatan perkawinan karena UU Perkawinan pada prinsipnya berdasarkan monogami sehingga menghalang-halangi Pemohon untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B Ayat 1 UUD 1945, dalam pertimbangan hukum menyebutkan bahwa pasal-pasal yang tercantum dalam UU Perkawinan yang memuat alasan, syarat dan prosedur poligami sesungguhnya semata-mata sebagai upaya untuk menjamin dapat dipenuhinya hak-hak istri dan calon istri dalam rangka mewujudkan tujuan perkawinan, oleh karena itu penjabaran persyaratan poligami tidak bertentangan dengan Pasal 28B Ayat UUD 1945. Alasan Pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinan karena UU Perkawinan pada prinsipnya

---

<sup>309</sup> *ibid.*, h. 9.

berasas monogami adalah sangat tidak berdasar. Pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinannya karena tidak dapat memenuhi persyaratan poligami sebagai diatur dalam UU Perkawinan. Kelima, DPR RI berpandangan bahwa perkawinan yang tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dapat diartikan sebagai peristiwa perkawinan yang tidak memenuhi syarat formil, sehingga hal ini berimplikasi terhadap hak-hak keperdataan yang timbul dari akibat perkawinan, termasuk anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat sebagaimana ditentukan dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Keenam, perlu disampaikan bahwa anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dapat berimplikasi terhadap pembuktian hubungan keperdataan anak dengan ayahnya. Ketujuh, menurut DPR RI justru dengan berlakunya ketentuan Pasal 43 Ayat 1 UU Perkawinan akan menjamin terwujudnya tujuan perkawinan sertamemberikan perlindungan dan kepastian hukum atas status keperdataan anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat.<sup>310</sup>

#### **4.4. Pemaknaan Anak Luar Kawin dalam Perspektif Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010**

Acara Pengucapan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 perihal Pengujian UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2 Ayat 2 dan Pasal 43 Ayat 1 terhadap UUD 1945 disampaikan pada hari Jumat, 17 Februari 2012, pukul 09.17 hingga 11.06 WIB, bersamaan dengan pengucapan Putusan MK atas Perkara Nomor 2/PUHPU.D-X/2012, Perkara Nomor 3/PUHPU.D-X/2012 dan Perkara Nomor 4/PUHPU.D-X/2012, bertempat di Ruang Sidang Gedung MK RI.

---

<sup>310</sup> *ibid.*, h. 10-12.

Susunan persidangan lengkap terdiri dari 9 hakim konstitusi: Moh. Mahfud MD sebagai ketua, Achmad Sodiki, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, Harjono, Maria Farida Indrati, Ahmad Fadil, Anwar Usman dan Muhammad Alim sebagai anggota. Mardian Wibowo, Fadzlan Budi SN, Sunardi dan Achmad Edy Subiyanto sebagai panitera pengganti. Pihak yang hadir terdiri dari Rusdianto, Oktryan Makta dan Ferdinand Robot sebagai kuasa hukum Pemohon, pihak Pemerintah yang hadir diwakili oleh Yono Suyono dan Budiono, pihak DPR RI diwakili oleh Agus Trimorowulan (Biro Hukum dan Pemantauan Pelaksanaan Undang-Undang Sekretariat Jenderal DPR RI).<sup>311</sup>

Setelah para pihak memperkenalkan diri, Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 dibacakan secara terbuka untuk mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam permohonan Pengujian UU Perkawinan terhadap UUD 1945, yang diajukan oleh Hj. Aisyah Mochtar alias Machicha binti H. Mochtar Ibrahim (Tempat, Tanggal Lahir: Ujung Pandang, 20 Maret 1970, Alamat: Jalan Camar VI Blok BL 12A, RT/RW 002/008, Desa/Kelurahan Pondok Betung, Kecamatan Pondok Aren, Kabupaten Tangerang, Banten) dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono (Tempat, Tanggal Lahir: Jakarta, 5 Februari 1996, Alamat: Jalan Camar VI Blok BL 12A, RT/RW 002/008, Desa/Kelurahan Pondok Betung, Kecamatan Pondok Aren, Kabupaten Tangerang, Banten). Berdasarkan Surat Kuasa Nomor 58/KH.M&M/K/VIII/2010 bertanggal 5 Agustus 2010, memberi kuasa kepada i) Rusdianto Matulatuwa; ii) Oktryan Makta; dan iii) Miftachul I.A.A., yaitu advokat pada Kantor Hukum Matulatuwa & Makta yang beralamat di Wisma Nugra Santana 14<sup>th</sup> Floor, Suite 1416, Jalan Jenderal Sudirman Kav. 7-8 Jakarta 10220, baik sendiri-sendiri

---

<sup>311</sup> MK, Risalah Sidang MK, 17 Februari 2012, h. 4.

maupun bersama-sama bertindak untuk dan atas nama pemberi kuasa; setelah membaca permohonan dari para Pemohon; Mendengar keterangan dari para Pemohon; Memeriksa bukti-bukti dari para Pemohon; Mendengar keterangan ahli dari para Pemohon; Mendengar dan membaca keterangan tertulis dari Pemerintah ; Mendengar dan membaca keterangan tertulis dari Dewan Perwakilan Rakyat; dan membaca kesimpulan tertulis dari para Pemohon; menjelaskan duduk perkara bahwa para Pemohon telah mengajukan permohonan bertanggal 14 Juni 2010 yang diterima Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada hari Senin tanggal 14 Juni 2010 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 211/PAN.MK/2010 dan diregistrasi pada Rabu tanggal 23 Juni 2010 dengan Nomor 46/PUU-VIII/2010, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 9 Agustus 2010, berikut Risalah Sidang Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010:

A. Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) para Pemohon

1. Bahwa Pemohon adalah Perorangan warga negara Indonesia;

2. Bahwa Pasal 51 Ayat (1) UU MK menyatakan:

Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

- a. Perorangan warga negara Indonesia;
- b. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan

- prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- c. Badan hukum publik atau privat; atau
  - d. Lembaga negara.

Selanjutnya Penjelasan Pasal 51 Ayat (1) UU MK menyatakan:

Yang dimaksud dengan "hak konstitusional" adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945;

Dengan demikian, Pemohon diklasifikasi sebagai perorangan warga negara Indonesia yang dirugikan hak konstitusionalnya disebabkan diperlakukan berbeda di muka hukum terhadap status hukum perkawinannya oleh undang-undang;

3. Bahwa berdasarkan ketentuan tersebut, maka terdapat dua syarat yang harus dipenuhi untuk permohonan uji materiil ini, yaitu apakah Pemohon memiliki *legal standing* dalam perkara permohonan uji materiil undang-undang ini? Syarat kesatu adalah kualifikasi untuk bertindak sebagai Pemohon sebagaimana diuraikan dalam Pasal 51 Ayat (1) UU MK. Syarat kedua adalah bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut dirugikan dengan berlakunya suatu undang-undang;

4. Bahwa telah dijelaskan terdahulu, Pemohon adalah warga negara Indonesia yang merupakan "Perorangan Warga Negara Indonesia", sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 Ayat (1) UU MK. Karenanya, Pemohon memiliki kualifikasi sebagai Pemohon dalam permohonan uji materiil ini;

5. Bahwa sesuai dengan ketentuan Pasal 2 Ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan: "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu", sehingga oleh karenanya pernikahan yang telah dilakukan oleh Pemohon adalah sah dan hal itu juga telah dikuatkan dengan Putusan Pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) sebagaimana tercantum dalam amar Penetapan atas Perkara Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs., tanggal 18 Juni 2008, halaman ke-5, alenia ke-5 yang menyatakan:

"... Bahwa pada tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pernikahan antara Pemohon (Hj. Aisyah Mochtar alias Machicha binti H. Mochtar Ibrahim) dengan seorang laki-laki bernama Drs. Moerdiono, dengan wali nikah almarhum H. Mochtar Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi, masing-masing bernama almarhum K.H. M. Yusuf Usman dan Risman, dengan mahar berupa seperangkat alat shalat, uang 2.000 Riyal (mata uang Kerajaan Arab Saudi),

satu set perhiasan emas, berlian dibayar tunai dan dengan ijab yang diucapkan oleh wali tersebut dan qobul diucapkan oleh laki-laki bernama Drs. Moerdiono;

6. Bahwa Pasal 2 Ayat (2) UU Perkawinan menyatakan:

“Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.”

Dengan berlakunya Pasal 2 Ayat (2) UU Perkawinan, maka hak-hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara Indonesia yang dijamin oleh Pasal 28B Ayat (1) dan Ayat (2) serta Pasal 28D Ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan;

Pasal 28B Ayat (1) UUD 1945 menyatakan:

“Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.”

Ketentuan UUD 1945 ini melahirkan norma konstitusi bahwa Pemohon yang merupakan warga negara Indonesia memiliki hak yang setara dengan warga negara Indonesia lainnya dalam membentuk keluarga dan melaksanakan perkawinan tanpa dibedakan dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum;

Sedangkan Pasal 28B Ayat (2) UUD 1945 menyatakan:



“Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.”

Ketentuan UUD 1945 ini jelas melahirkan norma konstitusi bahwa anak Pemohon juga memiliki hak atas status hukumnya dan diperlakukan sama di hadapan hukum. Artinya, UUD 1945 mengedepankan norma hukum sebagai bentuk keadilan terhadap siapapun tanpa diskriminatif. Tetapi, UU Perkawinan berkata lain yang mengakibatkan Pemohon dirugikan hak konstitusionalnya. Secara konstitusional, siapapun berhak melaksanakan perkawinan sepanjang itu sesuai dengan agama dan kepercayaannya masing-masing. Dalam hal ini, Pemohon telah melaksanakan perkawinannya sesuai dengan norma agama yang dianutnya yaitu Islam, serta sesuai dengan rukun nikah sebagaimana diajarkan oleh Islam. Bagaimana mungkin norma agama direduksi oleh norma hukum sehingga perkawinan yang sah menjadi tidak sah. Akibat dari direduksinya norma agama oleh norma hukum, tidak saja perkawinan Pemohon status menjadi tidak jelas tetapi juga mengakibatkan keberadaan eksistensi anaknya di muka hukum menjadi tidak sah;

7. Bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan:

“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.”

Berdasarkan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, maka anak Pemohon hanya mempunyai hubungan keperdataan ke ibunya, dan hal yang sama juga dianut dalam Islam. Hanya saja hal ini menjadi tidak benar, jika norma hukum UU Perkawinan menyatakan seorang anak di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena berpijak pada sah atau tidaknya suatu perkawinan menurut norma hukum. Begitupun dalam Islam, perkawinan yang sah adalah berdasarkan ketentuan yang telah diatur berdasarkan Al-Quran dan Sunnah, dalam hal ini, perkawinan Pemohon adalah sah dan sesuai rukun nikah serna norma agama sebagaimana diajarkan Islam. Perkawinan Pemohon bukanlah karena perbuatan zina atau setidak-tidaknya dianggap sebagai bentuk perzinahan. Begitu pula anaknya adalah anak yang sah. Dalam pandangan Islam hal yang berbeda dan sudah barang tentu sama dengan ketentuan dalam UU Perkawinan adalah menyangkut seorang wanita yang hamil dan tidak terikat dalam perkawinan maka nasab anaknya adalah dengan ibu dan keluarga ibunya. Jadi, pertanyaannya adalah bagaimana mungkin perkawinan yang sah menurut norma agama, tetapi norma hukum meredusinya menjadi tidak sah?

Dengan berlakunya Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, maka hak-hak konstitusional Pemohon selaku ibu dan anaknya untuk mendapatkan pengesahan atas pernikahannya serta

status hukum anaknya yang dijamin oleh Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan;

8. Bahwa Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 menyatakan:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”

Merujuk pada ketentuan UUD 1945 ini maka Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak senafas dan sejalan serta telah merugikan hak konstitusional Pemohon sekaligus anaknya. Ditilik berdasarkan kepentingan norma hukum jelas telah meredusir kepentingan norma agama karena pada dasarnya sesuatu yang oleh norma agama dipandang telah sah dan patut menjadi berbeda dan tidak sah berdasarkan pendekatan memaksa dari norma hukum. Akibat dari bentuk memaksa yang dimiliki norma hukum dalam UU Perkawinan adalah hilangnya status hukum perkawinan Pemohon dan anak Pemohon. Dengan kata lain, norma hukum telah melakukan pelanggaran terhadap agama;

9. Bahwa sementara itu, Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyebabkan kerugian terhadap hak konstitusional Pemohon dan anaknya yang timbul

berdasarkan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, yakni hak untuk mendapatkan pengesahan terhadap perkawinan sekaligus status hukum anak Pemohon. Sebagai sebuah peraturan perundang-undangan, maka Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan mempunyai kekuatan mengikat dan wajib ditaati oleh segenap rakyat meskipun menimbulkan kerugian konstitusional bagi Pemohon.<sup>312</sup>

10. Bahwa berdasarkan semua uraian tersebut, jelas menunjukkan bahwa Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk bertindak sebagai Pemohon dalam permohonan uji materiil undang-undang;
11. Bahwa Pemohon merupakan pihak yang secara langsung mengalami dan merasakan hak konstitusionalnya dirugikan dengan diundangkannya UU Perkawinan terutama berkaitan dengan Pasal 1 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1). Pasal ini ternyata justru ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi Pemohon berkaitan dengan status perkawinan dan status hukum anaknya yang dihasilkan dari hasil perkawinan;
12. Bahwa hak konstitusional Pemohon yang telah dilanggar dan merugikan tersebut adalah hak sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) dan pasal 28B ayat (2) UUD 1945.

---

<sup>312</sup> *ibid*, h. 6.

Berdasarkan ketentuan pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 tersebut, maka Pemohon dan anaknya memiliki hak konstitusional untuk mendapatkan pengesahan atas perkawinan dan status hukum anaknya. Hak konstitusional yang dimiliki oleh Pemohon telah dicerai oleh norma hukum UU Perkawinan. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan Pemohon adalah sah dan sesuai dengan rukun nikah dalam Islam. Merujuk ke norma konstitusional yang termaktub dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 maka perkawinan Pemohon yang dilangsungkan sesuai dengan rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan. Norma hukum yang mengharuskan sebuah perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku telah mengakibatkan perkawinan yang sah dan sesuai dengan rukun nikah agama Islam menjadi tidak sah menurut norma hukum. Kemudian hal ini berdampak ke status anak yang dilahirkan Pemohon ikut menjadi tidak sah menurut norma hukum UU Perkawinan terhadap perkawinan Pemohon. Hal senada juga disampaikan oleh Van Kan: "Kalau pelaksanaan norma-norma hukum tersebut tidak mungkin dilakukan, makatata hukum akan memaksakan hal lain, yang sedapat mungkin mendekati apa yang dituju norma-norma hukum

yang bersangkutan atau menghapus akibat-akibat dari pelanggaran norma-norma hukum itu.”<sup>313</sup>

13. Bahwa konsekuensi dari ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tersebut adalah setiap orang memiliki kedudukan dan hak yang sama termasuk haknya untuk mendapatkan pengesahan atas perkawinan dan status hukum anaknya. Norma konstitusi yang timbul dari Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) adalah adanya persamaan dan kesetaraan di hadapan hukum. Tidak ada diskriminasi dalam penerapan norma hukum terhadap setiap orang dikarenakan cara perkawinan yang ditempuhnya berbeda dan anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut adalah sah di hadapan hukum serta tidak diperlakukan berbeda, tetapi dalam praktiknya justru norma agama telah diabaikan oleh kepentingan pemaksa yaitu norma hukum. Perkawinan Pemohon yang sudah sah berdasarkan rukun nikah dan norma agama Islam, menurut norma hukum menjadi tidak sah karena tidak tercatat menurut Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan. Akibatnya, pemberlakuan norma hukum ini berdampak terhadap status hukum anak yang dilahirkan dari perkawinan Pemohon menjadi anak luar kawin berdasarkan norma hukum dalam Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan. Di

---

<sup>313</sup> Van Kan, Pengantar Ilmu Hukum (Terjemahan dari *Inleiding tot de Rechtswetenschap* oleh Mr. Moh. O. Masduki), Jakarta: PT Pembangunan, Cet. ke-3, 1960, h. 9-11.

sisi lain, perlakuan diskriminatif ini sudah barang tentu menimbulkan permasalahan karena status seorang anak di muka hukum menjadi tidak jelas dan sah, padahal dalam UUD 1945 dinyatakan anak terlantar saja, yang status orang tuanya tidak jelas, dipelihara oleh negara, dan hal yang berbeda diperlakukan terhadap anak Pemohon yang dihasilkan dari perkawinan yang sah, sesuai dengan rukun nikah dan norma agama justru dianggap tidak sah oleh UU Perkawinan. Konstitusi Republik Indonesia tidak menghendaki sesuatu yang sudah sesuai dengan norma agama justru dianggap melanggar hukum berdasarkan norma hukum. Bukankah hal ini merupakan pelanggaran oleh norma hukum terhadap norma agama;

14. Bahwa dalam kedudukannya sebagaimana diterangkan terdahulu, maka telah terbukti Pemohon memiliki hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian konstitusional dengan berlakunya UU Perkawinan, khususnya Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1), yaitu yang berkaitan dengan pencatatan perkawinan dan hubungan hukum anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak dicatatkan. Telah terjadi pelanggaran atas hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara Republik Indonesia, karena Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang berkaitan dengan pencatatan perkawinan dan hubungan hukum anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak

dicatatkan. Telah terjadi pelanggaran atas hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara Indonesia, karena Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Hal ini mengakibatkan perkawinan Pemohon yang telah dilakukan secara sesuai dengan agama yang dianut Pemohon tidak mendapatkan kepastian hukum sehingga menyebabkan pula anak hasil perkawinan Pemohon juga tidak mendapatkan kepastian hukum padahal jelas hak konstitusional dari anak telah diatur dan diakui dalam Pasal 29B ayat (2) UUD 1945. Kenyataannya sejak lahir anak Pemohon telah mendapatkan perlakuan diskriminatif yaitu dengan dihilangkannya asal-usul dari anak Pemohon dengan hanya mencantumkan nama Pemohon dalam akta kelahirannya dan negara telah menghilangkan hak anak untuk kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang karena dengan hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya menyebabkan suami dari Pemohon tidak mempunyai kewajiban hukum untuk memelihara, mengasuh dan membiayai anak Pemohon. Tidak ada seorang anakpun yang dilahirkan di muka bumi ini dipersalahkan dan perlakuan diskriminatif karena cara perkawinan yang ditempuh kedua orang tuanya berbeda tetapi sah menurut ketentuan norma agama. Anak tersebut



adalah anak yang sah secara hukum dan wajib diperlakukan sama di hadapan hukum;

Kenyataannya maksud dan tujuan diundangkannya UU Perkawinan berkaitan dengan pencatatan perkawinan dan anak yang lahir dari sebuah perkawinan yang tidak dicatatkan, dianggap sebagai anak yang lahir di luar perkawinan sehingga hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya. Kenyataan ini telah memberikan ketidakpastian secara hukum dan mengganggu serta mengusik perasaan keadilan yang tumbuh dan hidup di masyarakat, sehingga merugikan Pemohon;

Kelahiran anak Pemohon ke dunia ini bukanlah suatu kehadiran yang tanpa sebab, tetapi sebagai hasil hubungan kasih-sayang antara kedua orang tuanya (Pemohon dan suaminya), namun akibat dari ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, menyebabkan suatu ketidakpastian hukum hubungan antara anak dengan ayahnya. Hal tersebut telah melanggar konstitusional anak untuk mengetahui asal-usulnya. Juga menyebabkan beban psikis terhadap anak dikarenakan tidak adanya pengakuan dari ayahnya atas kehadirannya di dunia. Tentu saja hal tersebut menyebabkan kecemasan, ketakutan dan ketidaknyamanan anak dalam pergaulannya di masyarakat;

15. Bahwa Pemohon secara objektif mengalami kerugian materi atau finansial, yaitu Pemohon harus menanggung biaya untuk kehidupan Pemohon serta untuk membiayai dalam rangka pengasuhan dan pemeliharaan anak. Hal ini dikarenakan adanya ketentuan dalam UU Perkawinan yang menyebabkan tidak adanya kepastian hukum atas perkawinan Pemohon dan anak yang dihasilkan dari perkawinan tersebut, akibatnya Pemohon tidak bisa menuntut hak atas kewajiban suami memberikan nafkah lahir dan batin serta biaya untuk mengasuh dan memelihara anak. Tegasnya, UU Perkawinan tidak mencerminkan rasa keadilan di masyarakat dan secara objektif-empiris telah memasung hak konstitusional Pemohon sebagai warga negara Republik Indonesia untuk memperoleh kepastian hukum dan terbebas dari rasa cemas, ketakutan dan diskriminasi terkait perkawinan dan status hukum anaknya. Bukankah Van Apeldoorn dalam bukunya *Inleiding tot de Rechtswetenschap in Nederland* menyatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk mengatur pergaulan hidup secara damai. Hukum menghendaki kedamaian. Kedamaian di antara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang tertentu yaitu kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda dan lain sebagainya terhadap yang merugikannya. Kepentingan individu dan kepentingan golongan-golongan manusia selalu

bertentangan satu sama lain. Pertentangan kepentingan-kepentingan ini selalu akan menyebabkan pertikaian dan kekacauan satu sama lain kalau tidak diatur oleh hukum untuk menciptakan kedamaian dengan mengadakan keseimbangan antara kepentingan yang dilindungi, di mana setiap orang harus memperoleh sedapat mungkin yang menjadi haknya.<sup>314</sup>

Norma konstitusi yang termaktub dalam UUD 1945 salah satunya mengandung tujuan hukum. Tujuan hukum dapat ditinjau dari teori etis (*etische theorie*) yang menyatakan hukum hanya semata-mata bertujuan mewujudkan keadilan. Kelemahannya adalah peraturan tidak mungkin dibuat untuk mengatur setiap orang dan setiap kasus, tetapi dibuat untuk umum, yang sifatnya abstrak dan hipotesis, dan kelemahan lainnya adalah hukum tidak selalu mewujudkan keadilan, di sisi lain menurut teori utilitas (*utilities theorie*), hukum bertujuan mewujudkan semata-mata apa yang berfaedah saja. Hukum bertujuan menjamin adanya kebahagiaan sebanyak-banyaknya pada orang sebanyak-banyaknya. Kelemahannya adalah hanya memperhatikan hal-hal umum, dan terlalu individualistis, sehingga tidak memberikan kepuasan bagi perasaan hukum. Teori selanjutnya adalah campuran dari kedua teori tersebut yang dikemukakan

---

<sup>314</sup> Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum* (Terj. *Inleiding tot de Studie van Het Nederlandse Recht* oleh Mr. Oetarid Sadino), Jakarta: Noordhoff-kalff N.V., Cet. Ke-4, 1958, h. 13.

misalnya oleh Bellefroid yang menyatakan bahwa isi hukum harus ditentukan menurut dua asas, yaitu keadilan dan faedah. Utrecht menyatakan hukum bertugas menjamin adanya kepastian hukum (*rechtszekerheid*) dalam pergaulan manusia. Pada tugas itu tersimpul dua tugas lain yaitu harus menjamin keadilan serta hukum tetap berguna, dalam kedua tugas tersebut tersimpul pula tugas ketiga yaitu hukum bertugas polisionil (*politioenele taat ven het recht*), hukum menjaga agar dalam masyarakat tidak terjadi main hakim sendiri (*eifgenrichting*). Wirjono Prodjodikoro berpendapat bahwa tujuan hukum mengadakan keselamatan bahagia dan tertib dalam masyarakat.<sup>315</sup>

16. Berdasarkan semua hal yang telah diuraikan tersebut, maka MK berwenang untuk mengadili dan memutuskan Perkara Permohonan Uji Materiil Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan terhadap Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Berdasarkan semua hal yang telah diuraikan tersebut dan bukti-bukti terlampir maka dengan ini Pemohon memohon ke MK agar berkenan memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menerima dan mengabulkan permohonan Uji Materiil Pemohon untuk seluruhnya;

---

<sup>315</sup> Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Pustaka Kartini, Cet. ke-1, 1991, h. 23-26.

2. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan bertentangan dengan pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

3. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat dengan segala akibat hukumnya;

Atau jika Majelis Hakim berpendapat lain, maka dimohonkan Putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*);<sup>316</sup>

Untuk membuktikan dalil-dalinya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda Bukti P-1 sampai dengan Bukti P-6 yaitu: fotokopi UU Perkawinan, fotokopi Penetapan Pengadilan Agama Tangerang Nomor 46/Pdt.P/2008/PA.Tgrs, fotokopi Rekomendasi Komisi Perlindungan Anak Nomor 230/KPAI/VII/2007, fotokopi Surat Tanda Penerimaan Pengaduan Komisi Perlindungan Anak Indonesia Nomor 07/KPAI/II/2007, Fotokopi Surat Nomor 173/KH.M&M/K/X/2006 perihal Somasi tertanggal 16 Oktober 2006 dan fotokopi Surat Nomor 03/KH.M&M/K/I/2007 perihal Undangan dan Klarifikasi tertanggal 12 Januari 2007. Selain itu Pemohon juga mengajukan ahli, yaitu Dr. H.M. Nurul Irfan, M.Ag, yang telah didengar keterangannya di bawah sumpah dan memberikan keterangan tertulis dalam persidangan tanggal 4 Mei 2011 yang pada pokoknya sebagai berikut:

---

<sup>316</sup> MK, op.cit., h. 11.

1. Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan telah jelas mengakui bahwa perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya;
2. Namun keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang menyebutkan tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, mengakibatkan adanya dua pemahaman. Di satu sisi, perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut agama atau kepercayaan masing-masing; di sisi lain perkawinan dimaksud tidak memiliki kekuatan hukum karena tidak dicatat;
3. Dari perspektif hukum Islam, perkawinan dinyatakan sah apabila telah memenuhi lima rukun, yaitu adanya calon mempelai pria, calon mempelai wanita, wali dari pihak mempelai wanita, dua orang saksi dan ijab qabul;
4. Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan tidak jelas, kabur, dan kotradiktif dengan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan, serta berdampak pada perkawinan seseorang yang telah memenuhi syarat dan rukun secara Islam tetapi karena tidak dicatat di KUA maka perkawinannya menjadi tidak sah;
5. Karena perkawinan tersebut tidak sah, lebih lanjut Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan mengatur bahwa anak dari perkawinan tersebut hanya memiliki nasab dan hubungan kekerabatan dengan ibu dan keluarga ibu. Pada akta

kelahirannya, anak tersebut akan ditulis sebagai anak dari ibu tanpa bapak;

6. Anak tersebut juga mengalami kerugian psikologis, dikucilkan masyarakat, kesulitan biaya pendidikan, kesehatan dan kesejahteraan lahiriah lainnya;
7. Keharusan mencatatkan perkawinan yang berimplikasi pada status anak yang lahir di luar perkawinan yang hanya memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945, karena anak yang seharusnya dilindungi tidak terlindungi hanya karena orang tuanya terlanjur melaksanakan perkawinan yang tidak dicatat;
8. Dalam hukum Islam, anak lahir dalam keadaan bersih dan tidak menanggung beban dosa orang tuanya. Islam tidak mengenal konsep dosa turunan atau pelimpahan dosa dari satu pihak ke pihak lainnya;
9. Pertanggungjawaban pidana dalam hukum Islam bersifat individu. Seseorang tidak dapat menanggung beban dosa orang lain, apalagi bertanggung jawab terhadap dosa orang lain, sebagaimana dinyatakan dalam AlQuran Surat Al-Isra'/17:15, Surat Al-An'am/6: 164, Surat Fathir/35: 18, Surat Az-Zumar/39: 7 dan Surat An-Najm/53: 38;
10. Islam mengenal konsep anak zina yang hanya bernasab kepada kandunginya, namun ini bukan anak dari perkawinan sah yang telah memenuhi syarat dan rukun. Anak yang lahir

dari perkawinan sah secara Islam, meskipun tidak dicatatkan pada instansi terkait, tetap harus bernasab kepada kedua orang tuanya;

11. Bahkan dalam Islam dilarang melakukan adopsi anak jika adopsi tersebut memutuskan hubungan nasab antara anak dengan bapak kandungnya. Jika anak yang akan diadopsi tidak diketahui asal muasal dan bapak kandungnya, maka diakui sebagai saudara seagama atau maula/anak angkat; dan bukan dianggap sebagai anak kandung;
12. Dalam fiqh, tidak pernah disebutkan bahwa perkawinan harus dicatat, tetapi terdapat perintah dalam AlQuran Surat An-Nisa' untuk manaati ulil amri (dalam hal ini Undang-Undang sebagai produk ulil amri);
13. Dengan demikian, Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan bersifat diskriminatif sehingga bertentangan dengan Pasal 27, Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945;
14. Jika Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan mengandung madharat, tetapi menghapusnya juga menimbulkan madharat, maka dalam kaidah hukum Islam, harus dipillih madharatnya yang paling ringan.<sup>317</sup>

Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Pemerintah menyampaikan keterangan secara lisan dalam persidangan tanggal 9 Februari 2011, dan menyampaikan

---

<sup>317</sup> *ibid.*, h. 14.



keterangan tertulis tertanggal 18 Februari 2011 dan diterima Kepaniteraan MK pada tanggal 30 Maret 2011, yang menyatakan bahwa Pemohon yang berkedudukan sebagai perorangan warga negara Indonesia mengajukan permohonan pengujian ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang pada intinya sebagai berikut:

- a. Bahwa menurut para Pemohon ketentuan pasal 2 ayat (2) dan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi para Pemohon, khususnya yang berkaitan dengan status perkawinan dan status hukum anak yang dihasilkan dari hasil perkawinan Pemohon I;
- b. Bahwa hak konstitusional para Pemohon telah dicerai oleh norma hukum dalam UU Perkawinan. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan Pemohon I adalah sah dan sesuai dengan rukun nikah dalam Islam. Merujuk ke norma konstitusional yang termaktub dalam Pasal 28B ayat (1) UU 1945 maka perkawinan Pemohon I yang dilangsungkan sesuai rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan, akibatnya menjadi tidak sah menurut norma hukum. Akibatnya, pemberlakuan norma hukum ini berdampak terhadap status hukum anak (Pemohon II) yang dilahirkan dari perkawinan Pemohon I menjadi

anak yang lahir di luar perkawinan berdasarkan ketentuan norma hukum dalam pasal 34 ayat (1) UU Perkawinan. Di sisi lain, perlakuan diskriminatif ini sudah barang tentu menimbulkan permasalahan karena status seorang anak di muka hukum menjadi tidak jelas dan tidak sah.

- c. Singkatnya menurut Pemohon, ketentuan *a quo* telah menimbulkan perlakuan yang tidak sama di hadapan hukum serta menciptakan perlakuan yang bersifat diskriminatif, karena menurut para Pemohon ketentuan *a quo* dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Terkait dengan kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon, maka agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum dalam permohonan pengujian UU terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya dalam permohonan *a quo* sebagaimana disebut dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dalam kualifikasi dimaksud yang dianggap telah

dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang diuji;

- c. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon sebagai akibat berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian.

Jika memperhatikan hal-hal tersebut diatas, maka para Pemohon dalam permohonan ini memiliki kualifikasi atau bertindak selaku perorangan warga negara Indonesia, yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya telah dirugikan atas berlakunya undang-undang *a quo* atau anggapan kerugian tersebut sebagai akibat berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut.

Bahwa dari seluruh uraian permohonan para Pemohon, menurut Pemerintah anggapan kerugian hak dan/hak kewenangan konstitusionalitas yang terjadi terhadap diri para Pemohon, bukanlah karena berlakunya dan/atau sebagai akibat berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian tersebut, karena pada kenyataannya yang dialami oleh Pemohon I dalam melakukan perkawinan dengan seroang laki-laki yang telah beristri tidak memenuhi prosedur, tata cara dan persyaratan sebagaimana diatur dalam Pasal 2 ayat (2),

Pasal 3 ayat (2), Pasal 4, Pasal 5, Pasal 9 dan Pasal 12 UU Perkawinan serta PP Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU Perkawinan, oleh karenanya maka perkawinan poligami yang dilakukan oleh Pemohon tidak dapat dicatat. Seandainya perkawinan Pemohon I dilakukan sesuai dengan ketentuan hukum yang terdapat dalam undang-undang a quo, maka Pemohon I tidak akan mendapatkan hambatan dalam melakukan pencatatan perkawinan, dan dijamin bahwa Pemohon I akan memperoleh status hukum perkawinan yang sah dan mendapat hak status anak yang dilahirkannya. Karena itu, Pemerintah melalui Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi memohon kiranya para Pemohon dapat membuktikan terlebih dahulu apakah benar sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, utamanya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji tersebut.<sup>318</sup>

Berdasarkan uraian tersebut di atas, menurut Pemerintah permasalahan yang terjadi terhadap para Pemohon adalah tidak terkait dengan masalah

---

<sup>318</sup> *ibid.*, h. 15-16.

konstitusionalitas keberlakuan materi muatan norma Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan untuk diuji tersebut, akan tetapi berkaitan dengan ketidakpatuhan terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku yang dilakukan secara sadar dan nalar yang sepatutnya dapat diketahui resiko akibat hukumnya dikemudian hari.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, menurut Pemerintah adalah tepat jika MK secara bijaksana menyatakan permohonan para Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*). Namun demikian, Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Mahkamah Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilainya apakah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak dalam Permohonan Pengujian Undang-Undang *a quo*, sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK maupun berdasarkan putusan-putusan MK terdahulu (*vide* Putusan MK Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan MK Nomor 11/PUU-V/2007). Pemerintah memberikan penjelasan/ argumentasi secara rinci terhadap dalil-dalil maupun anggapan para Pemohon tersebut di atas, bahwa secara umum UU Perkawinan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Bahwasanya perkawinan adalah sebuah pranata untuk mengesahkan hubungan dua anak manusia yang berbeda jenis kelamin sehingga menjadi

pasangan suami istri. Secara umum perkawinan dimaksudkan untuk membentuk sebuah kehidupan keluarga yang lestari, utuh, harmonis, bahagia lahir dan batin. Karena itu dengan sendirinya diperlukan kesesuaian dari kedua belah pihak yang akan menyatu menjadi satu dalam sebuah unit terkecil dalam masyarakat, sehingga latar belakang kehidupan kedua belah pihak menjadi penting, dan salah satu latar belakang kehidupan itu adalah agama. Agama menurut ahli sosiologi merupakan sesuatu yang sangat potensial untuk menciptakan integrasi, tetapi di sisi lain sangat mudah sekali untuk memicu konflik. Karenanya jika UU Perkawinan menganut aliran *monotheism* tidak semata-mata karena mengikuti ajaran agama tertentu saja, yang mengharamkan adanya perkawinan beda agama, melainkan juga karena persamaan agama lebih menjanjikan terciptanya sebuah keluarga yang kekal, harmonis, bahagia lahir dan batin, daripada menganut aliran *heterotheism* (antar agama) yang sangat rentan terhadap terjadinya perpecahan, tidak harmonis, tidak bahagia dan tidak sejahtera.

Perkawinan adalah salah satu bentuk perwujudan hak-hak konstitusional warga negara yang harus dihormati (*to respect*), dilindungi (*to protect*) oleh setiap orang dalam tertib kehidupan bermasyarakat,

berbangsa, dan bernegara sebagaimana tercantum dalam UUD 1945, dinyatakan secara tegas dalam Pasal 28B ayat (1): "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah", dan Pasal 28J ayat (1): "Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib bermasyarakat, berbangsa dan bernegara". Dengan demikian perlu disadari bahwa di dalam hak-hak konstitusional tersebut, terkandung kewajiban penghormatan atas hak-hak konstitusional orang lain. Sehingga tidaklah mungkin hak-hak konstitusional yang diberikan oleh negara tersebut dapat dilaksanakan sebebas-bebasnya oleh setiap orang, karena bisa jadi pelaksanaan hak konstitusional seseorang justru akan melanggar hak konstitusional orang lain, karenanya diperlukan adanya pengaturan pelaksanaan hak-hak konstitusional tersebut. Pengaturan tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama,

keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

Meskipun pengaturan yang dituangkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, pada hakikatnya adalah mengurangi kebebasan, namun pengaturan tersebut bertujuan dalam rangka kepentingan nasional atau kepentingan masyarakat luas, yakni agar pelaksanaan hak konstitusional seseorang tidak mengganggu hak konstitusional orang lain. Selain itu pengaturan pelaksanaan hak konstitusional tersebut merupakan konsekuensi logis dari kewajiban negara yang diamanatkan oleh Pembukaan UUD 1945, "... untuk membentuk Pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia, dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa ...”.

Artinya bahwa pembentukan Undang-Undang meskipun di dalamnya mengandung norma atau materi yang dianggap membatasi hak konstitusional seseorang, namun sesungguhnya hal tersebut merupakan bagian dari upaya yang dilakukan oleh negara dalam rangka melindungi segenap bangsa Indonesia, untuk memajukan ketertiban umum, kesejahteraan, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan lain sebagainya.



Sebagaimana halnya ketentuan yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, adalah perwujudan pelaksanaan hak-hak konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 khususnya hak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan, akan tetapi ketentuan *a quo* sekaligus memberi batasan terhadap pelaksanaan hak konstitusional yang semata-mata bertujuan untuk melindungi warga negara untuk terciptanya masyarakat adil makmur dan sejahtera, seperti yang dicita-citakan dalam Pembukaan UUD 1945. Oleh karenanya perkawinan adalah suatu lembaga yang sangat menentukan terbentuknya sebuah keluarga yang bahagia dan sejahtera, maka keluarga yang merupakan unit terkecil dalam masyarakat itulah yang akan membentuk masyarakat bangsa Indonesia menjadi masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera. Jika keluarga yang terbentuk adalah keluarga yang tidak harmonis, tidak bahagia, dan tidak sejahtera, mustahil akan terbentuk masyarakat Indonesia menjadi masyarakat yang sejahtera.

Dengan demikian, maka UU Perkawinan telah sejalan dengan amanat konstitusi dan karenanya tidak bertentangan dengan UUD 1945, karena UU Perkawinan tidak mengandung materi muatan yang mengurangi dan

menghalang-halangi hak seseorang untuk melakukan perkawinan, akan tetapi UU Perkawinan mengatur bagaimana sebuah perkawinan seharusnya dilakukan sehingga hak-hak konstitusional seseorang terpenuhi tanpa merugikan hak-hak konstitusional orang lain.

Sehubungan dengan anggapan para Pemohon dalam permohonannya yang menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, yaitu: Pasal 2 yang menyatakan: "*Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*". Pasal 43 yang menyatakan: Ayat (1): "*Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*"

Ketentuan tersebut di atas oleh para Pemohon dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1), UUD 1945, yang menyatakan: "*Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah*". Pasal 28B ayat (2): "*Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi*". Pasal 28D ayat (1): "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*".

Terhadap anggapan para Pemohon tersebut di atas, Pemerintah dapat menyampaikan penjelasan bahwa perkawinan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 UU Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Untuk itu suami istri perlu saling membantu dan melengkapi, agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya membantu dan mencapai kesejahteraan spiritual dan material. Kemudian pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang *a quo* menyatakan bahwa "*suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu*"; dan pada Pasal 2 ayat (2) dinyatakan bahwa "*Tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*". Bahwa menurut Undang-Undang *a quo*, sahnya perkawinan disandarkan kepada hukum agama masing-masing, namun demikian suatu perkawinan belum dapat diakui keabsahannya apabila tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Pencatatan perkawinan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2) bertujuan untuk: a. tertib administrasi perkawinan; b. memberikan kepastian dan perlindungan terhadap status hukum suami, istri maupun anak; dan c. memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak-hak tertentu yang timbul karena perkawinan seperti hak waris, hak untuk memperoleh akte kelahiran, dan lain-lain; Pemerintah tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) telah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, karena

pencatatan perkawinan bukanlah dimaksudkan untuk membatasi hak asasi warga negara melainkan sebaliknya yakni melindungi warga negara dalam membangun keluarga dan melanjutkan keturunan, serta memberikan kepastian hukum terhadap hak suami, istri, dan anak-anaknya. Bahwa Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* memang tidak berdiri sendiri, karena frasa "dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku" memiliki pengertian bahwa pencatatan perkawinan tidak serta merta dapat dilakukan, melainkan bahwa pencatatan harus mengikuti persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan agar hak-hak suami, istri, dan anak-anaknya benar-benar dapat dijamin dan dilindungi oleh negara. Persyaratan dan prosedur tersebut meliputi ketentuan yang diatur dalam Pasal 3 ayat (2), Pasal 4, Pasal 5, Pasal 9, dan Pasal 12 UU Perkawinan, dan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU Perkawinan khususnya Pasal 2 sampai dengan Pasal 9. Bahwa benar UU Perkawinan menganut asas monogami, akan tetapi tidak berarti bahwa undang-undang ini melarang seorang suami untuk beristri lebih dari seorang (poligami). Apabila dikehendaki, seorang suami dapat melakukan poligami dengan istri kedua dan seterusnya, akan tetapi hal tersebut hanya dapat dilakukan setelah yang bersangkutan memenuhi persyaratan dan prosedur yang ditetapkan dalam Undang-Undang *a quo* khususnya sebagaimana ditentukan dalam Pasal 3 ayat (2), Pasal 4 dan Pasal 5 serta PP Nomor 9 Tahun 1975.

Apabila suatu perkawinan poligami tidak memenuhi ketentuan UU Perkawinan, maka perkawinan tersebut tidak dapat dicatatkan di KUA atau Kantor Catatan Sipil, dengan segala akibat hukumnya antara lain: tidak

mempunyai status perkawinan yang sah, dan tidak mempunyai status hak waris bagi suami, istri, dan anak-anaknya. Bahwa ketentuan mengenai persyaratan dan prosedur perkawinan poligami yang diatur dalam UU Perkawinan berlaku untuk setiap warga negara Indonesia dan tidak memberikan perlakuan yang diskriminatif terhadap orang atau golongan tertentu termasuk terhadap para Pemohon. Di samping itu ketentuan tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi: "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis*".

Dari uraian ini, tergambar dengan jelas dan tegas bahwa pencatatan perkawinan baik di KUA maupun Kantor Catatan Sipil menurut Pemerintah tidak terkait dengan masalah konstitusionalitas keberlakuan materi muatan norma yang dimohonkan pengujian oleh para Pemohon. Dengan demikian maka ketentuan Pasal 2 ayat (2) tersebut tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Terhadap ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan dapat dijelaskan sebagai berikut: Bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyatakan: "*Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*", menurut Pemerintah bertujuan untuk memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap hubungan keperdataan antara anak dan ibunya serta

keluarga ibunya, karena suatu perkawinan yang tidak dicatat dapat diartikan bahwa peristiwa perkawinan tersebut tidak ada, sehingga anak yang lahir di luar perkawinan yang tidak dicatat menurut Undang-Undang *a quo* dikategorikan sebagai anak yang lahir di luar perkawinan yang sah. Ketentuan dalam pasal ini merupakan konsekuensi logis dari adanya pengaturan mengenai persyaratan dan prosedur perkawinan yang sah atau sebaliknya yang tidak sah berdasarkan Undang-Undang *a quo*, karenanya menjadi tidak logis apabila undang-undang memastikan hubungan hukum seorang anak yang lahir dari seorang perempuan, memiliki hubungan hukum sebagai anak dengan seorang laki-laki yang tidak terikat dalam suatu perkawinan yang sah.

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, menurut Pemerintah ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang *a quo* justru bertujuan untuk memberikan perlindungan dan kepastian hukum terhadap hubungan keperdataan antara anak dan ibunya serta keluarga ibunya. Oleh karena itu menurut Pemerintah Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 kaena apabila perkawinan tersebut dilakukan secara sah maka hak-hak para Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dapat dipenuhi. Lebih lanjut Pemerintah juga tidak sependapat dengan anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa ketentuan-ketentuan tersebut di atas telah memberikan perlakuan dan pembatasan yang bersifat diskriminatif terhadap Pemohon, karena pembatasan yang demikian telah sejalan dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945, yang menyatakan

bahwa: "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis".

Berdasarkan uraian tersebut di atas ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Mahkamah Konstitusi yang mengadili permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap UUD 1945, dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*);
2. Menolak permohonan pengujian para Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian para Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);
3. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
4. Menyatakan ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;

Namun demikian apabila Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

Terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat memberikan keterangan dalam persidangan tanggal 9 Februari 2011 dan menyampaikan keterangan yang diterima Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 24 Februari 2011, yang menguraikan bahwa dalil-dalil Pemohon sebagaimana diuraikan dalam Permohonan *a quo*, DPR dalam penyampaian pandangannya terlebih dahulu menguraikan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon sebagai Pihak telah diatur dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK, yang menyatakan bahwa "*Para Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang, yaitu: a. perorangan warga negara Indonesia; b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang; c. badan hukum publik atau privat; atau d. lembaga negara.*"

Hak dan/atau kewenangan konstitusional yang dimaksud ketentuan Pasal 51 ayat (1) tersebut, dipertegas dalam penjelasannya, bahwa "*yang dimaksud dengan "hak konstitusional" adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*" Ketentuan Penjelasan Pasal 51 ayat (1) ini menegaskan, bahwa hanya hak-hak yang secara eksplisit diatur dalam UUD 1945 saja yang termasuk "hak konstitusional". Oleh karena itu, menurut UU MK, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan



hukum (*legal standing*) dalam permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya sebagai Pemohon dalam permohonan *aquo* sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud dalam "Penjelasan Pasal 51 ayat (1)" dianggap telah dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang.

Mengenai parameter kerugian konstitusional, Mahkamah Konstitusi telah memberikan pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu Undang-Undang harus memenuhi 5 (lima) syarat (*vide* Putusan Perkara Nomor 006/PUU-III/2005 dan Perkara Nomor 011/PUU-V/2007) yaitu sebagai berikut:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon tersebut dianggap oleh para Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
- c. bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;

- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Apabila kelima syarat tersebut tidak dipenuhi oleh para Pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang *a quo*, maka para Pemohon tidak memiliki kualifikasi kedudukan hukum (*legal standing*) sebagai Pemohon.

Menanggapi permohonan para Pemohon *a quo*, DPR berpandangan bahwa para Pemohon harus dapat membuktikan terlebih dahulu apakah benar para Pemohon sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, khususnya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagai dampak dari diberlakukannya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji.

Terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) tersebut, DPR menyerahkan sepenuhnya kepada Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilai apakah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak sebagaimana yang diatur oleh Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 006/PUU-III/2005 dan Perkara Nomor 011/PUU-V/2007.

Terhadap dalil para Pemohon yang menyatakan bahwa berlakunya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan telah menghalang-halangi pelaksanaan hak konstitusionalnya untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah, hak anak dalam perkawinan, dan kepastian hukum atas status perkawinannya sebagaimana diatur dalam Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 telah dirugikan, DPR menyampaikan penjelasan sebagai berikut:

1. Bahwa perlu dipahami oleh para Pemohon, bahwa untuk memahami UU Perkawinan terkait dengan ketentuan Pasal Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan pengujian, dipandang perlu untuk memahami dahulu pengertian dari Perkawinan yaitu ikatan lahir dan batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa. Ketentuan ini mengandung makna bahwa perkawinan sebagai ikatan antara seorang pria dan seorang wanita berhubungan erat dengan agama/kerohanian. Jika dilihat dari pengertiannya maka setiap perkawinan yang dilakukan berdasarkan agama adalah sah. Namun jika dikaitkan dengan tujuan perkawinan untuk membentuk keluarga yang bahagia dan sejahtera serta keturunan, maka akibat dari perkawinan memunculkan hak dan kewajiban keperdataan.
2. Bahwa untuk menjamin hak-hak keperdataan dan kewajibannya yang timbul dari akibat perkawinan yang sah maka setiap perkawinan perlu

dilakukan pencatatan. Meskipun perkawinan termasuk dalam lingkup keperdataan, namun negara wajib memberikan jaminan kepastian hukum dan memberikan perlindungan hukum kepada pihak-pihak yang terkait dalam perkawinan (suami, istri dan anak) terutama dalam hubungannya dengan pencatatan administrasi kependudukan terkait dengan hak keperdataan dan kewajibannya. Oleh karena itu pencatatan tiap-tiap perkawinan menjadi suatu kebutuhan formal untuk legalitas atas suatu peristiwa yang dapat mengakibatkan suatu konsekuensi yuridis dalam hak-hak keperdataan dan kewajibannya seperti kewajiban memberi nafkah dan hak waris. Pencatatan perkawinan dinyatakan dalam suatu akte resmi (akta otentik) dan dimuat dalam daftar pencatatan yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan. Bahwa tujuan pencatatan perkawinan yaitu sebagai berikut:

- a. untuk tertib administrasi perkawinan;
- b. jaminan memperoleh hak-hak tertentu (memperoleh akte kelahiran, membuat Kartu Tanda Penduduk, membuat Kartu Keluarga, dan lain-lain);
- c. memberikan perlindungan terhadap status perkawinan;
- d. memberikan kepastian terhadap status hukum suami, istri maupun anak;
- e. memberikan perlindungan terhadap hak-hak sipil yang diakibatkan oleh adanya perkawinan;

3. Bahwa atas dasar dalil tersebut, maka ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang berbunyi "*tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*" merupakan norma yang mengandung legalitas sebagai suatu bentuk formal perkawinan. Pencatatan perkawinan dalam bentuk akta perkawinan (akta otentik) menjadi penting untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan perlindungan hukum untuk setiap perkawinan. Dengan demikian DPR berpendapat bahwa dalil Pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan telah menimbulkan ketidakpastian hukum adalah anggapan yang keliru dan tidak berdasar.
  
4. Bahwa terhadap anggapan para Pemohon yang menyatakan bahwa para Pemohon tidak dapat melakukan pencatatan perkawinannya karena UU Perkawinan pada prinsipnya berasaskan monogami sehingga menghalanghalangi para Pemohon untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945, DPR merujuk pada Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 12/PUU-V/2007 dalam pertimbangan hukum halaman 97-98 menyebutkan: *Bahwa Pasal-Pasal yang tercantum dalam UU Perkawinan yang memuat alasan, syarat, dan prosedur poligami sesungguhnya semata-mata sebagai upaya untuk menjamin dapat dipenuhinya hak-hak istri dan calon istri yang menjadi kewajiban suami yang akan berpoligami dalam rangka mewujudkan tujuan perkawinan. Oleh karena itu penjabaran persyaratan poligami tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*

Dengan demikian alasan para Pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinannya karena UU Perkawinan pada prinsipnya berasas monogami adalah sangat tidak berdasar. Pemohon tidak dapat mencatatkan perkawinannya karena tidak dapat memenuhi persyaratan poligami sebagaimana diatur dalam UU Perkawinan. Oleh karena itu sesungguhnya persoalan para Pemohon bukan persoalan konstitusionalitas norma melainkan persoalan penerapan hukum yang tidak dipenuhi oleh para Pemohon.

5. Bahwa oleh karena itu, DPR berpandangan bahwa perkawinan yang tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dapat diartikan sebagai peristiwa perkawinan yang tidak memenuhi syarat formil, sehingga hal ini berimplikasi terhadap hak-hak keperdataan yang timbul dari akibat perkawinan termasuk anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat sebagaimana ditentukan dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.
6. Bahwa selain itu, perlu disampaikan bahwa anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dapat berimplikasi terhadap pembuktian hubungan keperdataan anak dengan ayahnya. Dengan demikian, anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat tersebut, tentu hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya.
7. Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, menurut DPR justru dengan berlakunya ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan akan menjamin terwujudnya tujuan perkawinan, serta memberikan perlindungan dan

kepastian hukum terhadap status keperdataan anak dan hubungannya dengan ibu serta keluarga ibunya. Apabila ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan ini dibatalkan justru akan berimplikasi terhadap kepastian hukum atas status keperdataan anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat. Dengan demikian ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Bahwa berdasarkan pada dalil-dalil tersebut di atas, DPR memohon kiranya Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang terhormat memberikan amar putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan permohonan *a quo* ditolak untuk seluruhnya atau setidaknya tidaknya permohonan *a quo* tidak dapat diterima;
2. Menyatakan Keterangan DPR diterima untuk seluruhnya;
3. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
4. Menyatakan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Apabila Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, kami mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

Menimbang bahwa Pemohon telah menyampaikan kesimpulan tertulis bertanggal 11 Mei 2011 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 11 Mei 2011 yang pada pokoknya tetap pada pendiriannya;

Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan cukup ditunjuk dalam berita acara persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini;

Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan *a quo* adalah untuk menguji Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan terhadap UUD 1945;

Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pokok permohonan,

Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) terlebih dahulu akan mempertimbangkan:

- a. Kewenangan Mahkamah untuk mengadili permohonan *a quo*;
- b. Kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon untuk mengajukan permohonan *a quo*;

Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia



Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), serta Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076), salah satu kewenangan konstitusional Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji UU terhadap UUD 1945;

Menimbang bahwa permohonan para Pemohon adalah untuk menguji konstitusionalitas norma Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan terhadap UUD 1945, yang menjadi salah satu kewenangan Mahkamah, sehingga oleh karenanya Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;

Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan Pengujian UU terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;

- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara;

Dengan demikian, para Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan dan membuktikan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai para Pemohon sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat

(1) UU MK;

- b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007 bertanggal 20 September 2007, serta putusan-putusan selanjutnya berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi; [3.7] Menimbang bahwa berdasarkan uraian sebagaimana tersebut pada paragraf [3.5] dan [3.6] di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon dalam permohonan *a quo* sebagai berikut:

Menimbang bahwa pada pokoknya para Pemohon mendalilkan sebagai perorangan warga negara Indonesia yang mempunyai hak konstitusional yang diatur dalam UUD 1945 yaitu:

Pasal 28B ayat (1) yang menyatakan, "*Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah*";

Pasal 28B ayat (2) yang menyatakan, "*Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi*"; dan

Pasal 28D ayat (1) yang menyatakan, "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*";

Hak konstitusional tersebut telah dirugikan akibat berlakunya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974;

Menimbang bahwa dengan memperhatikan akibat yang dialami oleh para Pemohon dikaitkan dengan hak konstitusional para Pemohon, menurut Mahkamah, terdapat hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, sehingga para Pemohon memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*; Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*, dan para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*), selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan;

Menimbang bahwa pokok permohonan para Pemohon, adalah pengujian konstitusionalitas Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*", dan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*", khususnya mengenai hak untuk mendapatkan status hukum anak; Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) pencatatan perkawinan. Mengenai permasalahan tersebut, Penjelasan Umum angka 4 huruf b UU Perkawinan tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan menyatakan,

*"... bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan".*

Berdasarkan Penjelasan UU Perkawinan di atas nyatalah bahwa (i) pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnya perkawinan; dan (ii) pencatatan merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Adapun faktor yang menentukan sahnya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing pasangan calon mempelai. Diwajibkannya pencatatan perkawinan oleh negara melalui peraturan perundangundangan merupakan kewajiban administratif.

Makna pentingnya kewajiban administratif berupa pencatatan perkawinan tersebut, menurut Mahkamah, dapat dilihat dari dua perspektif. *Pertama*, dari perspektif negara, pencatatan dimaksud diwajibkan dalam rangka fungsi negara memberikan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan yang merupakan tanggung jawab negara dan harus dilakukan sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis yang diatur serta dituangkan dalam

peraturan perundang-undangan [*vide* Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945]. Sekiranya pencatatan dimaksud dianggap sebagai pembatasan, pencatatan demikian menurut Mahkamah tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusional karena pembatasan ditetapkan dengan Undang-Undang dan dilakukan dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis [*vide* Pasal 28J ayat (2) UUD 1945]. *Kedua*, pencatatan secara administratif yang dilakukan oleh negara dimaksudkan agar perkawinan, sebagai perbuatan hukum penting dalam kehidupan yang dilakukan oleh yang bersangkutan, yang berimplikasi terjadinya akibat hukum yang sangat luas, di kemudian hari dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik, sehingga perlindungan dan pelayanan oleh negara terkait dengan hak-hak yang timbul dari suatu perkawinan yang bersangkutan dapat terselenggara secara efektif dan efisien. Artinya, dengan dimilikinya bukti otentik perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan dapat terlindungi dan terlayani dengan baik, karena tidak diperlukan proses pembuktian yang memakan waktu, uang, tenaga, dan pikiran yang lebih banyak, seperti pembuktian mengenai asal-usul anak dalam Pasal 55 UU 1/1974 yang mengatur bahwa bila asal-usul anak tidak dapat dibuktikan dengan akta otentik maka mengenai hal itu akan ditetapkan dengan putusan pengadilan yang berwenang. Pembuktian yang demikian pasti tidak lebih efektif dan efisien bila dibandingkan dengan adanya akta otentik sebagai buktinya; Menimbang

bahwa pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) frasa "yang dilahirkan di luar perkawinan". Untuk memperoleh jawaban dalam perspektif yang lebih luas perlu dijawab pula permasalahan terkait, yaitu permasalahan tentang sahnyanya anak. Secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual (*coitus*) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu. Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak.

Berdasarkan uraian di atas, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan

tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan *stigma* di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan;

Menimbang bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas maka Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*" harus dibaca, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya*";

Menimbang bahwa, berdasarkan seluruh pertimbangan di atas, maka dalil para Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan tidak beralasan menurut hukum. Adapun Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan



yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya*" adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yakni inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

1. Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;
2. Para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;
3. Pokok permohonan beralasan menurut hukum untuk sebagian;

Berdasarkan UUD 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076); MK menyatakan:

- Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;

- Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"*, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;
- Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya"*, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca, *"Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"*;

- Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya;
- Memerintahkan untuk memuat putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, pada hari Senin, tanggal tiga belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari Jumat, tanggal tujuh belas, bulan Februari, tahun dua ribu dua belas, oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Moh. Mahfud MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Maria Farida Indrati, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, dan Muhammad Alim, masing-masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Mardian Wibowo sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri oleh para Pemohon dan/atau kuasanya, Pemerintah atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili.<sup>319</sup>

Terhadap Putusan Mahkamah ini, Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*), sebagai berikut:

Perkawinan menurut Pasal 1 UU 1/1974 adalah "... *ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai*

---

<sup>319</sup> *ibid.*, h. 17-37.

*suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*”; sedangkan mengenai syarat sahnya perkawinan Pasal 2 UU 1/1974 menyatakan bahwa: ayat (1) *"Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu."* Sementara ayat (2) menyatakan, *"Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku"*.

Keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 menimbulkan ambiguitas bagi pemaknaan Pasal 2 ayat (1) UU 1/1974 karena pencatatan yang dimaksud oleh Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* tidak ditegaskan apakah sekadar pencatatan secara administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang telah dilangsungkan menurut agama atau kepercayaan masing-masing, ataukah pencatatan tersebut berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang dilakukan.

Keberadaan norma agama dan norma hukum dalam satu peraturan perundangundangan yang sama, memiliki potensi untuk saling melemahkan bahkan bertentangan. Dalam perkara ini, potensi saling meniadakan terjadi antara Pasal 2 ayat (1) dengan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974. Pasal 2 ayat (1) yang pada pokoknya menjamin bahwa perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, ternyata

menghalangi dan sebaliknya juga dihalangi oleh keberlakuan Pasal 2 ayat (2) yang pada pokoknya mengatur bahwa perkawinan akan sah dan memiliki kekuatan hukum jika telah dicatat oleh instansi berwenang atau pegawai pencatat nikah.

Jika Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 dimaknai sebagai pencatatan secara administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidak sahnya suatu pernikahan, maka hal tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945 karena tidak terjadi penambahan terhadap syarat perkawinan. Seturut dengan itu, kata "perkawinan" dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang *a quo* juga akan dimaknai sebagai perkawinan yang sah secara Islam atau perkawinan menurut rukun nikah yang lima.

Namun demikian, berdasarkan tinjauan sosiologis tentang lembaga perkawinan dalam masyarakat, sahnya perkawinan menurut agama dan kepercayaan tertentu tidak dapat secara langsung menjamin terpenuhinya hak-hak keperdataan istri, suami, dan/atau anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut karena pelaksanaan norma agama dan adat di masyarakat diserahkan sepenuhnya kepada kesadaran individu dan kesadaran masyarakat tanpa dilindungi oleh otoritas resmi (negara) yang memiliki kekuatan pemaksa.

Pencatatan perkawinan diperlukan sebagai perlindungan negara kepada pihak-pihak dalam perkawinan, dan juga untuk menghindari kecenderungan dari inkonsistensi penerapan ajaran

agama dan kepercayaan secara sempurna/utuh pada perkawinan yang dilangsungkan menurut agama dan kepercayaan tersebut. Dengan kata lain, pencatatan perkawinan diperlukan untuk menghindari penerapan hukum agama dan kepercayaannya itu dalam perkawinan secara sepotong-sepotong untuk meligitimasi sebuah perkawinan, sementara kehidupan rumah tangga pascaperkawinan tidak sesuai dengan tujuan perkawinan dimaksud. Adanya penelantaran istri dan anak, kekerasan dalam rumah tangga, fenomena kawin kontrak, fenomena istri simpanan (wanita idaman lain), dan lain sebagainya, adalah bukti tidak adanya konsistensi penerapan tujuan perkawinan secara utuh.

Esensi pencatatan, selain demi tertib administrasi, adalah untuk melindungi wanita dan anak-anak. Syarat pencatatan perkawinan dimaksud dapat diletakkan setidaknya dalam dua konteks utama, yaitu (i) mencegah dan (ii) melindungi, wanita dan anak-anak dari perkawinan yang dilaksanakan secara tidak bertanggung jawab. Pencatatan sebagai upaya perlindungan terhadap wanita dan anak-anak dari penyalahgunaan perkawinan, dapat dilakukan dengan menetapkan syarat agar rencana perkawinan yang potensial menimbulkan kerugian dapat dihindari dan ditolak.

Negara mengatur (mengundangkan) syarat-syarat perkawinan sebagai upaya positivisasi norma ajaran agama atau kepercayaan dalam hukum perkawinan. Syarat-syarat perkawinan

yang dirumuskan oleh negara, yang pemenuhannya menjadi syarat pencatatan nikah sekaligus syarat terbitnya Akta Nikah, dapat ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan perkawinan dan administrasi kependudukan. Saya berharap adanya upaya sinkronisasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan agama atau kepercayaan dengan konstruksi hukum negara mengenai perkawinan dan administrasi kependudukan.

Saya berharap adanya upaya sinkronisasi hukum dan peraturan perundangundangan yang berkaitan dengan perkawinan menurut agama dan kepercayaannya dan masalah yang menyangkut administrasi kependudukan.

Tidak dapat dipungkiri bahwa dalam prakteknya, hukum tidak selalu dapat dilaksanakan sesuai yang dikehendaki oleh pembuatnya. Pada kenyataannya, hingga saat ini masih terdapat perkawinan-perkawinan yang mengabaikan UU 1/1974, dan hanya menyandarkan pada syarat perkawinan menurut ajaran agama dan kepercayaan tertentu. Terhadap perkawinan secara hukum agama atau kepercayaan yang tidak dilaksanakan menurut UU 1/1974 yang tentunya juga tidak dicatatkan, negara akan mengalami kesulitan dalam memberikan perlindungan secara maksimal terhadap hak-hak wanita sebagai istri dan hak-hak anak-anak yang kelak dilahirkan dari perkawinan tersebut.

Para Pemohon menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*", adalah bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Saya menilai, Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 tidak bertentangan dengan Pasal 28B ayat (1) UUD 1945 karena Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang *a quo* yang mensyaratkan pencatatan, meskipun faktanya menambah persyaratan untuk melangsungkan perkawinan, namun ketiadaannya tidak menghalangi adanya pernikahan itu sendiri. Kenyataan ini dapat terlihat adanya pelaksanaan program/kegiatan perkawinan massal dari sejumlah pasangan yang telah lama melaksanakan perkawinan tetapi tidak dicatatkan.

Selain itu hak anak yang dilindungi oleh Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, tidak dirugikan oleh adanya Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974 yang mensyaratkan pencatatan perkawinan. Perlindungan terhadap hak anak sebagaimana diatur oleh Pasal 28B ayat (2) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, justru akan dapat dimaksimalkan apabila semua perkawinan dicatatkan sehingga dengan mudah akan diketahui silsilah anak dan siapa yang memiliki kewajiban terhadap anak dimaksud. Pencatatan perkawinan adalah dimensi sosial yang dimaksudkan untuk memberikan jaminan atas status dan akibat hukum dari suatu peristiwa hukum seperti juga pencatatan tentang kelahiran dan kematian.



Berdasarkan pertimbangan tersebut, menurut saya tidak ada kerugian konstitusional yang dialami para Pemohon sebagai akibat keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU 1/1974, walaupun jika pencatatan ditafsirkan sebagai syarat mutlak bagi sahnya perkawinan, pasal *a quo* potensial merugikan hak konstitusional Pemohon I.

Harus diakui bahwa praktek hukum sehari-hari menunjukkan adanya pluralisme hukum karena adanya golongan masyarakat yang dalam hubungan keperdataannya sehari-hari berpegang pada hukum agama, atau secara utuh berpegang pada hukum nasional, maupun mendasarkan hubungan keperdataannya kepada hukum adat setempat. Pluralisme hukum ini diatur dan secara tegas dilindungi oleh UUD 1945, selama tidak bertentangan dengan cita-cita Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sebagai implikasi pluralisme hukum, memang tidak dapat dihindari terjadinya friksi-friksi, baik yang sederhana maupun yang kompleks, terkait praktek-praktek hukum nasional, hukum agama, maupun hukum adat dimaksud. Dengan semangat menghindarkan adanya friksi-friksi dan efek negatif dari friksi-friksi dimaksud, negara menghadirkan hukum nasional (peraturan perundangundangan) yang berusaha menjadi payung bagi pluralisme hukum. Tidak dapat dihindarkan jika upaya membuat sebuah payung yang mengayomi pluralisme hukum, di satu sisi harus menyelaraskan tafsir bagi pelaksanaan hukum agama maupun hukum adat. Praktek pembatasan semacam ini

mendapatkan pembenarannya dalam paham konstitusionalisme, yang bahkan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 menyatakan dengan tegas bahwa, "*Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.*"

Dalam kenyataannya, di Indonesia masih banyak terdapat perkawinan yang hanya mendasarkan pada hukum agama atau kepercayaan, yaitu berpegang pada syarat-syarat sahnya perkawinan menurut ajaran agama atau kepercayaan tertentu tanpa melakukan pencatatan perkawinan sebagai bentuk jaminan kepastian hukum dari negara atas akibat dari suatu perkawinan. Kenyataan ini dalam prakteknya dapat merugikan wanita, sebagai istri, dan anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut. Terkait dengan perlindungan terhadap wanita dan anakanak sebagaimana telah diuraikan di atas, terdapat perbedaan kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974 dari sisi subjek hukumnya, yaitu (i) akibat bagi wanita atau istri; dan (ii) akibat bagi anak-anak yang lahir dari perkawinan dimaksud.

Secara teoritis, norma agama atau kepercayaan memang tidak dapat dipaksakan oleh negara untuk dilaksanakan, karena norma

agama atau kepercayaan merupakan wilayah keyakinan transendental yang bersifat privat, yaitu hubungan antara manusia dengan penciptanya; sedangkan norma hukum, dalam hal ini UU 1/1974, merupakan ketentuan yang dibuat oleh negara sebagai perwujudan kesepakatan warga (masyarakat) dengan negara sehingga dapat dipaksakan keberlakuannya oleh negara (Pemerintah).

Potensi kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974, bagi wanita (istri) sangat beragam, tetapi sebenarnya yang terpenting adalah apakah kerugian tersebut dapat dipulihkan atau tidak. Di sinilah titik krusial UU 1/1974 terutama pengaturan mengenai pencatatan perkawinan. Dalam konteks sistem hukum perkawinan, perlindungan oleh negara (Pemerintah) terhadap pihak-pihak dalam perkawinan, terutama terhadap wanita sebagai istri, hanya dapat dilakukan jika perkawinan dilakukan secara sadar sesuai dengan UU 1/1974, yang salah satu syaratnya adalah perkawinan dilakukan dengan dicatatkan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku (vide Pasal 2 UU 1/1974). Konsekuensi lebih jauh, terhadap perkawinan yang dilaksanakan tanpa dicatatkan, negara tidak dapat memberikan perlindungan mengenai status perkawinan, harta gono-gini, waris, dan hak-hak lain yang timbul dari sebuah perkawinan, karena untuk membuktikan adanya hak wanita (istri) harus dibuktikan terlebih dahulu adanya perkawinan antara wanita (istri) dengan suaminya.

Perkawinan yang tidak didasarkan pada UU 1/1974 juga memiliki potensi untuk merugikan anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut. Potensi kerugian bagi anak yang terutama adalah tidak diakuinya hubungan anak dengan bapak kandung (bapak biologis)-nya, yang tentunya mengakibatkan tidak dapat dituntutnya kewajiban bapak kandungnya untuk membiayai kebutuhan hidup anak dan hak-hak keperdataan lainnya. Selain itu, dalam masyarakat yang masih berupaya mempertahankan kearifan nilai-nilai tradisional, pengertian keluarga selalu merujuk pada pengertian keluarga batih atau keluarga elementer, yaitu suatu keluarga yang terdiri dari ayah, ibu, dan anak (anak-anak). Keberadaan anak dalam keluarga yang tidak memiliki kelengkapan unsur keluarga batih atau tidak memiliki pengakuan dari bapak biologisnya, akan memberikan stigma negatif, misalnya, sebagai anak haram. Stigma ini adalah sebuah potensi kerugian bagi anak, terutama kerugian secara sosial-psikologis, yang sebenarnya dapat dicegah dengan tetap mengakui hubungan anak dengan bapak biologisnya. Dari perspektif peraturan perundang-undangan, perbedaan perlakuan terhadap anak karena sebab-sebab tertentu yang sama sekali bukan diakibatkan oleh tindakan anak bersangkutan, dapat dikategorikan sebagai tindakan yang diskriminatif.

Potensi kerugian tersebut dipertegas dengan ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU 1/1974 yang menyatakan, "*Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata*

*dengan ibunya dan keluarga ibunya*'. Keberadaan Pasal *a quo* menutup kemungkinan bagi anak untuk memiliki hubungan keperdataan dengan bapak kandungnya. Hal tersebut adalah risiko dari perkawinan yang tidak dicatatkan atau perkawinan yang tidak dilaksanakan menurut UU 1/1974, tetapi tidaklah pada tempatnya jika anak harus ikut menanggung kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan (perkawinan) kedua orang tuanya. Jika dianggap sebagai sebuah sanksi, hukum negara maupun hukum agama (dalam hal ini agama Islam) tidak mengenal konsep anak harus ikut menanggung sanksi akibat tindakan yang dilakukan oleh kedua orang tuanya, atau yang dikenal dengan istilah "dosa turunan". Dengan kata lain, potensi kerugian akibat perkawinan yang dilaksanakan tidak sesuai dengan UU 1/1974 merupakan risiko bagi laki-laki dan wanita yang melakukan perkawinan, tetapi bukan risiko yang harus ditanggung oleh anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Dengan demikian, menurut saya, pemenuhan hak-hak anak yang terlahir dari suatu perkawinan, terlepas dari sah atau tidaknya perkawinan tersebut menurut hukum negara, tetap menjadi kewajiban kedua orang tua kandung atau kedua orang tua biologisnya.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> *ibid.*, h. 38-45.

## BAB VI

### PENUTUP

#### 6.1. Kesimpulan

Berangkat dari hasil penelitian yang telah dipaparkan, dapat diambil beberapa kesimpulan sebagai berikut:

1. Adanya hubungan keperdataan anak luar kawin dengan ayah biologisnya dalam perspektif Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 pada hakikatnya adalah dalam rangka perlindungan hukum terhadap anak. Anak luar kawin dalam perspektif MK adalah anak yang lahir sebagai hasil dari perkawinan yang memenuhi syarat dan rukun secara agama namun tidak dicatatkan pada pejabat yang bawenang, dapat juga didefinisikan sebagai anak yang lahir dari hasil perkawinan yang hanya memenuhi unsur Pasal 2 ayat (1) dan tidak memenuhi Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan.
2. Pemaknaan kata 'hubungan keperdataan' dalam Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 tidaklah sama dengan kata 'hubungan nasab', sebagaimana juga terdapat perbedaan makna antara kata 'hubungan darah' dalam Putusan MK dengan 'nasab' dalam konsep hukum Islam.
3. Anak luar kawin (yang dimaknai sebagai anak hasil perkawinan tidak tercatat) mendapat perlindungan hukum yang sama dengan anak sah terkait dengan hak waris dan penentuan kewenangan wali nikah. Putusan MK ini telah sesuai dengan teori *maqhashid syariah* dan *maslahah mursalah*, yakni dalam rangka memelihara kebutuhan dasar manusia, berupa *hifzh al-din* (memelihara agama), *hifzh al-nafs* (jiwa), *hifzh al-aql* (akal), *hifzh al-nafs/nas*(jiwa/keturunan), dan *hifzh al-mal* (harta).

## 6.2. Saran

1. Hendaknya Pemerintah bersama DPR RI, demi kepastian hukum, menindaklanjuti Putusan MK tersebut agar tidak lagi menimbulkan opini yang berbeda terkait perlindungan hukum terhadap anak luar kawin. Dengan adanya peraturan perundang-undangan ini, diharapkan tercipta tertib hukum dan kepastian hukum bagi masyarakat, serta timbulnya hak dan kewajiban hukum yang jelas diantara anggota keluarga.
2. Pengaturan mengenai hubungan keperdataan anak luar kawin dengan ayah biologisnya sebagaimana dijanjikan dalam Pasal 43 ayat (2) UU Perkawinan, selain dengan cara mengubah UU ataupun menerbitkan Peraturan Pemerintah, bisa juga dicarikan jalan dengan membangun hukum yurisprudensi atau hukum doktrin agar gejala perdebatan Putusan MK atau tanggapan yang terus mengalir segera 'menemukan' muaranya yang dapat diterima oleh seluruh kalangan.<sup>402</sup>

---

<sup>402</sup>Moch. Isnaeni, Prof. Dr., SH, MS, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Surabaya: PT Revka Petra Media, 2015, cet. ke-1, h. 237.

## DAFTAR PUSTAKA

### BUKU/KITAB

- A. Sony Keraf, *Etika Bisnis: Tuntutan dan Relevansinya*, Yogyakarta: Kanisius, 1998
- A.W. Munawwir, *Kamus Al-Munawwir*, Yogyakarta: UPBI PP Al-Munawwir, 1984
- Abd al-Malik ibn Yusuf Abu al-Ma'ali al-Juwaini, *Al-Burhan fi Usul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Ansar, 1400 H
- Abdul Aziz Muhamad Azam & Abdul Wahab Sayyed Hawwas, *Fiqh Munakahat: Khitbah, Nikah dan Talak*, Jakarta: Amzah, 2011
- Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2008
- Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence) termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, (Jakarta: Kencana, 2009, Vol. 1
- Ahmad al-Mursi Husain Jauhar, *Maqashid al-Syari' fi al-Islam*, Jakarta: Amzah, 2009
- 'Ali Hasaballah, *Usul al-Tashri' al-Islami*, (Mesir: Dar al-Ma'arif, 1971)
- Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian*, (Jakarta: Rineka Cipta, 1997)
- Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqasid Syari'ah menurut Asy-Syatibi*, Ed. I, cet. Ke-1, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996
- Asghar Ali Engineer, *Hak-hak Perempuan dalam Islam*, terj. Farid Wajidi dan Ciciek Farcha Assegaf, Yogyakarta: LSPPA, 1992
- Ahmad Rofiq, *Fiqh Mawaris*, Edisi Revisi, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001
- Asy-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Ahkam*, Kairo: Dar al-Rasyad al-Haditsah, t.t.
- Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspita sari, *Aspek-Aspek Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 2005, cet. ke-1
- Dudu Duswara M, *Pengantar Ilmu Hukum Sebuah Sketsa*, Bandung: Refika Aditama, 2010
- Edwin M. Schur, *Law and Society, A Sociological View*, NY: Random House, 1968
- Habiburrahman, *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam*, Disertasi, Program Doktor UIN Gunung Jati, Bandung, 2011
- Ibnu Qayyim, *I'lamul Muwaqqi'in*, Juz 3, Mesir: Makt. Tijariyah al-Qahirah, 1955
- Ibrahim Hosen, "Beberapa Catatan Tentang Reaktualisasi Hukum Islam", dalam *Kontekstualisasi Ajaran Islam: 70 tahun Prof.Dr.H. Munawir Sjadzali* (Jakarta: IPHI dan Paramadina, 1995)
- Izzuddin ibn Abd al-Salam, *Qawa'id al-Ahkam fi Masalih al-Anam*, Kairo: Istiqamat
- J.P. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell, 1966



- Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta: UII Press, 2005
- Jeremy Bentham, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books, 2000
- Jeremy Bentham, *Teori Perundang-undangan, Prinsip-prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, terjemahan Nurhadi dari *The Theory of Legislation*, Bandung: Nusamedia & Penerbit Nuansa
- Johnny Ibrahim, *Metode Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayumedia, 2006
- Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, (Bandung: Penerbit Mandar Maju, 2003)
- Kamus Besar Bahasa Indonesia, (KBBI v1.1. Daring, 2010), Edisi III
- M. Fahmi al-Amruzi, *Rekonstruksi Wasiat Wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam*, Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2012
- Mahmud Syaltut, *Al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, cet. III, Dar al-Qalam, 1996
- Masdar F. Mas'udi, *Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah*, Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an No. 3, Vol. VI Th. 1995
- Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT. Radja Grafindo Persada, 2011
- Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqhi*, (Kairo: Daru al-Fikri al-'Arabi, 1958)
- Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1977
- Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*, cet ke-empat, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1990)
- Mustofa Hasan, *Pengantar Hukum Keluarga*, (Bandung: Pustaka Setia, 2011)
- Otje Salman & Anton F. Susanto, *Teori Hukum (Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali)*, Bandung: Refika Aditama, 2008, Cet. ke-4
- Rachmat Syafi'i, *Ilmu Ushul Fiqh*, Bandung: Pustaka Setia, 2007
- Rahmat Hakim, *Hukum Perkawinan Islam*, (Bandung: Pustaka Setia, 2000)
- Richard Schoch, *The Secret of Happiness*, Jakarta: Hikmah, 2009
- Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah*, Jilid IV, (Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2007)
- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Adirya Bakti, 2000
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Elsam dan Huma, 2003
- Suhrawardi & Komis Simanjuntak, *Hukum Waris Islam (Lengkap & Praktis)*, Jakarta: Sinar Grafika, Cet. ke-4, 2004
- T.M Hasbi Ash Shidideqy, *Fiqh Mawaris*, Semarang: PT Pusaka Rizki Putra, Cet. ke- 3, 2001
- Tufi, *Kitab al-Ta'ayin*, 234. Al-Hadits tersebut terdapat dalam al-Muwatta` nomor 1234, Sunan Ibn Majah nomor 2331 dan 2332. Periksa, Malik bin Anas, *al-*

*Muwatta`*, Vol. 5, (Bairut: Dar al-Kitab al-'Arabi, t.th.), 37. Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, Vol. 7, (Bairut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, t.th.)

Qurthuby, Al-Jamii' Li al-ahkam Al-Qur'an, Juz V, (Bairut: Ihya al-Turats, 1985)

Wahbah al-Zuhaili, *Usul al-Fiqh al-Islami*, (Damaskus: Dar al-Fikr, 1986)

Witanto, DY, Hukum Keluarga: Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca keluarnya Putusan MK Tentang Uji Materiil Undang-Undang Perkawinan, (Jakarta: Prestasi Pustakaraya, 2012)

### **JURNAL/ARTIKEL/MAKALAH/FATWA**

Abdul Basith Junaidy, *Memahami Masalahah melalui Filsafat Manfaat (Utilitarianisme), executive summary*

Bagir Manan, Jurnal Hukum: *Penelitian Bidang Hukum*, Bandung: Puslitbangkum Unpad, Perdana; Januari 1999

Bernard Arief Sidharta, *Disiplin Hukum: tentang Hubungan antara Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum (State of the Arts)*, Makalah Rapat Tahunan Komisi Disiplin Ilmu Hukum di Jakarta, 11-13 Februari 2001

Deity Yuningsih, *Implikasi Putusan Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 terhadap Hak Keperdataan bagi Anak Luar Kawin*, Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa Vol. 21 No. 1, Maret 2013

Dyah Ochtorina Susanti, *Teori Perlindungan Hukum*, Bahan Ajar mata kuliah Teori Hukum, disampaikan di Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Kadiri (UNISKA)

Jawa Pos, *MUI: MK Seperti Tuhan Kedua*, 20 Maret 2012

Jawa Pos: *Anak Zina, Solusi MK dan Tarjih*, Nadjib Hamid, 28 Februari 2012

Mahkamah Konstitusi RI, *Jurnal Konstitusi*, Vol. I No. 1, November 2012

Majelis Ulama Indonesia (MUI), *Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya*

### **INTERNET**

<http://www.hukumoline.com> (17/2), diakses tanggal 17 Februari 2015

<http://www.republika.co.id/berita/nasional/umum/12/02/26/lzzyhr-muslimat-nu-putusan-mk-soal-anak-luar-nikah-bisa-menjerumuskan>, diakses tanggal 26 Februari 2012

### **PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

Undang-Undang RI Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Undang-Undang RI Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak

Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010

Instruksi Presiden RI No. 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam