



Prof. Dr. A. Hamid Sarong, SH, MH
Prof. Muhammad Siddiq Armia, MH., PhD



PARADIGMA PENEMUAN HUKUM

dalam Bingkai Yurisprudensi Indonesia

Editor:

Dr. Faisal Yahya Ya'cob, STH.,MA

Prof. Dr. A. Hamid Sarong, SH, MH
Prof. Muhammad Siddiq Armia, MH., PhD

**PARADIGMA
PENEMUAN HUKUM**
dalam Bingkai Yurisprudensi Indonesia

Editor:
Dr. Faisal Yahya Ya'cob, STH.,MA

Diterbitkan oleh
Ar-Raniry Press
Banda Aceh 2021

PARADIGMA PENEMUAN HUKUM
dalam Bingkai Yurisprudensi Indonesia

©Hak cipta pada penulis

Penulis:

Prof. Dr. A. Hamid Sarong, SH, MH
Prof. Muhammad Siddiq Armia, MH.,PhD

Editor:

Dr. Faisal Yahya Ya'cob, STH.,MA

Disain Sampul:

Aulil Amri

Tata letak:

Muhadi Khalidi. SHI., M.Ag

ISBN: 978-623-7410-82-9

Ukuran buku: 13.5 x 20.5 cm

Ketebalan xiv + 186 hlm

Penerbit:

Ar-Raniry Press

Jl. Ar-Raniry No. 1 Komplek Pascasarjana UIN Ar-Raniry
Banda Aceh, 23111

Email: ar-raniry.press@ar-raniry.ac.id

Distributor Tunggal:

PT. NASKAH ACEH NUSANTARA

Jl. Lamreung, Desa Ie Masen, No. 11, Spg. 7

Ulee Kareng-Banda Aceh, 23117

Telp./Fax. 0651-7315103

Email: nasapublisher@yahoo.com

www.naskahaceh.com

Cetakan pertama, Juni 2021

Hak Cipta Dilindungi Undang-undang

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara
apapun tanpa izin tertulis dari penerbit.

SAMBUTAN REKTOR UNIVERSITAS ISLAM NEGERI AR-RANIRY BANDA ACEH

“GURUKU”

Puji dan syukur kita panjatkan kepada Allah Swt. Shalawat beriring salam senantiasa tercurahkan kepada Nabi Besar Muhammad Saw, keluarganya, shahabat, ulama *mutaqaddimin* dan *mutaakhirin*. *Alhamdulillah*, UIN Ar-Raniry Banda Aceh kembali menunjukkan kebanggaan atas terbitnya kembali karya-karya akademik para dosen sebanyak 100 judul pada tahun 2020 melalui Penerbit Ar-Raniry Press. Saya mengapresiasi semua pihak yang telah bekerja secara ikhlas, cerdas dan cepat atas keberhasilan menyelesaikan program penerbitan 100 judul buku ini.

Kehadiran buku-buku dari berbagai disiplin ilmu ini memberikan beberapa arti penting. *Pertama*, memperkaya khazanah keilmuan masyarakat akademik, khususnya UIN Ar-Raniry dan umumnya masyarakat secara luas. *Kedua*, memperkaya referensi akademik yang diperlukan dalam proses pembelajaran perguruan tinggi, baik di tingkat lokal, nasional maupun internasional. *Ketiga*, memberikan motivasi bagi para dosen untuk lebih produktif dalam menulis dan mempublikasikan karya melalui penerbitan kampus. *Keempat*, membangun prestise kampus UIN Ar-Raniry sebagai lumbung referensi perbukuan perguruan tinggi di kancah nasional dan internasional.

Kehadiran 100 judul buku di atas merupakan langkah awal dari program yang saya kumandangkan di awal tahun 2020, yaitu “Guruku” [Gerakan Seribu Buku]. *Alhamdulillah*,

tahapan pertama dari program tersebut telah dilaksanakan secara baik oleh tim Penerbit Ar-Raniry Press. Program ini diharapkan akan dilanjutkan secara berkesinambungan dari tahun ke tahun, sehingga tercapai target 1000 buku.

Penamaan program “Guruku” merupakan bentuk kecintaan pada guru dan ilmu pengetahuan. Guru adalah instrumen penting dalam mencetak generasi cerdas yang berwawasan islami dalam menjunjung tinggi nilai-nilai luhur kebangsaan. Maka, melalui program ini diharapkan para dosen UIN Ar-Raniry dapat berperan aktif untuk mempublikasikan karya tulis, sehingga kiprah mereka dapat seiring sejalan dengan program akselerasi kenaikan pangkat dan guru besar. Program ini diharapkan juga dapat memberikan kontribusi pada peningkatan kualitas akademik insan akademik dan masyarakat Islam secara luas, baik di tingkat lokal, nasional, regional dan mancanegara.

Saya percaya bahwa semangat para penulis, penerbit dan para pihak yang terlibat dalam proses penerbitan inilah yang menjadi kunci kesuksesan penerbitan 100 buku tahun 2020. Atas dasar inilah, saya meyakini bahwa keberlanjutan penerbitan buku karya dosen ini akan berjalan di tahun-tahun berikutnya, sehingga secara tidak langsung akan menjadi nilai tambah (*added value*) bagi reputasi UIN Ar-Raniry dan semua sivitas akademiknya.

Darussalam, Juni 2021
Rektor UIN Ar-Raniry,

Prof. Dr. Warul Walidin AK., MA

SAMBUTAN

DEKAN FAKULTAS SYARI'AH DAN HUKUM UIN AR-RANIRY BANDA ACEH

Segala puji bagi Allah Swt. atas segala rahmat dan kasih sayangnya sehingga buku ini dapat dipersembahkan kepada calon praktisi hukum, khususnya di lingkungan Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Ar-Raniry Banda Aceh (FSH UIN Ar-Raniry Banda Aceh). Selawat dan salam ke pangkuan Rasulullah saw., teladan bagi umat Islam dalam mewujudkan keadilan. Salam sejahtera pula kepada keluarga dan sahabat Nabi saw. yang telah ikut berjuang dalam meletakkan dasar bagi tatanan hidup umat yang membawa pada kebahagiaan dunia akhirat. Tidak lupa pula takzim kami kepada para ulama dan guru kami yang telah mewakafkan hidupnya bagi pengembangan ilmu pengetahuan.

Terima kasih tak terperi kami haturkan kepada guru kami, Prof. Dr. H. A. Hamid Sarong, SH, MH yang di usia sepuhnya masih produktif dan peduli terhadap pengembangan ilmu syariah dan hukum di FSH UIN Ar-Raniry Banda Aceh. Saat ini FSH UIN Ar-Raniry Banda Aceh sedang berbenah, melakukan pengembangan kurikulum dan melengkapi segala perangkatnya. Salah satu program yang sangat penting adalah penyediaan buku pendukung bagi proses belajar mahasiswa.

Mengingat profil utama lulusan fakultas syari'ah adalah praktisi hukum, maka penguatan kemahiran hukum menjadi fokus perhatian kami. Dalam hal ini, *soft skill* analisis di bidang hukum sangatlah penting, terutama dalam hal penemuan hukum. Oleh karena itu kami sangat senang dengan terbitnya buku *Paradigma Penemuan Hukum dalam Bingkai*

Yurisprudensi Indonesia. Buku yang ditulis oleh 'Ayah Hamid' ini menjadi pendamping Mata Kuliah Metode Penelitian Hukum. Buku ini juga menjadi pendamping mahasiswa dalam menulis tugas akhir. Khususnya mahasiswa Program Studi Hukum Keluarga yang mengambil ranah penelitian hukum normatif. Buku ini akan mengasah aspek kreatif dalam penelitian hukum, sebab tanpa skill penemuan hukum, sebuah penelitian hukum menjadi hambar dan kering.

Nah, untuk kebutuhan yang disebutkan di atas, buku ini sangat membantu. Sebab buku ini bukan berisi uraian teoretis belaka, bahkan disertai contoh-contoh konkret penemuan hukum. Kasus-kasus yang diangkat pada Bab Empat tentang anotasi hukum, menghadirkan opini ahli yang dapat 'digugu' dan 'ditiru' oleh para calon praktisi hukum.

Di sisi lain, analisis penemuan hukum menerapkan logika hukum yang cukup penting dalam membentuk pola pikir kritis pada diri mahasiswa. Kiranya tidak mudah bagi dosen muda untuk bisa memicu kemampuan berpikir logis dan kritis dalam penemuan hukum. Oleh karena itu, kami berharap buku ini juga berguna bagi para dosen, khususnya dosen yang mengampu Mata Kuliah Metode Penelitian Hukum dan dosen pembimbing skripsi.

Pada kesempatan ini kami juga menyampaikan terima kasih kepada tim FSH yang mengerjakan teknis penerbitan buku ini, editor dan percetakan UIN Ar-Raniry Banda Aceh. Kepada para dosen di lingkungan FSH UIN Ar-Raniry Banda Aceh dan adik-adik mahasiswa, kami ucapkan selamat menikmati. Wassalam.

Darussalam, Juni 2021
Dekan Fakultas Syariah dan Hukum
UIN Ar-Raniry Banda Aceh

Muhammad Siddiq Armia

PENGANTAR PENULIS

Al-hamdulillah, buku yang sudah lama dicita-citakan untuk dipublikasi telah selesai dikerjakan. Selesaiannya tentu dengan berbagai kekurangan. Kekurangannya disebabkan oleh sebagian besar isi buku ini terkait dengan putusan pengadilan, yang disana-sini mengkritik perundang-undangan. Padahal dalam sistem hukum tertulis seperti di Indonesia, semua asas dan norma hukum harus tunduk kepada perundang-undangan. Hakim hanya bertugas untuk mengupas isi perundang-undangan. Kupasan itu pun sepanjang yang diizinkan oleh perundang-undangan. Dunia global seperti sekarang ini, tidak mungkin dipertahankan suatu sistem hukum yang mandiri tanpa terkait dengan pengaruh sistem hukum lain. Justeru itu Indonesia sebagai negara yang mewarisi hukum tertulis, sebagaimana terdapat dalam rumusan pengertiannya dalam sistem hukum civil law/kontinental, tidak mungkin lagi mempertahankan secara utuh untuk pengertian sistem hukum civil law/kontinental dimaksud. Dunia hukum sekarang ini telah pengaruh mempengaruhi, yang dapat membangun sistem hukum yang baru lagi.

Dalam sistem hukum kontinental, hukum terdapat dalam perundang-undangan dan undang-undang itu tidak mencakup ke semua aspek perbuatan, karena perbuatan terus berkembang. Justeru itu perundang-undangan harus ditafsirkan. Sebelumnya malah dalam ilmu hukum civil law, perundang-undangan tidak boleh ditafsirkan (penafsirannya harus hati-hati, tidak terbuka). Sebagai contoh berapa lama terjadi perdebatan di kalangan ahli hukum tentang pencurian arus listrik. Perundang-undangan membatasi makna barang

adalah yang dapat dipindahkan dari suatu tempat ke tempat yang lain. Makna pindahpun terjadi perdebatan yang tak habisnya. Delik pencurian dapat kandas, ketika seseorang menjual seekor sapi yang bukan miliknya. Penjual sapi tidak mengambil dan juga tidak memegang talinya. Perbuatan seperti ini tidak dapat digolongkan ke dalam delik pencurian. Karena pencuri tidak memindahkan barang curian. Barang curian sapi itu tidak pernah dipegang oleh pencuri. Perdebatan demi perdebatan terus berlangsung di kalangan ilmuan hukum yang pada akhirnya diakui menjadi delik pencurian. Pengakuan seperti ini menjadi bahan perdebatan yang lama sekali. Pemerintah membiarkan perdebatan itu dalam menemukan hukum yang progresif.

Cara kerja seperti itu disebut dengan penemuan hukum. Mengapa harus penemuan hukum? Setidaknya ada dua arti penting pengangkatan tema ini. Pertama menjaga kontinuitas tema kajian. Banyak sekali kajian selama ini yang merasa bahwa apa yang terdapat dalam perundang-undangan kalau tidak diperankan hakim untuk menemukan keadilan, dengan melepaskan sedikit dan menghasilkan unsur norma yang konkrit dan berlaku khusus, tidak dapat menghasilkan keadilan. Ini menjadi alur pikir putusan hakim, selanjutnya adalah mengkaji hal-hal yang lebih substantive seperti bagaimana seharusnya hukum dan aturan perundang-undangan itu diterapkan, diinterpretasikan, ditemukan dan bahkan diciptakan dalam sebuah putusan.

Kedua, banyak juga ktitik yang menilai hakim bersikap hanya seperti corong undang-undang. Hakim dicap malas melakukan kreatifitas dalam membuat putusan. Hal ini disebabkan, karena ketidak beranian hakim, minimnya pengetahuan hakim, dan masih bercokolnya paham logisme sempit yang dianut oleh sebagian hakim. Mereka juga memiliki semangat ijtihad. Hakim merasa bangga dengan simbul sebagai mujtahid, sedangkan hasilnya dari pekerjaan itu tidak tersentuh pembaharuan ilmu fiqh/hukum. Hasil

narasi yang terdapat dalam putusan tidak akan menumbuhkan ilmu pengetahuan fiqh di dalam masyarakat. Mereka tidak mampu membuat korelasi antara tingkah laku para pihak yang berperkara dengan sumber paling otoritatif seperti al-Qur'an, hadits serta argumentasi hukum/fiqh lainnya di dalam kitab terdahulu.

Mengarusutamakan penemuan hukum/fiqh menjadi sebuah keniscayaan bagi kita semua. Keniscayaan karena, seperti dikatakan Sudikno Mertokusumo, menerapkan hukum secara benar dengan memenuhi rasa keadilan juga merupakan bentuk penemuan hukum/fiqh meski masih dalam level penemuan hukum yang paling sederhana. Hukum/fiqh harus dapat memberi kenyamanan dalam memahami hukum. Dimensi fiqh lebih besar berada pada sisi pemahaman.

Hakim juga harus didorong untuk berani menjadi "activist" dengan melakukan judicial activism yang secara sederhana dapat didefinisikan sebagai penerapan, penemuan dan penciptaan hukum yang berorientasi kepada keadilan. Judicial activism memang masih menjadi kontroversi berkepanjangan di seluruh dunia. Sama kontroversinya ketika memperdebatkan mana yang harus dilakukan antara legal justice, social justice dan moral justice. Pikiran-pikiran yang berkembang menjadi referensi penting dalam praktek dan dalam penemuan hukum.

Dalam tulisan ini penulis menurunkan beberapa artikel dari satu topik utama putusan hakim. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46 PUU-VIII/2010, menyangkut beberapa bidang disiplin ilmu. Disiplin ilmu fiqh keagamaan. Disiplin kepatuhan kepada perundang-undangan. Disiplin ilmu yang perkembangannya terjadi secara liar. Hal ini disebabkan masih banyak orang berpendapat bahwa hukum-hukum Islam itu tidak terjadi perubahan atau perkembangan. Mereka lupa bahwa hukum/fiqh itu mengandung nilai ilahiyah dan kemanusiaan, kemudian dibangun asas-asas. Di susul kemudian dengan kaedah ushul dan kaedah fiqh. Terakhir

barulah norma-norma yang akan melekat dengan perundang-undangan. Jadi perundang-undangan itu terus berkembang dan berubah sesuai dengan perubahan waktu dan perubahan tempat. Apa yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi dapat dikaji dan dianalisis melalui artikel ilmiah yang tak terhitung banyaknya. Dalam buku ini dikembangkan beberapa artikel saja. Semakin mendalam ilmu-ilmu yang berkaitan dengan asas atau kaedah, maka semakin banyak dapat diturunkan artikel/karya ilmiahnya yang berorientasi pada putusan Mahkamah Konstitusi tersebut.

Darussalam, Juni 2021
Penulis

PENGANTAR PENERBIT AR-RANIRY PRESS

Dengan rahmat Allah SWT, akhirnya pelaksanaan program Penerbitan 100 Buku Dosen UIN Ar-Raniry tahun 2020 telah selesai dilaksanakan. Kegiatan menerbitkan buku karya dosen di lingkungan UIN Ar-Raniry, sesungguhnya telah sejak lama dilaksanakan oleh Penerbit Ar-Raniry Press, meskipun dalam jumlah yang terbatas. Dalam rangka meningkatkan publikasi akademik dan desiminasi pengetahuan, maka pada tahun 2020, Rektor UIN Ar-Raniry mencanangkan program *Penerbitan 1000 Buku Karya Dosen* secara berkelanjutan setiap tahunnya dan program ini diberi tema “Guruku” [Gerakan Seribu Buku].

Program penerbitan buku ini mendapat respon positif dari dosen dan segenap sivitas akademika UIN Ar-Raniry. Melalui laporan ini, Penerbit Ar-Raniry sebagai pelaksana program melaporkan bahwa untuk tahun 2020, naskah buku yang dikirimkan penulis untuk diterbitkan oleh Penerbit Ar-Raniry Press sebanyak 100 judul. Semua naskah tersebut berasal dari dosen. Dengan waktu yang terbatas dan semangat yang kuat, penerbit dapat menyelesaikan proses penerbitan buku-buku tersebut. Mulai dari proses penerimaan naskah, penyuntingan, pra-cetak, sampai pencetakan akhir. Semua ini dilakukan sebagai bentuk tanggung jawab penerbit dalam menyukseskan program penerbitan 1000 buku dosen yang diharapkan dapat berjalan berkelanjutan di tahun-tahun berikutnya.

Keberhasilan awal dalam penerbitan 100 buku karya dosen tahun 2020 ini, tidak terlepas dari sumbangsih dan

partisipasi semua pihak; penulis, editor, *layouter*, pendesain kulit buku, operator mesin cetak, staf finishing percetakan, dan lain-lain. Sebagai manusia biasa, pelaksana program menyadari bahwa masih terdapat kekurangan baik dari aspek kualitas tulisan, kesalahan dalam ketikan, kesalahan setting dan lainnya sehingga masukan untuk perbaikan dari semua pihak sangatlah diharapkan bagi kesinambungan program ini di tahun-tahun mendatang. *Wassalam*.

Banda Aceh, Juni 2021
Kepala Penerbit Ar-Raniry Press

Muliadi Kurdi

DAFTAR ISI

SAMBUTAN REKTOR UNIVERSITAS ISLAM NEGERI AR-RANIRY BANDA ACEH	iii
SAMBUTAN DEKAN FAKULTAS SYARIAH DAN HUKUM UIN AR-RANIRY BANDA ACEH.....	v
PENGANTAR PENULIS.....	vii
PENGANTAR PENERBIT AR-RANIRY PRESS.....	xi
DARTAR ISI	xiii

Bab Satu

Pendahuluan	1-12
--------------------------	-------------

Bab Dua

Metode Penemuan Hukum

dalam Sistem Hukum Islam	13-22
A. Sumber Hukum Islam	13
B. Metode-metode dalam Penemuan Hukum	16

Bab Tiga

Penemuan Hukum dalam Yurisprudensi

di Indonesia.....	23-52
A. Penemuan Fakta Peristiwa dan Fakta Hukum	23
B. Pemetaan Fakta Peristiwa dan Fakta Hukum	25
C. Penilaian Alat Bukti.....	29
D. Perumusan Fakta Hukum.....	30
E. Penemuan dan Penerapan Hukum.....	42
F. Membangun Argumentasi Hukum	44

Bab Empat.....53-58

Anotasi Putusan	53
A. Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam.....	58
B. Status Anak Luar Nikah	

dalam Sistem Hukum Adat	62
C. Status Anak dari Kawin Siri.....	82
D. Li'an dan Peningkaran Anak dalam Hukum Islam	87
E. Pencatatan Perkawinan	95
F. Status Anak di Luar Pencatatan Nikah menurut Hukum Islam	107
G. Perlindungan Hak Anak dalam Hukum Islam, Adat dan UUD 1945	127
H. Anak Luar Nikah dalam Putusan Mahkamah Konstitusi	156
I. Kewajiban Pencatatan Nikah	166
Bab Lima	
Penutup	181
Daftar Pustaka	183

BAB I

PENDAHULUAN

Berdasarkan Pasal 20 AB (*Algemene Bepalingen Van Wetgeving Voor Indonesie*)¹ “Hakim harus mengadili berdasarkan undang-undang dan Pasal 22 AB. Artinya hakim tidak boleh bekerja dengan bingkai mengadili kalau tidak lebih dahulu diatur dalam perundang-undangan. Pasal 14 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman mewajibkan “Hakim untuk tidak menolak mengadili perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak lengkap atau tidak jelas dalam undang-undang yang mengaturnya, melainkan wajib mengadilinya”.² Dan pada akhirnya memberi keputusan. Keputusan pengadilan/hakim dapat dibagi lima: (1) Diterima apa yang diminta; (2) Diterima sebahagian; (3) Ditolak sebahagian (4) Ditolak; (5) Tidak diterima. Adanya istilah ditolak tidaklah berarti tidak diproses. Proses pemeriksaan didahulukan dengan penerimaan berkas. Kemudian setelah diperiksa ternyata permohonannya itu tidak dapat diselesaikan pada pengadilan yang bersangkutan. Proses

¹ Peraturan umum Mengenai Perundang-undangan untuk Indon - sia Stb. 1847-23, diumumkan secara resmi pada Tanggal 30 April 1847. Pasal 9 telah dicabut dengan Stb. 1915-299 jo 642. Pasal 10.

² Hakim harus memutus perkara berdasarkan undang-undang. Kecuali yang ditentukan dalam Pasal 16 UU Nomor 4 Tahun 2004, tentang Kekuasaan Kehakiman. hakim sama sekali tidak diperkenankan menilai isi keadilan dari undang-undang itu. Pasal 10 ayat 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman menyebutkan “pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinga. (1) UU No 48 Tahun 2009 “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”. Hal yang sama diatur sebelumnya dalam UU No 19/1964 Pasal 10 menyatakan “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan, dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib dengan bertanggung jawab kepada negara dan Revolusi memberikan putusan”.

pengadilan seperti ini tidak mempunyai akar dalam budaya hukum nusantara. Ketetapan pengadilan seperti tersebut hanya dikenal dalam sistem hukum *Civil Law/Kontinental*. Siapapun tidak boleh berperan dalam menyelesaikan suatu kasus hukum kecuali hakim dan harus di meja pengadilan.

Jika terdapat kekosongan aturan hukum atau aturannya tidak jelas maka untuk mengatasinya diatur dalam Pasal 27 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 yang menyebutkan “hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat”. Artinya seorang hakim harus memiliki kemampuan dan keaktifan untuk menemukan hukum (*rechtvinding*). *Rechtvinding* maksudnya adalah proses pembentukan hukum oleh hakim/aparat penegak hukum lainnya dalam penerapan peraturan umum terhadap peristiwa hukum yang konkrit dan hasil penemuan hukum menjadi dasar untuk mengambil keputusan. Van Apeldoorn menyatakan seorang hakim dalam tugasnya melakukan pembentukan hukum harus memperhatikan ajaran-ajaran yang mendasari pada asas: (1). menyesuaikan undang-undang dengan fakta konkrit; (2). dapat juga menambah undang-undang apabila perlu.

Hakim dalam merumuskan keputusan berarti membuat undang-undang karena undang-undang tertinggal dari perkembangan masyarakat. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan yang juga berfungsi sebagai penemu yang dapat menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum. Seolah-olah hakim berkedudukan sebagai pemegang kekuasaan legislatif yaitu badan pembentuk perundang-undangan. Pasal 21 AB menyatakan bahwa hakim tidak dapat memberi keputusan yang akan berlaku sebagai peraturan umum. Sebenarnya hukum yang dihasilkan hakim tidak sama dengan produk legislatif. Hukum yang dihasilkan hakim tidak diundangkan dalam Lembaran Negara. Keputusan hakim tidak berlaku bagi masyarakat umum, melainkan hanya

berlaku bagi pihak-pihak yang berperkara. Sesuai dengan eks Pasal 1917 (2) KUHPPerdata yang menentukan bahwa kekuasaan keputusan hakim hanya berlaku tentang hal-hal yang diputuskan dalam keputusan tersebut.

Akan tetapi para ahli hukum mengetahui bahwa undang-undang tidak akan pernah lengkap. Disitulah peran hakim untuk menyesuaikan peraturan perundang-undangan dengan kenyataan yang berlaku dalam masyarakat agar dapat mengambil keputusan hukum yang sungguh-sungguh adil sesuai tujuan hukum. Perundang-undangan yang dibuat pada suatu waktu tertentu, sedangkan suatu kasus terjadi pada waktu belakangan, bahkan juga sesudah undang-undang itu dibuat. Dalam tanggap waktu itu telah terjadi perubahan sikap atau ukuran hukum suatu masyarakat. Kalau hakim berpegang pada peraturan perundang-undangan, maka hakim akan menghasilkan suatu hukum yang tidak adil justeru itu hakim harus bekerja ekstra dalam melahirkan keadilan. Namun demikian tidak semua ahli hukum sependapat dengan hal tersebut di atas dan sebagai reaksinya lahirlah aliran yang menolak dan menerima penemuan hukum oleh hakim:

Aliran ini berpandangan klasik (aliran konservatif) yang ditengarai oleh Montesquieu, dan juga Immanuel Kant. Mereka berpandangan bahwa hakim dalam *menerapkan* undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan perannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang sehingga tidak dapat merubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah, tidak dapat mengurangnya disebabkan undang-undang satu-satunya sumber hukum positif. Undang-undang merupakan premis mayor dan peristiwa konkrit merupakan premis minor, sedangkan keputusan hakim adalah konklusi (kesimpulannya). Hal ini merupakan kesimpulan logis tidak akan melebihi dari yang terdapat pada premis-premisnya. Ini adalah pandangan legistis. Pandangan legistis bersandarkan pada Pasal 20 AB. Pasal 20 AB menyatakan bahwa “Hakim

harus mengadili menurut undang-undang kecuali ditentukan dalam Pasal 11, hakim sama sekali tidak boleh menilai arti atau keadilan dari undang-undang”. Pasal 21 AB “Tiada seorang hakimpun dengan jalan peraturan umum disposisi atau disebutkan menurut *reglemen* dapat memutuskan dalam perkara yang tunduk keputusannya”. Artinya hakim tidak memberi keputusan yang akan berlaku sebagai peraturan umum.

Sebagai reaksi aliran ini lahir pula penantangannya yang ber-pandangan lebih modern yaitu aliran progresif yang dipelopori oleh Van Eikema Hommes teori dan pendapatnya disebut materi juridis, yang di Jerman dipertahankan oleh Oscar Bulow, Eugen Ehrlich, dan di Perancis oleh Francois Geny serta di Amerika oleh Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank. Geny menentang penyalahgunaan cara berpikir yang abstrak logistik dalam pelaksanaan hukum dan fiksi bahwa undang-undang berisikan hukum yang berlaku. Oliver Wendel Holmes dan J. Frank menentang pendapat yang mengatakan bahwa hukum yang ada itu lengkap yang dapat menjadi sumber bagi hakim dalam memutuskan peristiwa konkrit. Penemuan hukum lebih menggunakan pandangan mazhab historis³ yang dipelopori oleh Friedrich Carl Von Savigny⁴ yaitu hakim perlu juga memperhatikan kebiasaan-kebiasaan yang hidup

³ Bandingkan, Van Apeldoorn, menyatakan bahwa hakim harus; (a) Menyesuaikan undang-undang dengan fakta konkrit; (b) Menambah undang-undang apabila perlu. Hakim membuat undang-undang karena undang-undang tertinggal dari perkembangan masyarakat. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan yang juga berfungsi sebagai penemu yang dapat menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang bukan hukum. Seolah-olah hakim berkedudukan sebagai pemegang kekuasaan legislatif, yaitu badan pembentuk undang-undang. Seakan-akan hakim memiliki ilmu yang lebih kuat di bidang hukum dibandingkan dengan yang lain.

⁴ Friedrich Carl Von Savigny (21 Februari 1779-25 Oktober 1861) adalah salah seorang sejarawan dari abad ke 19, dihormati, berpengaruh dan sejarawan. Savigny menyatakan bahwa hukum itu tidak dibuat, melainkan tumbuh dan berkembang bersama-sama dengan masyarakat.

dalam masyarakat, karena setiap bangsa itu memiliki jiwa bangsanya masing-masing (*volksgeist*) yang berbeda untuk setiap tempat. Hukum precedent di negara-negara Anglo Saxon adalah hasil penemuan hukum yang otonom sepanjang pembentukan peraturan dan penerapan peraturan dilakukan oleh hakim berdasarkan hati nuraninya, tetapi juga sekaligus bersifat heteronom karena hakim terikat kepada keputusan-keputusan terdahulu (faktor-faktor di luar diri hakim). Penggabungan dua faktor ini hanya dapat dilakukan oleh hakim yang berhadapan dengan kasus konkrit.

Sedangkan sistem hukum kontinental (seperti di Indonesia) mengenal penemuan hukum yang heteronom sepanjang hakim terikat kepada undang-undang. Tetapi penemuan hukum hakim tersebut mempunyai unsur-unsur otonom yang kuat disebabkan hakim harus menjelaskan atau melengkapi undang-undang menurut pandangannya sendiri. Lebih lanjut lahir pula suatu aliran yang menengahkan metoda penemuan hukum. Penemuan hukum merupakan kegiatan utama dari hakim dalam melaksanakan undang-undang apabila terjadi peristiwa konkrit. Undang-undang sebagai kaidah umumnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia. Oleh sebab itu harus dilaksanakan/ditegakkan. Agar dapat memenuhi asas bahwa setiap orang dianggap tahu akan undang-undang, maka undang-undang harus disebarluaskan dan harus jelas. Kalaupun undang-undang itu jelas tidak mungkin lengkap dan tuntas, tidak mungkin undang-undang mengatur segala kehidupan manusia secara lengkap. Kegiatan manusia sangat banyak dan terus berkembang. Selain itu undang-undang sebagai hasil karya manusia yang sangat terbatas kemampuannya setiap peraturan hukum itu bersifat abstrak dan pasif. Peristiwa hukum yang abstrak memerlukan rangsangan agar dapat aktif, agar dapat diterapkan kepada peristiwanya. Interpretasi (penafsiran) adalah salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup

kaidah tersebut diterapkan kepada peristiwanya.

Seorang sarjana terkemuka Carl Von Savigny memberi batasan tentang penafsiran yaitu rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang. Ini bukan metode penafsiran yang dapat digunakan semauanya tetapi berbagai kegiatan yang semuanya harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan yaitu penafsiran undang-undang, yang memerlukan penafsiran ialah terutama perjanjian dan undang-undang. Dalam hal bunyi atau kata-kata dalam perjanjian itu cukup jelas kiranya tidak perlu dijelaskan. Bahwa penjelasan itu tidak boleh ditafsirkan menyimpang dari bunyi (isi) perjanjian, azas ini disebut "*Sens Clair*" tercantum dalam eks Pasal 1342 KUHPerduta. Apabila kata dalam perjanjian itu tegas, maka tidak dibenarkan untuk menyimpang daripadanya dengan cara melakukan penafsiran. Penafsiran undang-undang/teks perjanjian harus didukung oleh argumentasi, baik dari tinjauan sejarah maupun ilmiah lainnya. Hal seperti inilah yang harus dikerjakan oleh hakim.⁵

Selanjutnya Polak mengemukakan bahwa penafsiran ditentukan oleh:

1. Materi peraturan perundang-undangan yang bersangkutan misalnya peraturan jual beli.
2. Tempat di mana perkara tersebut timbul yaitu memperhatikan kebiasaan setempat.
3. Waktu yaitu berlaku tidaknya peraturan hukum tersebut.

Mengenai penafsiran hukum inipun mempunyai metode penafsiran antara lain:

1. Metode interpretasi menurut bahasa (gramatika) yaitu suatu cara penafsiran undang-undang menurut arti kata (istilah) yang terdapat pada undang-undang. Hukum wajib menilai arti kata yang lazim dipakai dalam bahasa sehari-hari yang umum. Misalnya (a) Peraturan perundang-

⁵ Bandingkan, M. Qoraish Shihab, *Kaidah Tafsir; syarat, Ketentuan, dan Aturan yang patut Anda Ketahui dalam memahami Ayat-Ayat al-Qur'an* (tangerang: Lentara Hati, 2013), hlm. 156

undangan melarang orang menghentikan “kenderaannya” pada suatu tempat. Kata kenderaan bisa ditafsirkan beragam, apakah roda dua, roda empat atau kenderaan bermesin, bagaimana dengan sepeda dan lain-lain (E. Utrecht). Jadi harus diperjelas dengan kenderaan mana yang dimaksudkan. (b) mengenai istilah “dipercayakan” yang tercantum dalam Pasal 342 KUHP. Misalnya sebuah paket yang diserahkan kepada dinas Perkeretapian (PJKA). Sedangkan yang berhubungan dengan pengirim tidak ada selain Dinas tersebut artinya dipercayakan (c) Istilah “menggelapkan” dalam Pasal 41 KUHP sering ditafsirkan sebagai menghilangkan.

2. Metode interpretasi secara historis yaitu menafsirkan undang-undang dengan cara melihat sejarah terjadinya suatu undang-undang. Penafsiran historis ini ada 2 yaitu (a) Penafsiran menurut sejarah hukum (*Rechtshistorische interpretatie*) adalah suatu cara penafsiran dengan jalan menyelidiki dan mempelajari sejarah perkembangan segala sesuatu yang berhubungan dengan hukum seluruhnya. contoh: (a) KUHPperdata (BW) yang dikodifikasi pada Tahun 1848 di Hindia Belanda. Menurut sejarahnya mengikuti Code Civil Perancis dan Belanda (Nederland) dikodifikasikan pada Tahun 1838. (b) Penafsiran menurut sejarah penetapan suatu undang-undang (*wet historische interpretatie*) yaitu penafsiran undang-undang dengan menyelidik perkembangan suatu undang-undang sejak dibuat, perdebatan-perdebatan yang terjadi di legislatif, maksud ditetapkannya atau penjelasan dari pembentuk undang-undang pada waktu pembentukannya.
3. Metode interpretasi secara sistematis yaitu penafsiran yang meng-hubungkan pasal yang satu dengan pasal yang lain dalam suatu perundang-undangan yang bersangkutan, atau dengan undang-undang lain, serta membaca penjelasan undang-undang tersebut sehingga dipahami maksudnya. Contoh (a) Dalam eks Pasal 1330 KUHPperdata menyatakan

“Tidak cakap membuat persetujuan/perjanjian antara lain orang-orang yang belum dewasa”. Timbul pertanyaan “apakah yang dimaksud dengan orang-orang yang belum dewasa”. Untuk hal tersebut harus dikaitkan pada eks Pasal 330 KUHPPerdata yang mengatur batasan orang yang belum dewasa yaitu belum berumur 21 tahun. (b) atau belum kawin dalam batasan umur 21 tahun. Apabila hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang lahir di luar perkawinan orang tuanya, tidak cukup hanya mencari ketentuan-ketentuan dalam KUHPPerdata (BW) saja melainkan dikaitkan juga dengan perundang-undangan lainnya, seperti undang-undang Perlindungan Anak.

4. Metode interpretasi secara teleologis sosiologis yaitu makna undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakan artinya peraturan perundang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Ketentuan undang-undang yang sudah tidak sesuai lagi disesuaikan dengan keadaan sekarang untuk memecahkan/menyelesaikan sengketa dalam kehidupan masyarakat. Peraturan yang lama dibuat menjadi aktual. Penafsiran seperti ini yang harus dimiliki lebih banyak pada hakim-hakim di Indonesia mengingat negara Indonesia yang pluralistik dan kompleks. Peraturan perundang-undangan dalam tatanan hukum nasional harus diterjemahkan oleh para hakim sesuai kondisi sosial suatu daerah. Umpamanya: Di daerah suku Dayak di Kalimantan, tanah dianggap seperti ibu yang dapat dimiliki oleh setiap orang dan harus dijaga/dirawat layaknya menjaga/merawat seorang ibu. Dalam hal ini hakim harus menserasikan pandangan sosial kemasyarakatannya dengan Undang-Undang Nomor. 5 Tahun 1960 tentang Undang-Undang Pokok Agraria.
5. Metode interpretasi secara Autentik (resmi) yaitu penafsiran resmi yang diberikan oleh pembuat undang-undang tentang arti kata-kata yang digunakan dalam undang-undang tersebut. Contoh: Dalam Titel IX Buku

- 1 KUHP memberi penjelasan secara resmi (authentik) tentang arti beberapa kata/sebutan dalam KUHP. Seperti dalam Pasal 97 KUHP yang dimaksud “sehari” adalah masa yang lamanya 24 jam, “sebulan” adalah masa yang lamanya 30 hari. Tetapi tafsiran dalam Titel IX Buku I KUHP ini tidak semestinya berlaku juga untuk kata-kata yang dipergunakan oleh peraturan pidana di luar KUHP artinya hakim tidak hanya bertindak sebagai corong hukum saja melainkan harus aktif mencari dan menemukan hukum itu sendiri dan mensosialisasikannya kepada masyarakat melainkan putusan pengadilan.
6. Metode interpretasi secara ekstentif yaitu penafsiran dengan cara memperluas arti kata-kata yang terdapat dalam undang-undang seperti suatu peristiwa. Sehingga suatu peristiwa yang lain dapat dimasukkan ke dalamnya. Contoh bahwa “*menyambung*” atau “*menyadap*” aliran listrik dapat dikenakan Pasal 362 KUHP artinya yurisprudensi memperluas pengertian unsur barang (benda) dalam Pasal 362 KUHP. Demikian kata “mengambil”. Dahulu kata mengambil dalam arti memegang dan memindahkan. Dalam metode interpretasi menyadap atau menyambung sama artinya dengan mengambil. Justeru itu menyadap aliran listrik/pulsa termasuk ke dalam perbuatan mencuri dan dapat dikenakan Pasal 362 KUHP. “*Delik Pencurian*”.
 7. Metode Interpretasi Restriktif yaitu penafsiran yang membatasi/mempersempit maksud suatu pasal dalam undang-undang seperti Putusan Hoge Raad Belanda tentang kasus Perkeretaapian “*Linden Baum*” bahwa kerugian yang dimaksud Pasal 1365 KUHPerdada juga termasuk kerugian immaterial yaitu pejalan kaki juga harus bersikap hati-hati sehingga pejalan kaki juga harus menanggung tuntutan ganti rugi separuhnya (orang yang dirugikan juga ada kesalahannya).⁶ Justeru itu untuk menghasilkan suatu keadilan harus aktif pihak-pihak yang tersangkut

⁶ Mr. C. Asser, 1986, hlm. 84-85

termasuk juga masyarakat yang menaruh perhatian atau di sekitarnya.

8. Metode Interpretasi Analogi yaitu memberi penafsiran pada suatu peraturan hukum dengan memberi qias pada kata-kata dalam peraturan tersebut sesuai dengan asas hukumnya sehingga suatu peristiwa yang sebenarnya tidak termasuk ke dalamnya dianggap sesuai dengan bunyi peraturan tersebut. Contoh penafsiran penjualan dalam Pasal 1576 KUHPerdara yaitu “Penjualan barang yang disewa tidak memutuskan sewa menyewa kecuali apabila diperjanjikan”. Apabila misalnya seseorang menghibahkan rumah miliknya kepada orang lain sedangkan rumah tersebut dalam keadaan disewakan kepada orang lain. Berdasarkan persamaan yang ada dalam perbuatan memberi (hibah), menukar, mewariskan dengan perbuatan, menjual dan persamaan itu adalah perbuatan yang bermaksud mengasingkan suatu benda, maka hakim membuat suatu pengertian “bahwa pengasingan (menukar, mewariskan) tidak memutuskan (mengakhiri) sewa menyewa, Pasal 1576 KUHPerdara walau hanya menyebut kata “menjual” masih juga dapat diterapkan pada peristiwa hibah, menukar, mewariskan. Oleh konstruksi hukum seperti itu. Hakim dapat menyempurnakan sistem formil hukum. Konstruksi hukum seperti di atas menurut Scholten tidak boleh dilakukan secara sewenang-wenang. Konstruksi itu harus meliputi bahan-bahan yang positif. Maksud dengan bahan-bahan positif adalah sistem materiil undang-undang yang sedang berlaku. Konstruksi itu harus didasarkan atas pengertian-pengertian hukum yang yang memang ada dalam undang-undang yang bersangkutan dan menjadi dasar undang-undang yang bersangkutan. Konstruksi tidak boleh didasarkan atas masing-masing (elemen) di luar sistem materiil positif. Di dalam hukum pidana analogi dilarang sedangkan metode interpretasi ekstensif dibolehkan (Contoh: penyambungan/penyadapan aliran

listrik). Hukum di Inggris yang sebagian tertulis (statute law) dan sebagian tidak tertulis (common law) mengenal analogi. Walaupun demikian hukum di Inggris menolak menggunakan analogi terhadap hukum pidana. Sedangkan di Uni Soviet menghilangkan dengan sengaja ketentuan *nullum delictum* dan menggunakan prinsip bahwa hakim pidana harus menghukum semua tindakan yang membahayakan masyarakat.

9. Metode interpretasi *argumentum a contrario* yaitu suatu penafsiran yang memberikan perlawanan pengertian antara peristiwa konkrit yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang. Berdasarkan perlawanan ini ditarik suatu kesimpulan bahwa perkara yang dihadapi tidak termasuk ke dalam pasal tersebut melainkan di luar peraturan perundang-undangan. Scholten mengatakan bahwatidak hakikatnya pada perbedaan antara menjalankan undang-undang secara analogi dan menerapkan undang-undang secara *argumentum a contrario* harus hasil dari ke 2 menjalankan undang-undang tersebut berbeda-beda, analogi membawa hasil yang positif sedangkan menjalankan undang-undang secara *argumentum a contrario* membawa hasil yang negatif. Contoh: Dalam Pasal 34 KUHPerdata menyatakan bahwa seorang perempuan tidak dibenarkan menikah lagi sebelum lewat suatu jangka waktu tertentu yaitu 300 hari sejak perceraian dengan suaminya. Berdasarkan *argumentum a contrario* (kebalikan), maka ketentuan tersebut tidak berlaku bagi laki-laki/pria. Menurut asas hukum perdata Eropah seorang perempuan harus menunggu sampai waktu 300 hari lewat sedangkan menurut hukum Islam dikenal masa iddah yaitu 100 hari atau 3 x suci karena dikhawatirkan dalam tenggang waktu tersebut masih terdapat benih dari suami terdahulu. Apabila ia menikah sebelum lewat masa iddah menimbulkan ketidakjelasan status anak yang dilahirkan dari suami berikutnya.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan:

1. Menurut pandangan baru (modern) bahwa hukum yang ada itu tidak lengkap, tidak dapat mencakup seluruh peristiwa hukum yang timbul dalam masyarakat dan atau terus berkembang. Oleh sebab itu hakim turut serta menemukan hukum yang oleh Prof. Mr. Paul Scholten menyebutkan hakim menjalankan *rechtvinding*. Hakim menemukan hukum melalui ijtihad. Hakim melakukan analisis, berargumentasi untuk menemukan hukum yang konkrit terhadap masalah yang dihadapi.
2. Walaupun hakim turut menemukan hukum tetapi lembaga itu bukan legislatif. Artinya hakim hanya menemukan hukum yang khusus *in casu*. Hukum yang ditemukan oleh hakim belum tentu dapat berlaku umum. Hukum itu berlaku khusus terhadap peristiwa yang dihadapinya. Pengalaman hakim dalam mengkaji hukum tentu aja dapat memudahkannya dalam berijtihad. Nilai kesungguhan ijtihad diimbangi oleh pahala yang besar. Tidak mungkin mendapat pahala yang besar, ketika tidak bersungguh-sungguh melahirkan suatu keputusan yang adil dan tepat.
3. Dalam melakukan penemuan hukum, hakim menggunakan metode penafsiran terhadap undang-undang seperti penafsiran menurut bahasa, penafsiran secara historis, penafsiran secara sistematis, penafsiran secara teleologis/ sosiologis, penafsiran secara autentik, penafsiran secara ekstensif restrektif, analogi *argumentum a contrario*. Menelisih kepada terminology yang harus dilakukan oleh hakim dalam melahirkan suatu putusan, tentu saja memerlukan energy yang cukup dan kemampuan.
4. Pada tahap hakim harus menemukan hukum, hakim tidak boleh lagi menanyakan kepada siapapun juga. Mengkonfirmasi kepada tenaga ahli membaca referensi atau doktrin dianggap sudah berlalu. Hakim tidak boleh lagi melihat ke kiri atau ke kanan. Hakim harus menemukan hukum dan menjadi tanggung-jawab hakim secara penuh.

BAB II

METODE PENEMUAN HUKUM DALAM SISTEM HUKUM ISLAM

Sebagai bahan perbandingan dengan metode-metode penemuan hukum sebelumnya, maka secara ringkas metode penemuan hukum Islam perlu disampaikan di sini. Sebelum membahas metode penemuan hukum Islam ini, terlebih dahulu dikemukakan mengenai sumber-sumber hukum Islam yang erat kaitannya dengan masalah tersebut. Hukum Islam sangat luas, dan baru “bekerja”, ketika berhadapan masalah sosial/kejahatan atau perselisihan. Masalah sosial kemasyarakatan sangat dinamis, dan terus berkembang. Hukum Islam juga terus berkembang sesuai dengan tugasnya meringkai masalah sosial serta memberi pedoman serta sanksi-sanksinya. Justeru itu pembelajaran hukum Islam terus direnovasi. Renovasi ini agar hukum Islam dapat dengan cekatan menjawab persoalan sosial kemasyarakatan. Metodologi penelitian hukum dan metodologi penemuan harus terus-menerus diperbaiki dan disempurnakan.

Salah satu komponen filsafat hukum yang sudah diketahui umum adalah aksiologi. Sebagian tokoh menyederhanakan dengan istilah menemukan hukum. Penemuan hukum in concreto” Namun Peter Mahmud Marzuki menguraikan lebih lanjut: “...untuk menemukan norma hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrin-doktrin hukum...” lalu ditambah kalimat: “guna menjawab isu hukum yang dihadapi”. Jadi tujuan penelitian hukum menurut Marzuki adalah untuk menemukan hukum. Ketika tujuan itu tercapai, maka *outcome*-nya adalah untuk menyelesaikan isu hukum.

A. Sumber Hukum Islam

Hukum Islam atau juga disebut Fiqh Islam merupakan hukum yang mendasar pada ketentuan-ketentuan yang sudah diturunkan Allah swt kepada Nabi dan Rasulnya

Muhammad saw yang diperuntukkan bagi umat manusia sampai akhir zaman. Menurut Al Jurjani dalam kitabnya *At-Ta'rifaat*, pengertian hanya menyangkut hukum syara' yang berhubungan dengan perbuatan manusia yang diperoleh dari dalil-dalilnya yang terperinci. Fiqh adalah ilmu yang diperoleh dengan menggunakan Syariah Islamiah, karena menurut Muhammad "Ali At-Tahanawi dalam kitabnya *KisyaaflIsthilaahaat al-Funuum*, pengertian syariah mencakup seluruh ajaran Islam, baik meliputi aspek akidah, ibadah akhlak dan muamalat (kemasyarakatan). Syariah disebut juga *millah* dan *diin*.¹

Adapun tentang sumber hukum Islam, dapat diperoleh dari sebuah hadits yang berasal dari Mu'adz bin Jabal. Diriwayatkan bahwa ketika Nabi Muhammad saw akan mengutusny ke Yaman, beliau bertanya: "Apa yang akan kau lakukan jika kepadamu diajukan suatu perkara untuk diputus?" Muadz menjawab: "Saya akan memutus atas dasar ketentuan dalam kitab Allah (Al-Quran)." Nabi bertanya lagi: "Jika dalam kitab Allah tidak kau jumpai ketentuannya bagaimana?" Muadz menjawab: "Dengan sunah Rasulullah". Nabi bertanya lagi: "Jika dalam sunah Rasulullahpun tidak kau jumpai ketentuannya bagaimana". Muadz menjawab: "Saya akan berijtihad menggunakan pikiran dan tidak akan dibiarkan perkara itu tanpa putusan apapun". Muadz mengatakan: "Beliau (Nabi) kemudian menepuk dadanya dan mengatakan, "Alhamdulillah, segala puji bagi Allah yang telah memberikan taufik-Nya kepada utusan Rasulullah dengan hal yang melegakan hati Rasulullah.² Hal lain yang dapat dipahami bahwa subjek hukum, sebagai muslim memiliki kewenangan untuk memahami hukum Islam serta melaksanakannya dalam koridor kemampuan menjalankan

¹ Cyrill Glasse, *Ensiklopedi Islam (Ringkas)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada (1999), hlm.269

² Hadits Riwayat Al Baihaqi, sebagaimana dikutip oleh Ahmad Azhar Basyir, *Refleksi atas Persoalan Keislaman (Seputar Filsafat, Hukum, Politik dan Ekonomi)*, Yogyakarta: UII Press, 2000) hlm. 2-3.

hukum Islam.

Dari hadits di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa sumber hukum Islam yang utama adalah Al-Quran dan Sunah Rasulullah. Hal-hal yang tidak terdapat ketentuannya dalam Al-Quran dan Sunah Rasul dapat diperoleh ketentuannya dengan menggunakan pikiran (*ra'yu*). Bekerjanya pikiran untuk memperoleh ketentuan-ketentuan hukum itu disebut *ijtihad*. Pada dasarnya menggunakan pikiran untuk memperoleh ketentuan hukum hal-hal yang diatur secara umum dalam Al-Quran dan Sunah Rasul itu dibenarkan. Sering disebutkan bahwa *ijtihad* atau *ra'yu* merupakan sumber hukum Islam yang ketiga. Jadi selain Al-Quran dan Sunah Rasul dan digolongkan sumber hukum Islam yang ketiga, yaitu *ijtihad*. Ijtihad dengan, menarik sejumlah garis hukum yang ada di dalam ayat-ayat al-Qur'an atau hadits Al-Qur'an dengan dimensi yang pluratistik akan menghasilkan suatu ajaran untuk peristiwa yang khusus pula.

Menurut Khozin Siraj, sumber hukum Islam dapat dibedakan menjadi dua, yaitu sumber hukum *Ashliyyah* dan sumber hukum *Tabaiyyah*. Sumber hukum *Ashliyyah* adalah sumber hukum yang penggunaannya tidak tergantung pada sumber hukum yang lama terdiri dari Al-Quran dan Hadits saja. Sedangkan sumber hukum *tabaiyyah* adalah sumber hukum yang penggunaannya tergantung pada sumber hukum utama yaitu al-Quran dan Al Hadits, antara lain meliputi *ijma*, *qiyas*, *istishlah* atau *al Mashalih al Mursalah*, *Ihtishab* dan *al 'Urfu*.

Adapun mazhab-mazhab yang paling berpengaruh dalam hukum Islam adalah mazhab *ahli sunnah wal jamaah* atau yang dikenal dengan mazhab yang empat, yaitu mazhab Hanafi, mazhab Maliki, mazhab Syafii dan mazhab Hanbali.³

³ Selanjutnya uraian mengenai masalah tersebut dapat dilihat dibukunya Khozin Siraj, *Hukum Islam Sejarah Perkembangannya, Aliran-alirannya, Sumber-sumbernya*, Penerbit Fakultas Hukum UUI, Yogyakarta, 1984, hlm. 74-75. Lihat pula bukunya Sulaiman Rasjid, Penerbit Sinar Baru, Bandung, 1989, hlm. 17 dan seterusnya.

Ummat Islam Indonesia mazhab yang banyak dikembangkan secara signifikan terutama adalah mazhab Syafi'i. Ahli fiqh Indonesia mendominasi bahan hukum dari mazhab Syafi'i; dan tidak sepenuhnya mazhab Syafi'i, sehingga ada yang menyebut dengan mazhab Indonesia. Percampuran berbagai mazhab dan lahirlah mazhab Indonesia. Walaupun ulama sering menyuarakan bahwa berpegang sepenuhnya pada mazhab syafi'i, tetapi ketika memberi pengajian sering memberi contoh di luar contoh Imam Syafi'i .

B. Metode-metode dalam Penemuan Hukum Islam

Pada hakikatnya secara garis besar ada dua metode penemuan hukum Islam yang paling umum digunakan dalam mengkaji dan membahas hukum Islam, yaitu metode *istinbath* dan *ijtihad*. Secara ringkas kedua metode tersebut akan diuraikan di bawah ini.

a. Metode Istinbath

Metode Istimbath adalah cara-cara menetapkan (mengeluarkan) hukum Islam dari dalil nash, baik dari ayat-ayat Al-Quran maupun dari as-Sunnah, yang lafadz (perkataannya) sudah jelas/pasti (*qath'i*). Jalan *istinbath* ini memberikan kaidah-kaidah yang bertalian dengan pengeluaran hukum dari dalil. Sebagai contoh ketentuan Al-Quran mengenai larangan kawin antara wanita muslimah dengan pria non muslim, para ulama tidak berbeda pendapat dengan masalah ini. Karena isinya sudah jelas dan tidak dapat ditafsirkan lain. QS. Al Baqarah ayat 221 menyebutkan sebagai berikut:

“Dan janganlah kamu menikahkan orang-orang musyrik dengan wanita-wanita yang mukmin sebelum mereka beriman. Sesungguhnya budak yang beriman, lebih baik daripada orang musyrik, walaupun dia menarik hatimu”.⁴ Konsep garis hukum dari ayat al-Quran ini dapat dikembangkan lebih jauh, dengan menyebut-

⁴ Lebih lanjut tentang metode *istinbath* lihat dalam bukunya As - muni Abdurrahman, *Metode Penetapan hukum Islam*, (Bulan Bintang, Jakarta: 1987), hlm 5.

kan adanya ketentuan kesepadanan/sekufu dalam melangsungkan perkawinan. Larangan perkawinan antara muslim dan non muslim adalah ada hal yang sejalan. Hal yang tidak sejalan dalam bahasa lain disebut tidak sekufu. Tidak sekufu tidak hanya menyangkut agama, tetapi juga hal-hal lainnya.

b. Metode Ijtihad

Metode Ijtihad adalah cara menggali hukum Islam dari nash (teks), baik dari ayat-ayat Al-Quran maupun dari as-Sunnah yang memerlukan perenungan yang mendalam, mengingat lafadh (perkataannya) bersifat *dzanni* (belum pasti). Karena sifatnya belum pasti, sangat mungkin terjadi pemahaman yang berbeda di antara para ulama. Termasuk dalam metode ijtihad adalah sumber-sumber hukum *tabaiyyah*, yang antara lain meliputi *ijma*, *qiyas*, *istishlah* atau *Al Mashalih Al mursalah*, *ihtisan*, *ihtishab* dan *al 'urfu*.

Sebagai contoh, mengenai ketentuan seorang pria muslim boleh kawin dengan wanita ahlul kitab. Dalam QS. Al Maidah ayat 5 menyatakan sebagai berikut:

“Dan diharamkan mengawini wanita-wanita yang menjaga kehormatan di antara wanita-wanita yang beriman dan wanita-wanita yang menjaga kehormatan di antara orang-orang yang diberi kitab suci sebelum kamu”.

Pertanyaan adalah siapakah yang dimaksud ahlul kitab? ahlul kitab di sini oleh para ulama ditafsirkan orang-orang Yahudi dan Nasara, yaitu sama-sama agama samawi yang diturunkan dari wahyu Allah swt. Yang kemudian dipersoalkan juga apakah mereka sekarang ini masih murni mengikuti ajaran tauhid atau sudah meninggalkannya, sehingga dapat ataukah tidak dikategorikan sebagai ahlul kitab, dalam hal ini para ulama masih berbeda pendapat.⁵ Perbedaan pendapat seperti ini harus ditemukan ketentuan yang pasti dalam menghadapi kasus yang konkrit. Untuk

⁵ Lebih lanjut tentang masalah ini baca bukunya Yusuf al-Qar - hawy, *Ijtihad dalam Syariat Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1987, Zarkasji Abdul Salam, *Pengantar Ilmu Fiqh dan Usul Fiqh*, Lembaga Studi Filsafat Islam, Yogyakarta, 1994, dan Masjufuk Zuhdi, *Masail Fiqhiyah*, Haji Masagung, Jakarta, 1994.

pendapat yang terkait inilah dibutuhkan ijtihad.

Selanjutnya tentang metode-metode ijtihad yang meliputi *ijma*, *qiyas*, *istishlah* atau *Al Mashalih Al mursalah*, *ihtishan*, *ihtishab* dan *al 'urfu* akan diuraikan di bawah ini.⁶

Ijma adalah kesepakatan para mujtahid sesudah wafat Nabi Muhammad. Kesepakatan itu menyangkut tentang hukum syara'. Jadi ijma merupakan kesepakatan bulat pendapat dalam ijtihad yang dilakukan secara kolektif oleh para ulama mujtahid. Kesempatan itu dinarasikan dalam kalimat argumentatif. Cara seperti ini dapat mendidik pengetahuan hukum bagi masyarakat. Al-Syaukani dalam kitab *Irsyadul Fuhul* telah menjelaskan, secara difinitif bahwa ijma' adalah kesepakatan ulama mujtahid secara umum. Jumlah mujtahid itu tidak terbatas dan tempatnya terpencar serta saling berjauhan. Sehingga ada yang berpendapat bahwa ijma' mustahil terlaksanakan kecuali pada masa sahabat. Justeru itu sebagaimana disebutkan, bahwa dalam ijma harus dikemukakan argumentasi hukum, tentang sebab-sebab sehingga harus ijma', atau masuk kategori ijma'. Dengan demikian juga ijma' pada zaman dahulu dengan ijma' sekarang berbeda. Berbeda dalam arti berkumpul untuk bersepakat.

Qiyas adalah memperbandingkan hal yang tidak ada nashnya dengan hal yang sudah ada nashnya dalam hukum syara' yang bersifat pasti, untuk mencari persamaan alasan hukum. Apabila ada sesuatu kejadian yang belum ada ketentuan hukumnya secara khusus, kemudian dibandingkan dengan kejadian lain yang serupa akan tetapi ketentuan hukumnya telah ada. Akhirnya ditetapkanlah suatu hukum yang telah dinashkan terhadap kejadian lain yang ada di dalamnya terdapat alasan hukum yang serupa. Dengan kata lain Qiyas adalah menyamakan hal yang hukumnya tidak terdapat ketentuannya dalam Al-Quran dan Sunnah Rasul

⁶Lihat Ahmad Azhar Basyir, *Ibid.*, hlm. 4-6. Lihat pula bukunya Khozin Siraj, *Hukum Islam Sejarah Perkembangannya, Aliran-alirannya, Sumber-sumbernya*, Penerbit Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, hlm. 74-75.

dengan hal yang hukumnya terdapat ketentuannya dalam Al-Quran dan Sunnah Rasul karena adanya persamaan 'illat hukum atau hal yang melatarbelakangi adanya ketentuan hukum. Misalnya Q.S Al Maidah: 90 melarang minum khamar, minuman keras yang dibuat dari buah anggur. Hal yang melatarbelakangi larangan tersebut atau 'illat hukumnya adalah karena minuman itu memabukkan. Maka segala minuman yang memabukkan yang dibuat bukan dari sebuah anggur dapat diqiyaskan hukumnya dengan khamar, seperti tuak yang dibuat dari air buangan enau dan sebagainya. Jika berjual beli khamar hukumnya haram, hukum berjual beli tuak hukumnya juga haram atas dasar qiyas.

Istishlah atau *Al Mashalih Al mursalah* adalah pertimbangan kepentingan masyarakat. Menentukan hukum atas dasar *Istishlah* tertuju kepada hal-hal yang tidak diatur ketentuannya dalam Al-Quran dan Sunah Rasul. Misalnya menetapkan kewajiban mencatat/membukukan pernikahan. Memnuat akta nikah tidak dikenal dan tidak disinggung dalam al-Quran dan Sunnah. Dengan demikian dapat dipahami pertimbangan kewajiban ini atas dasar ketertiban masyarakat.

Istihsan adalah mengambil ketetapan yang dipandang lebih baik sesuai tujuan hukum Islam, dengan jalan meninggalkan dalil khusus untuk mengamalkan dalil umum. Misalnya Islam mengajarkan agar hak milik perorangan dijamin dan hanya dibenarkan untuk dilepaskan dengan jalan sukarela pemilikinya. Akan tetapi jika kepentingan umum mendesak, dimungkinkan penguasa mencabut hak milik perorangan dengan paksa, meskipun seharusnya dengan memberikan ganti rugi kecuali jika untuk itu memang tidak dimungkinkan. Misalnya mencabut hak milik tanah perorangan untuk pelebaran jalan dan pembuatan waduk air guna mengairi tanah-tanah tandus dalam rangka penyuburan dan peningkatan produksi pangan.

Istishab adalah melangsungkan berlakunya hukum

yang telah ada karena belum adanya ketentuan lain yang membatalkannya. Misalnya dalam perjanjian utang piutang yang telah terjadi, tiba-tiba pihak berutang mengatakan telah membayar kembali hutangnya, padahal tanpa saksi atau alat bukti lainnya. Dalam hal seperti ini, atas dasar istishab, ditetapkan bahwa pihak berutang masih belum membayar kembali utangnya jika pihak berpiutang menyangkal pernyataan pihak berutang tersebut.

Al 'Urfu adalah sesuatu yang dikenal oleh orang banyak dan dikerjakan, baik berupa perkataan, perbuatan maupun keenggan-an. Sementara ulama ada yang menyamakan dengan adat kebiasa-an, karena ia merupakan sesuatu hal yang biasa dikerjakan atau diucapkan oleh mereka. Dengan demikian hal-hal yang tidak bertentangan dengan ketentuan syara' dapat dikokohkan tetap berlaku bagi masyarakat yang mempunyai adat istiadat tersebut. Maka bagi ummat Islam hukum adat setempat masih dapat di-pandang berlaku, selagi tidak bertentangan dengan ketentuan nash Al-Quran dan Sunah Rasul. Misalnya berjual beli buah-buahan dengan cara tebasan dengann ketentuan pembeli memetik sendiri yang merupakan adat kebiasaan dalam muamalat. Hal seperti ini dapat dibenarkan karena memang telah menjadi adat kebiasaan yang diterima masyarakat, dan pihak-pihak bersangkutan tidak ada yang merasa dirugikan serta tidak bertentangan dengan nash Al-Quran dan Sunah Rasul.

Untuk mempermudah pemahaman terhadap berbagai macam metode penemuan hukum Islam, di bawah ini dikemukakan ikhtisar singkat tentang beberapa metode penemuan hukum Islam.

Dalam konteks metode ijtihad, Prof. Dr. Amir Mu'allin menawarkan suatu metode ijtihad alternatif yang disebut metode ijtihad responsif.⁷ Metode ini dapat dijabarkan dalam alur sebagai berikut:

1. Mengidentifikasi dan memahami problem kontemporer

⁷ Amir Mu'allin, *Op. cit.*, hlm. 18-19.

yang perlu solusi dari aspek hukum Islam. Langkah ini perlu dilakukan untuk mengetahui secara persis segala sesuatu berkaitan dengan problem kontemporer yang perlu dicarikan solusinya.

2. Mencari dan memahami teks yang berkaitan dengan problem yang dihadapi. Pemahaman secara mendalam terhadap makna teks yang dijadikan dalil dalam suatu realitas sosial merupakan sesuatu langkah awal yang harus dilakukan dalam mendialogkan pesan teks dengan realitas sosial. Pemahaman terhadap makna teks ini dapat ditempuh dengan mengetahui arti dari kandungan nash, mengetahui asbabun nuzulnya, menggali penafsiran ulama terhadap nash dan menyimpulkannya.
3. Membaca filosofi teks untuk menemukan substansi pesan teks. Dalam kaitan ini penting untuk memahami kondisi aktual masyarakat Arab pra Islam dan masa Nabi dalam rangka menafsirkan pernyataan-pernyataan legal dan sosio ekonomik Al-Quran. Pendekatan historis ini adalah sebagai salah satu cara yang dapat diterima dan berlaku adil kepada tuntutan intelektual ataupun integritas moral.
4. Melihat maqasid syari'ah. Kajian utama dalam teori maqasid syariah adalah mengenai tujuan hukum Islam yang diwujudkan dalam bentuk kemaslahatan umat manusia baik di dunia maupun di akhirat. Salah satu persyaratan penting mujtahid dalam melakukan ijtihadnya adalah keharusan mengetahui tujuan ditetapkannya hukum dalam Islam.
5. Memahami realitas sosial termasuk sejarah sosial dan pendapat ulama/pakar. Dalam pelaksanaan ijtihad, faktor-faktor yang harus diperhatikan adalah perubahan sosial, budaya, kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi dan lebih dari itu harus sesuai dengan tuntutan zaman. Jadi dalam ijtihad dibutuhkan analisis yang cermat terhadap masalah yang dikaji. Analisis tidak hanya terbatas pada dalil-dalil dan argumentasi melainkan juga harus melihat

relevansinya dengan masa sekarang.

6. Meresponsikan substansi pesan teks, pemahaman maqasid syari'ah, pendapat ulama/pakar, realitas sosial dan problem kontemporer yang perlu dicarikan solusinya. Setelah substansi pesan teks telah telah dipahami, maqasid syari'ah telah dimengerti, pendapat ulama/pakar telah dicari, realitas sosial telah dielaborasi, dan problem kontemporer yang perlu dicarikan solusinya telah teridentifikasi, maka selanjutnya dilakukan penalaran responsif terhadap aspek-aspek tersebut untuk menemukan beberapa alternatif solusi terhadap problem kontemporer yang dikaji.
7. Menemukan solusi dan menetapkan solusi yang dianggap benar sebagai jawaban terhadap problem kontemporer yang dihadapi masyarakat. Solusi yang telah didapatkan selanjutnya ditetapkan sebagai jawaban terhadap problema kontemporer yang dihadapi.

Contoh penerapan metode ijtihad responsif adalah penetapan hukuman yang tepat bagi para koruptor. Sebagian besar masyarakat menilai bahwa hukuman terhadap koruptor di Indonesia, terlalu dan tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat. Akibatnya masyarakat tidak puas dan koruptor-koruptor bukannya berkurang tetapi justru bertambah banyak. Oleh karena itu, perlu dilakukan responsif untuk menetapkan hukuman yang setimpal untuk para koruptor agar hukuman itu dapat berfungsi sebagaimana mestinya.⁸ Di samping itu harus dikaji juga jaringan pencegahan hukum yang terbiasakan sehingga mengakibatkan korupsi, harus dikaji secara komprehensif. Hal ini penting dikaji untuk melakukan rumus hukum dalam rangka melakukan pencegahan. Pencegahan lebih wajib dibandingkan dengan kewajiban menghukum koruptor.

⁸ *Ibid.*, hlm. 23-30.

BAB III

PENEMUAN HUKUM DALAM YURISPRUDENSI DI INDONESIA

A. Penemuan Fakta Peristiwa dan Fakta Hukum

Putusan pengadilan merupakan cerminan kemampuan se-orang hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara. Putusan yang baik harus disusun dari fakta peristiwa dan fakta hukum yang lengkap, rinci, jelas dan akurat yang diperoleh dalam persidangan yang termuat dalam Berita Acara Persidangan. Putusan yang disusun secara runtut (sistematis) dengan bahasa yang baik dan benar berisi argumentasi hukum yang jelas, tepat dan benar mencerminkan keprofesionalan seorang hakim.¹ Putusan demikian setidaknya dapat memberikan informasi yang jelas akurat dan mudah-mudahan pula memberikan kepuasan kepada para pihak, sehingga para pihak merasa puas dan menerima putusan tanpa melakukan upaya hukum lainnya yang menimbulkan penyelesaian perkara menjadi berlarut-larut. Putusan pengadilan yang tidak memuat argumentasi hukum yang akurat dapat mempengaruhi pihak yang berperkara. Para pihak akan ragu terhadap putusan yang diberikan. Selanjutnya tidak mempercayai putusan tersebut. Pihak-pihak akan melakukan upaya hukum lain, baik upaya hukum biasa, maupun upaya hukum luar biasa.

Untuk memperoleh fakta peristiwa dan fakta hukum demikian, hakim sejak sidang pertama sampai dengan sidang pembacaan putusan tidak boleh keluar dari koridor hukum acara. Dalam proses sidang jawab menjawab dan proses

¹ Bandingkan, A. Mukti Arto, *Pembaharuan Hukum Islam melalui Putusan Hakim* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015), hlm. 3. Buku ini menjelaskan bahwa hakim harus berusaha untuk menemukan putusan yang baik dan tepat dan itu dianggap penting dalam melahirkan putusan yang bermutu di lingkungan Peradilan Agama; (1) Tertata dengan baik; (2) Sistematis; (3) Runtut; (4) tidak mengandung Frasa kata-kata multi tafsir; (5) mengandung kejelasan; (6) mengandung pembaruan hukum Islam (tajdid); dan (7) bermanfaat bagi pihak-pihak.

pembuktian, hakim harus memberikan kesempatan yang seadil-adilnya kepada para pihak untuk mengungkapkan dalil-dalil dan bukti-bukti yang menurut para pihak penting disampaikan. Sehingga tidak satupun fakta peristiwa dan fakta hukum yang tidak terungkap atau tidak jelas dalam persidangan. Masyarakat yang belum biasa berhadapan dengan pengadilan tentu saja akan mengalami kesulitan dalam menformat kegiatannya dalam berperkara.

Namun demikian fakta peristiwa dan fakta hukum yang lengkap, rinci, jelas, dan akurat yang diperoleh dalam persidangan belum tentu melahirkan putusan yang baik. Hal ini terpulang kepada sejauh mana hakim memiliki kemampuan penalaran hukum yang meliputi: *Pertama*, memetakan fakta peristiwa dan fakta hukum yang termuat dalam gugatan dan jawaban gugatan; *Kedua*, menilai alat bukti untuk menguji fakta peristiwa dan fakta hukum yang diajukan oleh para pihak dalam gugatan dan jawaban gugatan; *Ketiga*, merumuskan fakta hukum yang dijadikan dasar tuntutan dari fakta-fakta peristiwa dan fakta hukum yang sudah diuji kebenarannya dengan alat bukti dalam sidang pembuktian; *Keempat*, menemukan norma hukum dari peraturan perundang-undangan dan/norma hukum yang berlaku di masyarakat untuk diterapkan dalam kasus yang diadili; *Kelima*, membangun argumentasi hukum manakala hakim tidak menggunakan norma hukum dari peraturan perundang-undangan dan/norma hukum yang berlaku di masyarakat disebabkan norma hukum tersebut tidak memuat rasa keadilan untuk diterapkan dalam kasus yang diadili; *Keenam*, merumuskan pertimbangan hukum yang efektif dengan bahasa yang baik dan benar. Semua langkah tersebut merupakan proses penalaran hukum yang harus dilalui oleh hakim dalam memutus perkara dan menyusun sebuah putusan. *Ketujuh*, harus diingat bahwa pertimbangan hukum yang dilakukan oleh hakim akan menjadi benang merah perkembangan ilmu hukum seterusnya.

B. Pemetaan Fakta Peristiwa dan Fakta Hukum

Sebagaimana banyak diuraikan oleh para pakar hukum acara perdata, sebuah gugatan dianggap lengkap jika positanya mengandung *feitelijke grond* (fakta peristiwa) dan *rechterlijke grond* (fakta hukum). Pemetaan fakta peristiwa dan fakta hukum termuat dalam posita gugatan dan jawaban gugatan (yang biasa disebut dalil gugatan) sangat penting. Ketidakmampuan hakim memetakan fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan dan jawaban gugatan akan berakibat *blunder* dalam pembuktian dan lebih lanjut berefek buruk dalam menyusun putusan sehingga tidak sesuai dengan apa yang diharapkan para pencari keadilan. Dengan demikian, hakim yang baik adalah hakim yang mampu memilah fakta peristiwa dan fakta hukum dari kasus yang ditanganinya sebelum melakukan pembuktian. Kesulitan hakim juga disebabkan ketidakmampuan para pihak dalam menyusun gugatannya. hakim tidak mungkin dapat memetakan fakta peristiwa dan fakta hukum ketika pihak yang berperkara tidak jelas menguraikannya fakta peristiwa dan fakta hukum. Beberapa dosen saya dari Negeri Belanda pernah menceritakan bahwa principal sebaiknya berkonsultasi dengan konsultan hukum sebelum mengajukan gugatan ke pengadilan. Konsultasi ini untuk memilahkan rasa emosional dengan rasional dalam berpikir.²

Mengawali penjelasan langkah pemetaan fakta peristiwa dan fakta hukum, penting lebih dahulu diketahui perbedaan fakta peristiwadanfakta hukumdanbagaimana hubungan fakta peristiwa dengan fakta hukum dalam gugatan atau jawaban gugatan. *Fakta peristiwa adalah suatu kejadian yang tidak mengandung hak dan kewajiban*. Sebagai contoh seorang istri cekcok mulut dengan suaminya, kejadian tersebut merupakan fakta peristiwa karena tidak menimbulkan hak dan kewajiban baik terhadap istri maupun terhadap suami. Sebaliknya,

² Kursus Hukum Adat, yang diselenggarakan oleh Universitas Syiah Kuala dan Naimegen-University Belanda Tahun 1984.

fakta hukum adalah suatu kejadian yang menimbulkan hak dan kewajiban. Sebagai contoh seorang suami memukul istri, kejadian ini menimbulkan hak bagi istri untuk menuntut pidana perbuatan KDRT, atau menuntut ganti rugi kepada suami atas perbuatan melawan hukum yang dilakukannya. Sengketa seperti ini sering mengalami kemacetan sebabnya (1). Pihak-pihak belum terbiasa mengkomplain suami dalam bidang pidana (2). Hakim Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah juga belum dapat dengan cepat memilih peristiwa pidana dan perbuatan hukum pidana.

Fakta peristiwa sangat mudah untuk dipahami. Lain halnya dengan fakta hukum, untuk memahami fakta hukum diperlukan sedikit kejelasan karena keberagamaannya. Sebab dilihat dari segi substansinya fakta hukum setidaknya memiliki empat jenis:

Pertama, fakta hukum yang terdiri atas satu kejadian (fakta peristiwa). Contohnya "suami memukul istri". Fakta hukum tersebut hanya terdiri dari satu kejadian (fakta peristiwa) yang menimbulkan hak bagi si istri untuk menuntut pidana perbuatan KDRT atau menuntut ganti rugi terhadap suaminya sehingga menimbulkan kewajiban atas suaminya untuk menjalani hukuman pidana atau membayar ganti rugi atas perbuatan melawan hukum jika terbukti. Penjatuhan talak di luar pengadilan. Fakta itu pada zaman lampau dikategorikan ke dalam fakta hukum. Untuk sekarang ini disebut dengan fakta peristiwa. Tidak ada efek hak dan kewajiban. Demikian juga perbuatan hukum nikah. Dahulu, nikah yang tidak dihadapan pejabat pencatatan nikah kategorikan ke dalam perbuatan hukum. Sekarang ini dianggap hanya peristiwa hukum, bahkan kemungkinan dapat dianggap tidak ada peristiwa apapun.

Kedua, fakta hukum yang dibangun atas beberapa kejadian (fakta peristiwa) yang mempunyai hubungan erat, sehingga rangkaian kejadian (fakta peristiwa) tersebut membangun fakta hukum. Contohnya: (1). Ayah kandung

(A) dan Ayah angkat (B) melakukan pengangkatan anak di Pengadilan agama/MS; (2). Putusan pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah membuat penetapan tentang telah terjadinya pengangkatan anak; (3). dua orang saksi menyaksikan pengangkatan tersebut; (4). Semua fakta hukum ini menimbulkan hak dan kewajiban kedua belah pihak secara timbal balik.

Ketiga, fakta hukum yang dibangun atas dua atau lebih fakta hukum. Contohnya: (1). A dan B terikat perkawinan sah (fakta hukum); (2). C lahir dari perkawinan A dan B (fakta peristiwa). Dari dua fakta hukum tersebut dapat dibangun fakta hukum lainnya, yaitu **“C anak sah dari A dan B”**. Fakta hukum tersebut menimbulkan hak dan kewajiban terhadap C sebagai anak dan A, B sebagai pihak orang tua.

Keempat, fakta hukum dibangun atas fakta peristiwa dan fakta hukum. Contohnya: 1. Seorang laki-laki (A) terikat perkawinan sah dengan wanita bernama B (fakta hukum); 2. A mabuk-mabuk (fakta peristiwa); 3. A cekcok mulut dengan B (fakta peristiwa); 4. A berpacaran dengan wanita lain bernama C (fakta peristiwa). Dari beberapa kejadian (fakta peristiwa) dan satu fakta hukum dapat dibangun fakta hukum baru, yaitu **“A dan C cekcok terus menerus sudah sulit untuk dirukunkan lagi disebabkan A pacaran lagi dengan wanita lain”**. Fakta hukum tersebut menimbulkan hak kepada B (istri) untuk mengajukan gugatan perceraian.

Sebagaimana dijelaskan di atas bahwa fakta hukum adalah suatu/beberapa kejadian/peristiwa yang menimbulkan hak dan kewajiban. Selain menimbulkan hak dan kewajiban, fakta hukum dapat pula meniadakan hak dan kewajiban. Sebagai contoh: “Istri meninggalkan rumah tanpa izin suami dan tanpa alasan hukum”. Fakta hukum tersebut meniadakan hak nafkah istri karena istri dianggap nusyuz, sebaliknya suami terlepas dari kewajiban memberi nafkah karena istri nusyuz. Contoh lainnya: “A membunuh B (ayah A)”. Fakta hukum tersebut meniadakan hak waris A dari harta warisan B.

Kesimpulannya fakta peristiwa adalah kejadian tidak me-ngandung hak dan kewajiban. Adapun fakta hukum adalah kejadian yang mengandung hak dan kewajiban atau meniadakan hak dan kewajiban. Fakta hukum terdiri dari: **Pertama**, yang dibangun dari satu kejadian/peristiwa; **Kedua**, yang dibangun dari beberapa kejadian/peristiwa yang mempunyai hubungan erat; **Ketiga**, yang dibangun dari dua atau lebih fakta hukum; **Keempat**, yang dibangun dari kejadian/peristiwa dan fakta hukum.

Fakta peristiwa dan fakta hukum yang dimuat dalam gugatan mungkin benar atau mungkin salah. Untuk mencari kebenaran fakta peristiwa dan fakta hukum yang diajukan oleh penggugat dalam gugatan diperlukan pembuktian.³ Sebelum dilakukan proses pembuktian diperlukan pemetaan fakta peristiwa dan fakta hukum yang terdapat dalam gugatan serta fakta peristiwa dan fakta hukum yang terdapat dalam jawaban gugatan. Pemetaan fakta peristiwa dan fakta hukum tersebut setidaknya harus dilakukan melalui beberapa langkah: **Pertama**, menginventarisasi fakta peristiwa dan fakta hukum yang terkandung dalam gugatan; **kedua**, menginventarisasi fakta peristiwa dan fakta hukum yang terkandung dalam gugatan; **ketiga**, memilah dan memilih fakta peristiwa dan fakta hukum yang sama dalam gugatan dan dalam jawaban gugatan (dalam arti fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan dibenarkan dalam jawaban gugatan); **keempat**, memilah dan memilih fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan yang sama dengan fakta peristiwa dalam jawaban gugatan (dalam arti fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan tidak diakui atau ditolak dalam jawaban gugatan, baik dengan penolakan murni atau dengan pengakuan berklausul); **kelima**, menentukan fakta peristiwa dan fakta hukum mana yang harus dibuktikan oleh penggugat dan tergugat.

³ Siapa saja yang menyatakan sesuatu harus membuktikannya.

C. Penilaian Alat Bukti

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan merupakan ungkapan penggugat yang mungkin benar atau mungkin tidak benar, Demikian halnya fakta peristiwa dan fakta hukum dalam jawaban gugatan merupakan ungkapan tergugat yang mungkin benar atau mungkin tidak benar. Untuk meyakinkan kebenaran fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan dan jawaban gugatan perlu diuji dengan alat bukti. Alat bukti yang diajukan oleh penggugat maupun tergugat tidak dengan serta merta dapat diterima oleh hakim atau mengikat bagi hakim. Akan tetapi alat bukti tersebut harus diuji lebih dahulu apakah alat bukti tersebut relevan, memenuhi syarat formal dan syarat materiil. Alat bukti yang tidak relevan harus dikesampingkan. Demikian halnya alat bukti yang tidak memenuhi syarat formal dan/atau syarat materiil harus dikesampingkan pula. Pembahasan mengenai persyaratan alat bukti sudah banyak ditulis oleh para ahli hukum acara perdata, sehingga tidak akan diuraikan dalam tulisan ini. Tulisan ini hanya menguraikan betapa pentingnya langkah penilaian fakta peristiwa dan fakta hukum dalam sebuah gugatan dan jawaban gugatan.

Untuk memudahkan pembuktian, sebaiknya seorang hakim harus memetakan secara baik isi gugatan penggugat. Demikian pula jawaban Tergugat. Penggugat atau tergugat haruslah secara maksimal mengikutkan *posita* yang jelas serta *petitanya*. Demikian pula eksipsi/jawaban, *replik* dan *duplik*. Pengalaman pada waktu aktif di pengadilan. Hakim senior selalu membuka notes kecil pada saat pemeriksaan dilakukan. Dengan catatan itu Majelis hakim tidak akan sia-sia atau berulang pada saat mengajukan pertanyaan-pertanyaan kepada pihak-pihak saksi-saksi.

D. Perumusan Fakta Hukum

Fakta peristiwa dan fakta hukum, mempunyai akibat hukum. Semua fakta itu diatur oleh hukum. Fakta peristiwa dibagi dua. Peristiwa yang berkaitan dengan manusia dan peristiwa yang tak terkait dengan manusia. Peristiwa yang terkait dengan manusia, misalnya kelahiran atau kematian. Sedangkan peristiwa yang tak terkait dengan manusia tetapi diatur oleh hukum. Misalnya air bah yang menyebabkan pohon kelapa yang dijadikan jaminan gadai hanyut dibawa air. Areal yang dijadikan jaminan digerus oleh arus sungai dan seterusnya.

Perumusan fakta hukum di sini harus dibedakan dengan fakta hukum yang terkandung dalam gugatan atau jawaban gugatan. Perumusan fakta hukum yang dimaksud adalah kegiatan berpikir (ijtihad) hakim untuk mengambil kesimpulan dari beberapa fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan atau jawaban gugatan yang sudah diyakini kebenarannya, dengan alat bukti yang diajukan oleh penggugat dan tergugat, menjadi sebuah fakta hukum atau beberapa fakta hukum yang dijadikan dasar tuntutan. Perumusan fakta hukum sangat penting dilakukan oleh hakim untuk melakukan langkah lebih lanjut yaitu menemukan dan menerapkan hukum.

Untuk memudahkan pemahaman langkah perumusan fakta hukum dari fakta peristiwa dan fakta hukum yang terkandung dalam gugatan dan jawaban gugatan setelah pembuktian dapat dilihat dalam beberapa contoh di bawah ini:

Penggugat mengajukan permohonan pengesahan perkawinan dengan mengajukan beberapa fakta peristiwa sebagai berikut: 1). Pemohon melakukan akad dengan seorang bernama X pada Tanggal 19 Agustus 2005; 2). X adalah ayah seorang perempuan bernama Y; 3). Dalam akad tersebut X mengucapkan “saya mengawinkan anda dengan anak perempuan saya bernama Y dengan maskawin berupa gelang mas 10 gram kontan”; 4). Pemohon menjawab “saya terima nikah dengan anak bapak yang bernama Y

dengan maskawin berupa gelang emas 10 gram kontan”; 5). Akad tersebut disaksikan oleh dua orang saksi dewasa dan beragama Islam; 6). Akad tersebut tidak dicatat oleh Pejabat Pencatat Nikah yang berwenang. Setelah beberapa fakta peristiwa tersebut dibuktikan kebenarannya dalam sidang pembuktian, disimpulkan sebuah fakta hukum “Pemohon telah melangsungkan perkawinan dengan wanita Y menurut Hukum Islam setelah berlakunya UU No. 1 Tahun 1974 akan tetapi tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Perkawinan yang berwenang”.

Pemohon mengajukan pengesahan perkawinan dengan mengajukan beberapa fakta peristiwa dan fakta hukum sebagai berikut: 1). Pemohon terikat perkawinan sah dengan wanita bernama A; 2). Pemohon melakukan akad dengan seorang bernama X pada Tanggal 19 Oktober 2005; 3). X adalah ayah seorang perempuan bernama Y; 4). Dalam akad tersebut X mengucapkan “saya mengawinkan anda dengan anak perempuan saya bernama Y dengan maskawin berupa gelang mas 10 gram kontan”; 5). Pemohon menjawab “saya menerima kawin dengan anak perempuan bapak bernama Y dengan maskawin berupa gelang mas 10 gram kontan”; 6). Akad tersebut disaksikan oleh dua orang saksi dewasa dan beragama Islam; 7). Akad tersebut tidak dicatat oleh Pejabat Pencatat Nikah yang berwenang. Setelah beberapa fakta peristiwa dan fakta hukum dalam permohonan tersebut dibuktikan kebenarannya dalam sidang pembuktian, disimpulkan sebuah fakta hukum “Pemohon telah melangsungkan perkawinan kedua (poligami) dengan perempuan Y menurut Hukum Islam setelah berlakunya UU No. 1 Tahun 1974, akan tetapi tidak mendapat persetujuan dari istri pertama dan tidak mendapat izin poligami dari pengadilan serta tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang”.

Pemohon mengajukan pengesahan perkawinan dengan mengemukakan beberapa fakta peristiwa dan fakta hukum sebagai berikut: 1). Pemohon terikat perkawinan sah dengan

wanita bernama A; 2). Pemohon melakukan akad dengan seorang bernama X pada Tanggal 19 Oktober 2005; 3). X adalah ayah seorang perempuan bernama Y; 4). Dalam akad tersebut X mengucapkan “saya mengawinkan anda dengan anak perempuan saya bernama Y dengan maskawin berupa gelang emas 10 gram kontan”; 5). pemohon menjawab “saya menerima kawin dengan anak perempuan bapak yang bernama Y dengan maskawin berupa gelang emas 10 gram kontan; 6). Akad perkawinan tersebut disaksikan oleh dua orang saksi dewasa dan beragama Islam; 7). Akad tersebut tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang; 8). Pemohon dan Y telah memperoleh dua anak. Setelah beberapa fakta peristiwa dan fakta hukum dalam gugatan tersebut dibuktikan kebenarannya dalam sidang pembuktian, diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “Pemohon telah melangsungkan perkawinan kedua (poligami) dengan perempuan Y menurut Hukum Islam setelah berlakunya Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974, akan tetapi tidak mendapat persetujuan dari istri pertama, tidak mendapat izin poligami dari pengadilan dan tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang, namun demikian Pemohon dan Y telah memperoleh dua orang anak”.

Pemohon mengajukan permohonan pembatalan perkawinan, dengan mengajukan fakta peristiwa dan fakta hukum sebagai berikut: 1). Pemohon mempunyai anak perempuan bernama X; 2). Anak perempuan pemohon telah melangsungkan akad perkawinan dengan lelaki Y menurut Hukum Islam pada Tanggal 19 Oktober 2005 di kota Banda Aceh; 3). Pemohon bertempat tinggal di kota Banda Aceh pula; 4). Yang menjadi wali dalam perkawinan X dan Y adalah paman X dari ibu; 5). Usia perkawinan X dan Y baru berlangsung dua bulan. Dalam sidang pembuktian semua dalil yang dikemukakan oleh Pemohon dapat dibuktikan. Dari fakta-fakta tersebut dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “X dan Y melangsungkan perkawinan menurut Hukum

Islam setelah berlakunya Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 dengan wali nikah paman X dari pihak ibu, sedangkan ayah X masih hidup dan tinggal di kota, tempat perkawinan dilangsungkan dan perkawinan tersebut baru berusia dua bulan”.

Pemohon mengajukan permohonan pembatalan perkawinan, dengan mengajukan fakta peristiwa dan fakta hukum sebagai berikut: 1). X anak perempuan Pemohon telah melangsungkan akad perkawinan dengan lelaki Y menurut Hukum Islam pada Tanggal 9 Oktober 2005 di kota Banda Aceh; 2). Pemohon bertempat tinggal di kota Banda Aceh pula; 3). Yang menjadi wali dalam perkawinan X dan Y adalah paman X dari pihak ibu. Dalam jawabannya X dan Y (Termohon 1 dan 2) mengajukan dalil: 1). Benar X dan Y telah melangsungkan perkawinan. 2). Wali dalam perkawinan tersebut adalah paman X dari pihak ibu. 3). X dan Y sekarang telah memperoleh seorang anak. Dalam sidang pembuktian semua dalil yang dikemukakan oleh Pemohon dan dalil yang dikemukakan oleh X dan Y (Termohon 1 dan 2) dapat dibuktikan dalam persidangan. Dari fakta-fakta tersebut dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “X dan Y melangsungkan perkawinan setelah berlakunya Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 dengan wali nikah paman X dari pihak ibu, sedangkan ayah X masih hidup dan tinggal di kota di mana perkawinan dilangsungkan, akan tetapi X dan Y telah memperoleh seorang anak”.

Pemohon mengajukan permohonan pembatalan perkawinan, dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). X telah melangsungkan akad perkawinan dengan lelaki Y menurut Hukum Islam pada Tanggal 19 Oktober 2005; 2). Perkawinan tersebut tercatat di Kantor Urusan Agama Kecamatan Kabupaten Banda Aceh; 3). X sewaktu melangsungkan perkawinan dengan Y masih terikat perkawinan sah dengan Pemohon. Termohon I (X) dalam jawabannya membenarkan dalil-dalil yang dikemukakan oleh

Pemohon, akan tetapi sebetulnya X sebelum melangsungkan perkawinan telah mengajukan permohonan persetujuan kepada Pemohon untuk berpoligami tetapi Pemohon tidak memberikan persetujuan dan pengadilan telah menolak permohonan izin poligami yang diajukan oleh X. Dalam sidang pembuktian semua dalil yang dikemukakan oleh Pemohon dan Termohon dapat dibuktikan. Dari fakta-fakta tersebut dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “X dan Y melangsungkan pernikahan poligami menurut Hukum Islam setelah berlakunya Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 dan dicatat oleh PPN yang berwenang, akan tetapi X pada saat melangsungkan perkawinan tidak dapat persetujuan istri pertama dan tidak mendapat izin poligami dari pengadilan”.

Pemohon mengajukan permohonan pembatalan perkawinan, dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). X telah melangsungkan akad perkawinan dengan lelaki Y menurut Hukum Islam pada Tanggal 19 Oktober 2005 di kota Banda Aceh; 2). Perkawinan tersebut tercatat di Kantor Urusan Agama Kecamatan Kabupaten Aceh Besar; 3). Sewaktu melangsungkan perkawinan dengan Y, X masih terikat perkawinan sah dengan Pemohon. Y (Termohon II) dalam jawaban mengemukakan dalil bahwa sewaktu melangsungkan perkawinan X berstatus duda berdasarkan surat kematian istri X yang dikeluarkan oleh Pejabat Kantor Urusan Agama dalam Kabupaten Aceh Besar. Dalam pembuktian semua dalil yang dikemukakan oleh Pemohon dan Termohon II dapat dibuktikan, dan akta kematian yang dijadikan dasar perkawinan X dengan Y adalah akta kematian istri pertama X yang bernama B sebelum menikah dengan Pemohon. Oleh karena itu, dari fakta-fakta tersebut dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “X dan Y melangsungkan perkawinan poligami menurut Hukum Islam setelah berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah yang berwenang tanpa mendapat persetujuan istri

sah (Pemohon) dan tanpa mendapat izin poligami dari pengadilan, akan tetapi Y pada saat perkawinan beritikad baik karena sepengetahuan Y, X berstatus duda mati”.

Pemohon mengajukan permohonan izin talak, dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). Pemohon terikat perkawinan sah dengan Termohon; 2). Perkawinan pemohon sudah berlangsung lima tahun; 3). Rumah tangga Pemohon dan Termohon sudah tidak harmonis disebabkan Termohon menjalin hubungan cinta dengan laki-laki lain bernama X; 4). Pemohon dan Termohon sudah pisah tempat tinggal selama enam bulan; 5). Termohon tinggal bersama orang tuanya dan Pemohon tinggal di tempat tinggal bersama. Dalam jawabannya Termohon mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: Tidak benar rumah tangga Pemohon dan Termohon sudah tidak harmonis, rumah tangga Pemohon dan Termohon tetap harmonis, perpisahan tempat tinggal hanya disebabkan Termohon harus mengurus orang tua Termohon yang dalam keadaan sakit keras dan atas izin dari Pemohon. Dalam pembuktian dalil-dalil Pemohon dapat dibuktikan, sedangkan dalil Termohon bahwa ia merawat orang tuanya yang sakit keras tidak terbukti karena orang tua termohon hanya sakit ringan. Dari fakta-fakta tersebut dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “Rumah tangga Pemohon dan Termohon sudah tidak harmonis dan sudah sulit untuk dirukunkan disebabkan Termohon memiliki Pria Idaman Lain”.

Pemohon mengajukan permohonan izin talak, dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). Pemohon terikat perkawinan sah dengan Termohon; 2). Perkawinan Pemohon sudah berlangsung lima tahun; 3). Rumah tangga Pemohon dan Termohon sudah tidak harmonis disebabkan Termohon sering marah-marah, tidak mau mendengar nasihat Pemohon; 4). Pemohon dan Termohon sudah pisah tempat tinggal selama satu bulan; 5). Termohon tinggal bersama orang tuanya dan Pemohon tinggal di tempat tinggal bersama. Dalam jawabannya Termohon mengajukan dalil-dalil sebagai

berikut: 1). Benar Termohon tinggal bersama orang tua sudah satu bulan; 2). disebabkan Pemohon menjalin hubungan cinta dengan wanita lain; 3). Termohon tidak tahan melihat kelakuan Pemohon sehingga Termohon sering marah karena emosi. Dalam sidang pembuktian dalil-dalil Pemohon dan Termohon dapat dibuktikan kebenarannya. Dari fakta-fakta tersebut dapat diambil kesimpulan “Pemohon dan Termohon cecok terus menerus sudah sulit untuk dirukunkan disebabkan Pemohon menjalin hubungan cinta dengan wanita lain, dan mereka sudah pisah selama satu bulan”.

Penggugat mengajukan nafkah idah dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). Penggugat telah bercerai dengan Tergugat; 2). Perceraian tersebut diajukan ke pengadilan agama mahkamah syar’iyah oleh Penggugat; 3). Bahwa dalam putusan perceraian pengadilan tidak menetapkan nafkah idah; 4). Selama masa idah Tergugat tidak pernah membayar nafkah idah. Dalam jawabannya Tergugat mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: “Bahwa tidak harmonisnya rumah tangga tersebut disebabkan Penggugat menjalin hubungan cinta dengan bekas kekasih lamanya”. Dalam sidang pembuktian dalil Penggugat dan Tergugat dapat dibuktikan. dari dalil-dalil tersebut dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “Tergugat tidak memberi nafkah idah kepada Penggugat, perceraian Penggugat dan Tergugat disebabkan Penggugat menjalin hubungan cinta dengan kekasih lamanya”.

Penggugat (mantan istri) mengajukan gugatan harta bersama dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). Penggugat telah bercerai dengan Tergugat; 2). Selama berumah tangga Penggugat dan Tergugat telah membeli satu bidang tanah luas 200 m² dan sebuah bangunan rumah di atas tanah tersebut serta sebuah mobil merek tertentu. 3). Harta bersama tersebut setelah bercerai dikuasai oleh Tergugat. Dalam jawabannya Tergugat mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: Bahwa benar Penggugat dan Tergugat selama berumah tangga telah membeli tanah dan rumah di atas tanah

tersebut serta sebuah mobil, akan tetapi Penggugat sebagai istri tidak menjalankan kewajibannya sebagai ibu rumah tangga, semua urusan rumah tangga dan pengurusan anak ditangani oleh pembantu dan Tergugat, sedangkan Penggugat setiap hari sibuk *shopping*, arisan, dan *traveling* bersama teman-teman arisannya. Dalam sidang pembuktian dalil-dalil gugatan Penggugat dapat dibuktikan, sedangkan dalil jawaban Tergugat tidak dapat dibuktikan. Dari fakta-fakta yang dapat dibuktikan tersebut dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “Penggugat dan Tergugat selama perkawinan telah memperoleh harta bersama berupa tanah dan rumah serta mobil”.

Penggugat (mantan istri) mengajukan gugatan harta bersama dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). Penggugat telah bercerai dengan Tergugat; 2). Selama berumah tangga Penggugat dan Tergugat telah membeli satu bidang tanah luas 200 m² dan sebuah bangunan rumah di atas tanah tersebut serta sebuah mobil. 3). Harta bersama tersebut setelah bercerai dikuasai oleh Tergugat. Dalam jawabannya Tergugat mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: “Bahwa benar Penggugat dan Tergugat selama berumah tangga telah membeli tanah dan rumah di atas tanah tersebut serta sebuah mobil, akan tetapi Penggugat sebagai istri tidak menjalankan kewajibannya sebagai ibu rumah tangga, semua urusan rumah tangga dan pengurusan anak ditangani oleh pembantu dan Tergugat, sedangkan Penggugat setiap hari sibu *shopping*, arisan, dan *traveling* bersama teman-teman arisannya. Dalam sidang pembuktian dalil-dalil gugatan Penggugat dapat dibuktikan dan Tergugat dapat pula membuktikan dalil jawabannya. Dari fakta-fakta yang dapat dibuktikan dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “Penggugat dan Tergugat selama perkawinan telah memperoleh harta bersama berupa tanah dan rumah serta mobil, akan tetapi Tergugat selama berumah tangga tidak melaksanakan kewajibannya sebagai ibu rumah tangga”.

Penggugat (mantan istri) mengajukan gugatan harta bersama dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). Penggugat telah bercerai dengan Tergugat; 2). Selama berumah tangga Penggugat dan Tergugat telah membeli satu bidang tanah luas 200 m² dan sebuah bangunan rumah di atas tanah tersebut serta sebuah mobil. 3). Harta bersama tersebut setelah bercerai dikuasai oleh Tergugat. Dalam jawabannya Tergugat mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: Bahwa benar Penggugat dan Tergugat selama berumah tangga telah membeli tanah dan rumah di atas tanah tersebut serta sebuah mobil, akan tetapi tanah, rumah dan mobil tersebut dibeli dari uang hasil usaha Tergugat, karena selama berumah tangga Penggugat tidak punya pekerjaan, bahkan kegiatan sehari-harinya bukan membantu usaha Tergugat atau setidaknya mengurus rumah tangga dan anak-anak di rumah malah Penggugat bermain judi dengan teman-temannya bahkan tidak sedikit uang hasil Penggugat habis di meja judi, dan perceraian Tergugat dengan Penggugat disebabkan Penggugat pemain judi dan main perempuan. Dalam sidang pembuktian dalil-dalil Penggugat dapat dibuktikan, demikian halnya Tergugat dapat membuktikan dalil jawabannya. Dari fakta-fakta yang telah dibuktikan kebenarannya dalam sidang pembuktian dapat diambil kesimpulan sebuah fakta hukum “Penggugat dan Tergugat selama perkawinan telah memperoleh harta bersama berupa tanah dan rumah serta mobil, akan tetapi Penggugat tidak melaksanakan kewajibannya sebagai suami, bahkan yang mencari nafkah adalah Tergugat sebagai istri dan harta bersama tersebut murni diperoleh dari hasil usaha Tergugat”.

Penggugat mengajukan gugatan waris dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). Ayah Penggugat meninggal dunia; 2). Pewaris meninggalkan harta warisan berupa uang satu miliar; 3). Pewaris meninggalkan seorang anak laki-laki (Penggugat) dan seorang anak perempuan bernama X (Tergugat); 4). Harta warisan Pewaris dikuasai

oleh X. Dalam jawabannya X mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: “Bahwa harta yang dikuasai oleh X adalah milik X dari hasil usaha X”. Dalam sidang pembuktian Penggugat dapat membuktikan dalil gugatannya, sedangkan X tidak dapat membuktikan dalil jawabannya. Dari fakta-fakta yang sudah dibuktikan kebenarannya dapat diambil kesimpulan fakta hukum sebagai berikut: “Pewaris meninggalkan dua orang anak yakni Penggugat dan Tergugat dan meninggalkan harta warisan uang sejumlah satu miliar”.

Penggugat mengajukan gugatan waris dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut:

1). Ayah Penggugat meninggal dunia; 2). meninggalkan harta satu miliar; 3). meninggalkan seorang anak laki-laki (Penggugat) dan seorang anak perempuan bernama X (Tergugat); 4). Harta warisan Pewaris dikuasai oleh X. Dalam jawabannya X mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: “Bahwa harta yang dikuasai oleh X adalah warisan dari Pewaris, akan tetapi Penggugat tidak berhak mewarisi harta warisan tersebut karena Penggugat selama ini telah disekolahkan ke luar negeri dengan biaya yang sangat tinggi sedangkan X hanya sampai sekolah menengah atas. Di samping itu selama orang tua menderita sakit Penggugat tidak pernah ikut merawat pewaris, justru yang merawat pewaris selama sakit adalah Tergugat sebagai anak perempuan bahkan pewaris semasa masih hidup sempat mengatakan: “betapa teganya Penggugat yang disekolahkan oleh pewaris ke luar negeri tidak pernah mau merawat pewaris”. Dalam pembuktian Penggugat dapat membuktikan dalil gugatannya dan Tergugat (X) dapat pula membuktikan dalil jawaban gugatannya. Dari fakta-fakta yang dapat dibuktikan kebenarannya dapat diambil kesimpulan fakta hukum sebagai berikut: “Pewaris meninggalkan dua orang anak yakni Penggugat dan Tergugat dan Pewaris meninggalkan harta warisan sejumlah satu miliar. Selama pewaris menderita sakit sampai meninggal dunia Tergugat yang merawat dan mendampingi sedangkan Penggugat tidak peduli dengan

keadaan pewaris, di samping itu biaya pendidikan Penggugat lebih besar dibanding biaya pendidikan Tergugat”.

Penggugat mengajukan gugatan waris dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). A meninggal dunia meninggalkan Penggugat (bibi A dari pihak ayah) dan Tergugat (paman A dari pihak ayah); 2). A meninggalkan harta warisan berupa tanah dan rumah di atas tanah tersebut; 3). Harta warisan tersebut dikuasai oleh Tergugat; 4). Hukum yang berlaku di mana Penggugat dan Tergugat bertempat tinggal berlaku hukum kekeluargaan bilateral yang tidak membedakan kaum wanita dan laki-laki; 5). Penggugat yang merawat pewaris selama ia sakit; Tergugat tidak pernah merawat pewaris bahkan menengok pun jarang. Tergugat dalam jawabannya menjelaskan: 1. Penggugat tidak berhak mewaris dari Pewaris. Dalam sidang pembuktian dalil-dalil penggugat dapat dibuktikan kebenarannya. Dari fakta-fakta yang dapat dibuktikan dapat diambil kesimpulan sebagai fakta hukum “ A meninggal dunia meninggalkan harta warisan dan meninggalkan bibi dan paman dari pihak ayah, dan selama A menderita sakit Penggugat sebagai bibi yang merawat dan mendampingiya”.

Penggugat mengajukan gugatan waris dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut: 1). A meninggal dunia meninggalkan Penggugat (cucu laki-laki dari anak perempuan) dan Tergugat (saudara laki-laki sekandung pewaris); 2). A meninggalkan harta warisan berupa tanah dan rumah di atas tanah tersebut; 3). Harta warisan tersebut dikuasai oleh Tergugat. 4). Hukum yang berlaku di tengah masyarakat di mana Penggugat dan Tergugat bertempat tinggal berlaku hukum kekeluargaan bilateral yang tidak membedakan garis kekeluargaan laki-laki dan perempuan. Tergugat dalam jawabannya menyatakan: Bahwa Penggugat tidak berhak atas harta warisan tersebut. Dalam sidang pembuktian dalil Penggugat dapat dibuktikan kebenarannya. Dari fakta-fakta yang dapat dibuktikan dapat diambil kesimpulan sebagai fakta

hukum “A meninggal dunia meninggalkan harta warisan dan meninggalkan cucu laki-laki dari anak perempuan dan saudara laki-laki sekandung, dan masyarakat di mana Penggugat dan Tergugat hidup menganut sistem kekeluargaan bilateral”.

Fakta peristiwa dan fakta hukum yang penting lain yaitu fakta peristiwa dan fakta hukum yang menjadi fokus sentral tulisan ini A melangsung akad nikah dengan B, dengan wali ayah kandungnya. Akad nikah itu dihadapan saksi yang adil dua orang terhormat diwilayah eumah wali perempuan B. akad nikah dilakukan tidak dihadapan Pegawai Pencatat Nikah. Kemudian pada suatu waktu kedepan A mengingkari adanya akad nikah. Akad nikah tidak terbukti karena fakta hukum tidak terwujud.

Demikian beberapa contoh perumusan fakta hukum dari fakta-fakta kejadian dan/fakta hukum yang terkandung dalam gugatan Penggugat dan jawaban Tergugat yang telah diyakini hakim kebenarannya melalui pembuktian. Dalam beberapa kasus yang sejenis mungkin memiliki fakta hukum berbeda karena muatan unsur yang berbeda. Merespons fakta hukum yang berbeda dalam kasus yang sejenis tidak seharusnya hakim memutus dengan putusan yang sama. Sebagai contoh dua fakta hukum yang harus diputus oleh hakim dalam kasus permohonan pengesalan nikah di bawah ini:

“Pemohon telah melangsungkan perkawinan kedua (poligami) dengan perempuan Y menurut Hukum Islam setelah berlakunya UU Perkawinan, akan tetapi tidak mendapat persetujuan dari istri pertama, tidak mendapat izin poligami dari pengadilan dan tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Perkawinan yang berwenang”.

“Pemohon telah melangsungkan perkawinan poligami dengan perempuan Y menurut Hukum Islam setelah berlakunya UU Perkawinan, akan tetapi tidak mendapat persetujuan dari istri pertama, tidak mendapat izin poligami dari pengadilan dan tidak dicatat oleh Pejabat Pencatat Perkawinan yang berwenang, namun demikian Pemohon dan Y telah memperoleh anak”.

Dua fakta hukum dalam permohonan pengesahan nikah tersebut memiliki beberapa unsur yang sama dan satu unsur yang berbeda. Unsur yang sama dalam fakta hukum angka

satu dan dua adalah: 1. Pemohon melangsungkan pernikahan poligami menurut Hukum Islam setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan; 2. Pemohon pada saat melangsungkan perkawinan masih terikat perkawinan yang sah dengan perempuan lain; 3. Perkawinan Pemohon tidak mendapat persetujuan dari istri pertama; 4. Perkawinan Pemohon tidak mendapat izin poligami dari pengadilan; 5. Perkawinan Pemohon tidak dicatat oleh Pejabat Pencatat Perkawinan yang berwenang. Unsur pembeda dari dua fakta hukum tersebut adalah: Fakta hukum pertama, perkawinan Pemohon dengan Y belum mempunyai anak: sedangkan dalam fakta hukum kedua, perkawinan pemohon dengan Y telah memperoleh anak.

Proses lebih lanjut setelah dilakukan perumusan fakta hukum hakim berkewajiban melakukan langkah berikutnya yaitu tahap penemuan hukum dan penerapan hukum yang Insya Allah akan diuraikan dalam tulisan berikutnya.

E. Penemuan dan Penerapan Hukum

Penemuan hukum adalah proses di mana hakim mencari norma hukum dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau norma hukum yang hidup di masyarakat untuk diterapkan dalam kasus yang sedang diperiksa dan diadili. Proses penemuan hukum tersebut pada pokoknya ada tiga kemungkinan. Pertama, norma hukumnya sudah ada dalam peraturan perundang-undangan atau norma hukumnya hidup dalam masyarakat setempat. Kedua, norma hukum sudah ada dalam peraturan perundang-undangan atau norma hukum yang hidup dalam kasus yang sedang diperiksa dan diadili tidak akan memenuhi rasa keadilan. Dalam arti, norma hukum yang tidak ada bermuatan rasa keadilan. Dalam arti, norma hukum yang ada tidak bermuatan rasa keadilan untuk kasus tersebut. Ketiga, norma hukum tidak ada sama sekali dalam peraturan perundang-undangan maupun norma hukum yang hidup di tengah masyarakat. Dalam hal ini hakim harus menciptakan

hukum atas kekosongan hukum tersebut.

Bentuk penemuan hukum pertama dan kedua banyak dihadapi oleh para hakim dalam memutus perkara. Adapun penemuan hukum bentuk ketiga jarang ditemukan oleh hakim dalam mengadili perkara, kecuali dalam kasus-kasus kehidupan masyarakat modern yang berkaitan dengan teknologi modern. Misalkan A terikat perkawinan dengan B, menurut penelitian dokter ahli kandungan A dan B tidak memungkinkan untuk memiliki anak. Akhirnya A dan B memutuskan untuk menanam bayi tabung dalam rahimnya dari sperma C dan indung telur D. Setelah bayi lahir muncul persoalan hukum, dengan siapa bayi X mempunyai hubungan darah apakah dengan A dan B atau dengan C dan D atau dengan A, B, C, dan D.

Bentuk penemuan dan penerapan hukum pertama merupakan ijtihad hakim yang paling sederhana karena hakim cukup mengutip norma hukum yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan atau norma hukum yang hidup di tengah masyarakat. Sebagai contoh dalam dalam perkara permohonan pengesahan nikah yang mengandung fakta hukum “Pemohon telah melangsungkan perkawinan kedua (poligami) dengan perempuan Y menurut Hukum Islam setelah berlakunya Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974, akan tetapi tidak mendapat persetujuan dari istri pertama dan tidak mendapat izin poligami dari pengadilan serta tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Perkawinan yang berwenang” dalam kasus ini hakim cukup menerapkan Pasal 3, Pasal 4 dan Pasal 9 Undang-Undang Perkawinan. Dalam tiga pasal tersebut terkandung kaidah hukum “seorang laki-laki yang terikat perkawinan sah tidak boleh melangsungkan perkawinan kedua kecuali ada persetujuan istri pertama, izin pengadilan, mampu berbuat adil, dan memiliki alasan untuk melakukan poligami”. Berdasarkan pasal-pasal tersebut dalam putusannya hakim dapat menolak permohonan pengesahan nikah tersebut karena tidak memenuhi Pasal 3, 4, dan 9

Undang-Undang Perkawinan.

Berbeda halnya dalam penemuan hukum bentuk kedua, hakim tidak sekadar mengutip norma hukum yang ada akan tetapi hakim dituntut membangun argumentasi hukum. Sebagai contoh dalam perkara permohonan pengesahan nikah yang mengandung fakta hukum “Pemohon telah melangsungkan perkawinan poligami dengan perempuan Y menurut hukum Islam setelah berlakunya UU Perkawinan, tidak mendapat persetujuan dari istri pertama, tidak mendapat izin poligami dari pengadilan serta tidak dicatat oleh Pegawai Pencatat Perkawinan yang berwenang, namun demikian Pemohon dan Y telah memperoleh anak”. Untuk menyelesaikan fakta hukum tersebut hakim tidak hanya cukup menerapkan Pasal 3, 4, dan 9 Undang-Undang Perkawinan dengan serta merta menolak permohonan pengesahan nikah tersebut. Hakim harus mempertimbangkan faktor lain yang harus mendapat perlindungan hukum yaitu anak yang lahir dari perkawinan X dan Y. Jika kasus tersebut ditolak bagaimana persoalan anak yang hak asasinya akan terabaikan. Dalam kasus seperti ini hakim sebagai penegak keadilan wajib merumuskan hukum dengan membangun argumentasi hukum dalam rangka memenuhi rasa keadilan.

F. Membangun Argumentasi Hukum

Langkah membangun argumentasi hukum merupakan langkah hakim berpikir pelik dalam memutuskan perkara untuk memenuhi rasa keadilan. Hal ini sangat erat hubungannya dengan tugas hakim. Tugas hakim bukan sekadar menegakkan hukum. Hakim menerapkan hukum yang tercantum dalam teks peraturan perundang-undangan dan/atau norma hukum yang hidup di tengah masyarakat. Hakim dalam menerapkan hukum tidak boleh dengan menutup mata tanpa mau tahu bahwa dalam kaidah hukum tersebut sudah tidak bermuatan rasa keadilan. Di balik itu hakim memiliki tugas lain yakni menegakkan keadilan. Dalam

arti, walaupun sudah ada kaidah hukum yang jelas yang tercantum dalam teks perundang-undangan dan/atau kaidah hukum yang hidup dalam masyarakat bila kaidah hukum pada saat akan diterapkan dalam satu kasus tidak bermuatan keadilan maka kaidah hukum tersebut harus ditinggalkan dan hakim dibebani kewajiban merumuskan kaidah hukum lain dengan menggunakan argumentasi hukum untuk memenuhi rasa keadilan.

Argumentasi hukum dalam istilah lain disebut *ijtihad hakim*. Dalam literatur Islam terdapat berbagai macam metode *ijtihad hakim* sebagai argumentasi hukum di antaranya: *qiyas, mashlahah, istihsan, syar'u man qablana, al-urf*. Di samping itu, terdapat kaidah-kaidah fikih seperti *al-dararu la yuzalu bi al-darar, idza ta'aradha al-dharurani ukhidza akhaffuhuma, daf'u al-mafasid muqaddamun 'ala jalbi al-mashalih*. Dalam penerapan berbagai metode *ijtihad* tersebut harus didasarkan pada perlindungan tujuan Hukum Islam (*Maqasid 'ammah min al-tasyri'*) yakni perlindungan atas hak beragama, hak hidup, hak berpikir (mengemukakan pendapat), hak untuk memiliki keturunan, dan hak untuk memiliki kebendaan.

Untuk memudahkan memahami metode *ijtihad* tersebut dapat dilihat dari beberapa contoh di bawah ini:

- a. Dalam kasus pengesahan nikah, setelah sidang pembuktian disimpulkan fakta hukum “X dan Y melangsungkan perkawinan menurut Hukum Islam tidak memenuhi Pasal 2 Ayat (2) dan Pasal 7 undang-undang Perkawinan, akan tetapi perkawinan tersebut telah melahirkan seorang anak”. Bila terhadap fakta hukum tersebut diterapkan Pasal (2) Ayat (2), Pasal 7 UU Perkawinan jo. Pasal 7 Ayat (3) Kompilasi Hukum Islam maka permohonan pengesahan perkawinan tersebut akan ditolak karena tidak memenuhi syarat perkawinan yang diatur dala Pasal 2 Ayat (2), Pasal 7 UU Perkawinan dan Pasal 7 Ayat (3) Kompilasi Hukum Islam. Akan tetapi bila ditolak hak-hak dasar si anak untuk mengetahui dan memiliki orang tua sahnya tidak

terlindungi. Oleh karenanya dalam hal ini hakim harus melindungi hak-hak dasar si anak. Sehingga hakim harus mengabaikan kaidah hukum yang diatur dalam Pasal 2 Ayat (2) dan Pasal 7 UU Perkawinan. Dalam kasus ini hakim menerapkan metode “*maslahah*” yakni demi melindungi hak dasar si anak, perkawinan tersebut dapat disahkan walaupun tidak memenuhi persyaratan perkawinan.⁴ Atau menerapkan kaidah fikih “*daf’u al-mafasid muqaddamun ‘ala jalbi al-mashlih*” yakni norma hukum yang diatur dalam Pasal 2 Ayat (2) jo. Pasal 7 Undang-Undang Perkawinan adalah untuk ketertiban administrasi tata usaha negara (*maslahah*) sedangkan melindungi hak-hak dasar si anak merupakan upaya menghilangkan faktor-faktor yang dapat membahayakan pertumbuhan kehidupan anak. Oleh karenanya melindungi hak-hak dasar anak harus lebih didahulukan daripada masalah tertib administrasi. Dalam teori hukum modern hak-hak dasar anak disebut hukum subjektif sedangkan tertib administrasi adalah hukum objektif, maka perlindungan hak-hak dasar si anak sebagai hukum subjektif harus lebih didahulukan dari hukum objektif.

- b. Dalam kasus pembatalan perkawinan, setelah sidang pembuktian disimpulkan fakta hukum “X dan Y melangsungkan pernikahan menurut Hukum Islam, dicatat oleh PPN yang berwenang, tanpa mendapat persetujuan istri sah (Pemohon) dan tanpa mendapat izin poligami dari pengadilan, akan tetapi Y pada saat perkawinan beritikad baik karena sepengetahuan Y, X berstatus duda mati berdasarkan akta kematian yang dikeluarkan oleh Pejabat Catatan Sipil yang berwenang”. Dalam kasus ini

⁴ Keadaan seperti ini adalah dalam situasi transisi, antara suatu peraturan lama (tidak mewajibkan buku nikah/pencatatan akad nikah dengan ketentuan hukum baru. Hukum baru mewajibkan pencatatan secara serta merta. Ketentuan ini menjadi kewajiban Pemerintah untuk menerapkan dan juga melakukan sosialisasi dengan tenggang-waktu tertentu dan dengan membuat regulasi organik lainnya.

- jika menerapkan Pasal 3, 4 dan 9 UU Perkawinan tidak memenuhi keadilan karena mengabaikan iktikad baik Y yang harus dilindungi oleh hukum. Dalam kasus ini ada dua kepentingan hak yang harus dilindungi. Pertama melindungi kepentingan hak istri pertama, kedua melindungi kepentingan hak istri kedua. Dalam kasus ini dapat diterapkan kaidah fikih “*al-dhararu la yazalu bi al-Dharari*”. Istri pertama mengajukan pembatalan perkawinan untuk menghilangkan beban penderitaan psikologis akibat poligami suami (*dharar*). Di sisi lain jika perkawinan X dan Y dibatalkan, akan menimbulkan beban psikologis (*dharar*) bagi istri kedua. Sedangkan istri kedua pada saat perkawinan beriktikad baik karena sepengetahuan istri kedua calon suaminya tidak terikat perkawinan. Maka dengan kaidah fikih tersebut untuk menghilangkan beban psikologis istri pertama, ia tidak boleh mengajukan pembatalan perkawinan dengan cara menimbulkan beban psikologis terhadap istri kedua. Keputusan ini memang pahit bagi istri pertama dan mengenakan pihak X sebagai lelaki, tetapi itulah keadilan dunia, biar nanti di hari akhir Allah akan memberi keadilan hakiki terhadap perilaku X.⁵
- c. Dalam kasus perceraian, setelah sidang pembuktian disimpulkan fakta hukum “X dan Y cekcok terus menerus dan sudah pisah tempat tidur selama 2 tahun, akan tetapi percekcoakan tersebut disebabkan oleh X (suami) mempunyai hubungan cinta dengan wanita lain”. Terhadap fakta hukum tersebut dapat diterapkan norma hukum yang terkandung dalam Pasal 19 huruf f Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975. Akan tetapi penerapan norma hukum tersebut dalam kasus ini akan menodai rasa keadilan pihak istri. Karena kasus ini sangat dilematis, suami mengajukan perceraian dengan alasan cekcok terus menerus, di pihak

⁵ Kembali lagi kepada rumus bahwa negara. Pemerintah bertang-jawab terhadap kecurangan X, yang membohongi publik dengan mengenyam-pingkan dirinya yang telah terikat kawin dengan perempuan, sebagai isterinya yang pertama.

lain percekocokkan tersebut disebabkan oleh perilaku buruk suami selingkuh dengan wanita lain. Menyikapi kasus ini jika rumah tangga dipertahankan dengan menolak permohonan izin talak dari X, toh rumah tangga X dan Y sudah tidak berfungsi lagi karena fungsi rumah tangga menjalin kasih sayang/*mawaddah wa rahmah* antara X dan Y sudah tidak ada. Akan tetapi jika dikabulkan rasa keadilan Y tidak terpenuhi karena ketidakharmonisan rumah tangga tersebut akibat ulah X. Dalam kasus ini hakim harus mampu memilih mana yang terbaik di antara pilihan tersebut dengan menggunakan metode “*istihsan*”. Keputusan ini memang pahit bagi istri pertama dan mengenakan pihak X sebagai lelaki sebagaimana dalam kasus b di atas. Kasus seperti ini pernah terjadi di masa Nabi Muhammad, di mana seorang wanita sudah tidak memiliki rasa cinta kepada suaminya. Ia mengadu kepada Nabi Muhammad bahwa ia tidak memiliki rasa cinta terhadap suaminya walaupun suaminya berperilaku baik dan sangat penuh kasih sayang. Akan tetapi ia khawatir jika rumah tangga dipertahankan akan menimbulkan perbuatan dosa. Nabi Muhammad menceraikan suami istri tersebut dengan membebani si istri untuk mengembalikan mahar berupa kebun kepada suaminya.

- d. Dalam kasus gugatan nafkah iddah, setelah sidang pembuktian disimpulkan fakta hukum “Perceraian diajukan oleh istri, disebabkan suami mempunyai hubungan cinta dengan wanita lain”. Jika dalam kasus ini diterapkan hukum fikih dan Pasal 149 huruf (b) Kompilasi Hukum Islam maka si istri tidak berhak untuk mendapat nafkah iddah, karena hak nafkah iddah hanya diperoleh istri jika suami yang menjatuhkan talak. Dalam kasus istri yang mengajukan cerai, jika ia tidak berhak mendapat nafkah iddah maka putusan demikian tidak memenuhi rasa keadilan karena gugatan perceraian itu tidak akan terjadi jika suami tidak mempunyai hubungan cinta dengan

wanita lain. Oleh karena itu, dalam kasus ini hakim dapat menerapkan metode *qiyas* sebagai berikut: iddah adalah masa menunggu untuk *istibra*. *Istibra* adalah keadaan di mana mantan istri harus menjalani masa iddah untuk mengetahui apakah ia mengandung atau tidak. Masa iddah notabene merupakan kepentingan suami untuk menjaga kemurnian keturunan suami, oleh karena itu wanita yang mengajukan perceraian dengan alasan percekocokkan, di mana suami sebagai penyebab retaknya rumah tangga, berhak untuk mendapat nafkah iddah.

- e. Dalam kasus pembatalan perkawinan, disimpulkan fakta hukum “lelaki X melangsungkan perkawinan dengan perempuan Y menurut Hukum Islam dicatat oleh Pejabat Pencatat Perkawinan adalah paman Y dari pihak ibu karena ayah Y tidak mau menikahkan, dari perkawinan tersebut telah melahirkan seorang anak”. Dalam kasus ini jika perkawinan tersebut dibatalkan dengan pertimbangan bahwa perkawinan tersebut dilakukan oleh wali tidak sah sesuai Pasal 26 Ayat (1) Undang-Undang Perkawinan jo. Pasal 21 Ayat (1) Kompilasi Hukum Islam akan mengakibatkan beban psikologis bagi si anak dan kedua mempelai. Sedangkan jika perkawinan tersebut tidak dibatalkan hak ayah sebagai wali juga terabaikan. Dalam kasus ini ada dua kepentingan yang harus dilindungi kepentingan ayah Y, dan kepentingan anak serta suami istri yang harus dilindungi. Dua kepentingan ini saling bertentangan. Maka hakim dapat menerapkan kaidah fikih “*idza ta’aradha al-dharurayn ukhidza akhaffu huma*”. Jika ada dua kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum maka kepentingan yang lebih kecil harus dikesampingkan. Dalam hal ini hakim harus memilih mana kepentingan yang lebih kecil yang harus dikesampingkan antara kepentingan Pemohon (ayah Y) atau kepentingan melindungi anak dan kedua mempelai. Jika dilihat dari kepentingan perlindungan perkembangan psikologis si anak maka mempertahankan perkawinan

- lebih baik dibanding dengan membatalkan perkawinan hanya untuk melindungi kepentingan Pemohon (ayah Y).
- f. Dalam hal gugatan harta bersama, setelah sidang pembuktian disimpulkan fakta hukum “Penggugat dan Tergugat selama perkawinan telah memperoleh harta bersama berupa tanah dan rumah serta mobil, akan tetapi Penggugat tidak melaksanakan kewajibannya sebagai suami, bahkan yang mencari nafkah adalah Tergugat sebagai istri dan harta bersama tersebut murni diperoleh dari hasil usaha Tergugat”. Dalam kasus ini jika diterapkan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dan Yurisprudensi Mahkamah Agung yang memberi bagian yang sama untuk suami istri tidak akan memenuhi rasa keadilan. Karena Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam tersebut harus dipahami bahwa harta bersama dibagi sama untuk suami dan istri, jika suami istri melaksanakan tugas dan kewajibannya sesuai peraturan perundang-undangan. Dalam contoh kasus di atas suami tidak melaksanakan kewajibannya sebagai suami, dia tidak memberi nafkah kepada istri bahkan suami dinafkahi oleh istri. Oleh karenanya dalam memutus kasus seperti tersebut hakim harus melakukan ijtihad. Ijtihad yang dapat diterapkan adalah *istihsan*. Yakni memilih yang hukum yang paling baik dan adil untuk diterapkan dalam kasus tersebut.
- g. Dalam gugatan waris, setelah sidang pembuktian disimpulkan fakta hukum “pewaris meninggalkan keluarga hubungan darah seorang cucu laki-laki dari anak perempuan dan seorang saudara laki-laki sekandung, sedangkan masyarakat di mana pewaris hidup berlaku kekerabatan bilateral”. Dalam kasus ini jika diterapkan hukum fikih maka cucu laki-laki dari anak perempuan tidak mendapat waris karena ia sebagai *dzawil arham*. Dengan demikian, penerapan norma hukum fikih tidak sejalan dengan hukum yang hidup di tengah masyarakat sehingga tidak memenuhi rasa keadilan lokal. Oleh karena itu, dalam kasus ini dapat

diberlakukan metode “*al-’adatu muhakkamah*” di mana hukum yang hidup dalam masyarakat harus diutamakan untuk memenuhi rasa keadilan lokal (masyarakat setempat).

Penemuan, penerapan, dan penciptaan hukum dengan membangun argumentasi hukum merupakan kewajiban seorang hakim dalam memutuskan suatu perkara. Hakim memandang hukum yang ada merupakan sumber keadilan dan menerapkannya dalam setiap memutuskan perkara, ia telah berfungsi sebagai corong undang-undang. Hakim dituntut untuk lebih sekadar menjadi corong undang-undang saja melainkan sekaligus sebagai penegak keadilan dan meningkatkan pemahaman terhadap hukum. Para pihak dapat meriwayatkan pengalaman mereka ketika berhadapan dengan kasus yang dialaminya. Oleh karenanya, menurut Satjipto, penegasan hukum yang ada dan menciptakan hukum yang baru dengan membangun argumentasi hukum untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat merupakan suatu keniscayaan bagi para hakim progresif.

Perhatian negara kepada para penegak hukum dapat disebut sudah memadai. Dibandingkan dengan lembaga lain di Indonesia. Oleh sebab itu kesungguhan hakim untuk menghasilkan keputusan yang baik dan adil adalah sebuah tuntutan yang dapat diterima akal sehat. Para hakim yang kesungguhannya dapat mengangkat martabat peradilan di hadapan masyarakat Indonesia dimasa yang akan datang. Harus belajar banyak tentang perkembangan hukum, termasuk perkembangan hukum Islam dalam satu panduan hukum yaitu hukum Indonesia.

BAB IV

ANOTASI PUTUSAN

Pada bagian ini, akan diuraikan sejumlah alternatif analisis hukum dari sebuah keputusan pengadilan. Sebuah keputusan pengadilan dapat dilihat dari berbagai sudut. Suatu putusan yang diberikan oleh majelis hakim sangat luas dampaknya. Dampak dilihat dari sudut ilmu hukum. Masyarakat akan mengambil pelajaran dari sebuah keputusan hakim. Putusan hakim berdasarkan ijtihadnya mendorong masyarakat untuk menyadari apa yang telah diputuskan oleh hakim tersebut. Putusan hakim seakan-akan melahirkan hukum yang baru. Putusan yang dapat meningkatkan pemahaman masyarakat terhadap hukum. Hakim dapat menemukan putusan setelah berijtihad dengan segenap tenaga yang dimiliki, sehingga melahirkan putusan seperti itu. Ilmuan hukum menyebutkan dengan istilah *law in concreto*.

Pekerjaan menyusun anotasi putusan merupakan pekerjaan membaca bahan-bahan hukum secara teliti dan konsisten mencatat keterangan-keterangan yang secara khusus disebut dalam peraturan perundang-undangan, seperti pada konsiderannya dengan pokok penyebutannya berupa ditimbang, diingat, didengar atau diperhatikan atau di dalam pasal-pasalannya di mana pokok penyebutan berupa; dibatalkan, dicabut, dihapus, diubah, diingat, dinyatakan tidak berlaku, dan sebagainya. Dalam sistem hukum kontinental perhatian pengkaji terhadap putusan pengadilan memang rendah. Ketidaksiharian pengkaji tidak boleh dibiarkan. Hukum itu baru dapat berkembang dengan baik, apabila dibarengi kajian dan pencatatan-pencatatan dari peneliti.

Ada dua paham hukum dalam menafsirkan suatu ketentuan hukum, yaitu paham *yuridisme positivisme* dan *yuridisme idealisme*. Yuridisme positivisme adalah sistem yang membatasi dalam menafsirkan suatu ketentuan aturan hukum positif terbatas hanya pada apa yang tercantum di

dalam ketentuan di dalam undang-undang saja. Dalam sistem ini ketentuan dalam undang-undang tidak dibenarkan untuk diuji dengan ketentuan yang lebih tinggi misalnya dengan undang-undang Dasar. Sebaliknya, yuridisme idealistis adalah sistem yang dalam menafsirkan suatu ketentuan aturan hukum positif Undang-Undang harus dihubungkan pengertiannya dengan semangat atau jiwa tata hukum yang ber-sangkutan, yakni dengan cita hukum (*rechtsidee*) tata hukum yang bersangkutan. Lebih lanjut dikatakan bahwa tata hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 menganut aliran yuridisme yang idealistis. Hal tersebut didasarkan pada tata hukum Indonesia yang selalu mendasarkan sistem peraturannya dengan berdasarkan pada Pancasila dan UUD 1945 sebagai *rechtsidee*-nya.¹ Pancasila dianggap sebagai cita-cita hukum bangsa Indonesia.

Munculnya berbagai aliran pemikiran, terutama bagi hakim dalam memutuskan perkara, disebabkan karena hubungan antara peraturan perundang-undangan di satu pihak dengan fakta konkrit yang diperiksa oleh hakim di pihak lain. Permasalahannya adalah, apakah di antara peraturan hukum tersebut dengan fakta konkrit yang diperiksa oleh hakim di pengadilan, masih ada sesuatu atau tidak? Dengan kata lain, yang berlaku dalam penyelesaian fakta konkrit yang diadili oleh hakim di pengadilan, aturan undang-undangnya ataukah hasil dari penilaian hakim?²

Terhadap permasalahan ini ada kemungkinan terdapat jawa-bannya. Pertama, bagi kaum dogmatik, hukum adalah

¹ Bandingkan, Dr. Shidarta, S.H, M.Hum, Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Ke Indonesiaan, (Bandung:Cv.Otomo, 2006, hlm, 506 dan bandingkan juga, A. Hamid S. atau "Pancasila cita Hukum dalam Kehidupan Hukum Bangsa Indonesia" dalam Oetoyo Oesman Alfian eds. Pancasila sebagai Ideologi dalam Bidang kehidupan Bermasyarakat Berbangsa dan Bernegara; Jakarta; Bp-7 Pusat, 1993, hlm. 62-87.

² Acmad Ali, *Menguak Tabir Hukum; Suatu Kajian Filosofi dan Sos-ologis*, Jakarta: Chendara Pratama, 1996, hlm. 140.

peraturan (tertulis) yaitu undang-undang. Dalam hal ini tugas hakim adalah menghubungkan antara fakta konkrit (fakta peristiwa atau fakta hukum) yang diperiksanya dengan ketentuan undang-undang. Kaum dogmatik melihat adanya dua kemungkinan, adanya suatu proses di antara dua elemen (peraturan dan fakta hukum) yaitu: (i) Proses penerapan hukum oleh hakim. Di sini hakim hanya menggunakan hukum logika, yaitu silogisme; (ii) Proses pembentukan hukum oleh hakim. Di sini hakim tidak sekedar menggunakan hukum-hukum logika, melainkan memberikan penilaian. Ini yang disebut interpretasi dan konstruksi yang oleh kaum legisme tidak dibolehkan.³ Ketika interpretasi hukum dihambat maka kemampuan hukum juga lambat dan mandeg.

Kedua, bagi kaum non-dogmatik (socio-legal), undang-undang bukan satu-satunya sumber hukum, tetapi masih ada sumber hukum lain yaitu: kebiasaan. Traktat, yurisprudensi, doktrin, kaidah agama, bahkan nilai-nilai kepatutan yang hidup di dalam masyarakat. Dalam pandangan kaum non dogmatik ini, tugas hakim adalah menghubungkan antara sumber-sumber hukum tersebut dengan fakta konkrit yang diperiksanya. Dalam hubungan tersebut, hakim melakukan penilaian atau penemuan hukum, seperti dikemukakan oleh Paul Scholten bahwa "... hukum itu ada, akan tetapi harus ditemukan, dalam apa yang ditemukan itulah teknik yang baku. Hanya orang yang mengidentik hukum dengan peraturan-peraturan harus memilih: penciptaan atau pe-

³ Setelah adanya kodifikasi di negara Perancis yang menganggap bahwa *Code Civil* Perancis sudah sempurna, lengkap serta dapatmenampung seluruh masalah hukum, maka timbullah aliran legisme (wet-telijk positifisme). Aliran ini berpendapat bahwa: 1. Satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang; (2) Diluar undang-undang tidak ada hukum. Bagi penganut legisme, hakim hanyalah *merupakan subsuntif authomat* dan pemusatan perkara hanya dipakai pada undang-undang saja. Pada dasarnya, logisme dianggap sebuah usaha yang paling baik untuk mewujudkan kepastian hukum. Banyak negara mengikutinya dalam menrapkan logisme, antara lain Belanda, Belgia, Jerman Tokohnya antara lain dari Friedarich (Jerman) van Swemderen (Belanda).

nerapan. Apabila ada faktor-faktor lain, maka dilemma itu hapus...” Kebakuan hukum dapat dilihat dalam kehidupan hukum sekarang ini. Betapa banyak orang protes atas putusan hukum yang menghukum pencuri kakau beberapa saat yang lalu. Pencuri jemuran, pencuri sandal jepit.

Oleh karena itu, yang menyelesaikan persengketaan itu sebenarnya bukan aturan hukum yang terdapat pada undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, doktrin atau hukum agama, akan tetapi ketentuan hukum yang lahir dari penilaian hakim. Orang yang mengatakan bahwa yang berlaku adalah peraturan perundang-undangan tentu akan sulit menjawab pertanyaan, mengapa dari ketentuan pasal undang-undang yang sama berbeda dalam kenyataan penerapannya dari pengadilan? Jawabannya tidak lain adalah karena bukan aturan undang-undang yang berlaku, akan tetapi hanya sebagai sumber dari putusan pengadilan dan putusan pengadilan itu sendiri yang merupakan hukum dalam perkara tersebut nurani hukum.

Ketentuan undang-undang tidak dapat diterapkan begitu saja secara langsung pada peristiwanya. Untuk dapat menerapkan ketentuan undang-undang yang umum dan abstrak sifatnya itu pada peristiwanya yang konkrit dan khusus sifatnya, ketentuan undang-undang itu harus diberi arti, dijelaskan, atau ditafsirkan dan diarahkan atau disesuaikan dengan peristiwanya itu kemudian baru diterapkan pada peristiwanya. Peristiwa hukum yang harus dicari lebih dahulu dari peristiwa konkritnya kemudian undang-undang ditafsirkan untuk dapat diterapkan. Setiap peraturan hukum itu bersifat abstrak dan pasif. Abstrak karena umum sifatnya, dan pasif karena tidak akan menimbulkan akibat hukum kalau tidak terjadi peristiwa konkrit. Peraturan hukum yang abstrak itu memerlukan rangsangan agar dapat aktif, agar dapat diterapkan pada peristiwa yang cocok. Dengan kata lain, sebenarnya putusan hakim itulah hukum dalam arti yang sebenarnya dalam perkara konkrit yang diperiksa hakim. Undang-undang, kebiasaan, dan sebagainya hanyalah

pedoman dan bahan inspirasi bagi hakim untuk membentuk hukumnya sendiri. Hal ini selaras dengan apa yang pernah dikemukakan oleh hakim Amerika Serikat Cardozo bahwa “... the law which is the resulting product is not found but made. The process which reaches its highest reaches is not discovery, but creation...”

Hunting, pernah menyatakan bahwa hukum itu berawal dan berakhir pada putusan pengadilan, meskipun kalimat ini dapat dikategorikan sebagai kalimat yang dipengaruhi oleh persepsi sistem hukum common law/anglo saxon, akan tetapi pada hakikatnya memang demikian. Keberadaan hukum itu baru terasa jika ada sengketa, dan sarana terakhir untuk menyelesaikan sengketa hukum tentu saja melalui pranata pengadilan yang berwujud putusan hukum. Tugas pokok hakim adalah mengadili, memeriksa dan memutuskan suatu perkara tidak ada alasan untuk menolak mengadili dengan alasan hukumnya tidak ada atau tidak jelas. Bagi hakim memutuskan setiap perkara yang diajukan kepadanya merupakan kewajiban. Selama berabad-abad, hubungannya antara perundang-undangan dengan putusan hakim menimbulkan polemik yang tak putus-putusnya dan telah melahirkan aliran pemikiran dalam ilmu hukum. Mula-mula dikenal aliran legisme, yang cenderung memandang hakim tidak lain hanya sekedar terompet undang-undang (*bouche de la loi*). Kemudian muncul aliran penemuan hukum oleh hakim, yang memandang hakim dapat mengisi kekosongan perundang-undangan dengan jalan konstruksi hukum atau interpretasi. Terakhir muncul aliran realis, yang pada pokoknya memandang hakim tidak sekedar menemukan hukum melainkan membentuk hukum melalui putusannya. Bagi aliran realis, kaidah-kaidah hukum yang berlaku memang ada pengaruhnya terhadap putusan hakim, akan tetapi hanya sekedar sebagai salah satu unsur pertimbangan. Selain unsur kaidah hukum itu, putusan hakim juga dipengaruhi oleh prasangka politik, ekonomi, ataupun moral.

Hukum merupakan produk yang dihasilkan bukan ditemukan, bahkan sebuah model. Prosesnya sangat rumit hukum bukan pula ditemukan, tetapi diciptakan. Justeru itu hakim bukan “tukang stempel” tetapi, komponen subjek yang bertugas menghasilkan suatu norma yang khusus terhadap kasus yang dihadapi. Itulah sebabnya dalam Islam diganjar dengan pahala yang besar. Hakim harus mampu menghasilkan kedamaian dalam memutuskan suatu kasus. Hakim tidak boleh menghasilkan putusan yang memberi peluang sengketa yang berkelanjutan.

Berikut ini penulis akan menurunkan beberapa tulisan dari bahan hukum yang berasal dari putusan Mahkamah Konstitusi R.I dimaksud. Bahan artikel itu dikembangkan dari peristiwa hukum dan perbuatan hukum yang terjadi dan dimuat dalam putusan tersebut.

A. Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam

1. Penemuan Hukum Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010

Keberadaan lembaga pernikahan dalam Islam adalah untuk menjaga dan mengawal anak yang lahir dari suatu persetubuhan. Di samping itu untuk memenuhi kebutuhan biologis suami isteri serta tanggung-jawab terhadap anak yang dilahirkan. Keabsahan pernikahannya menentukan nasab dan status anak. Adanya pernikahan menentukan nasab anak itu. Justeru itu pernikahan sangat penting, karena dengan pernikahan itu menentukan status anak. Kenyataannya hubungan nasab dengan status anak tidak serta merta berkorelasi positif. Ada kemungkinan terjadi hubungan nasab, tetapi tidak ada kaitannya dengan status anak. Hal ini disebabkan tingkah laku anggota masyarakat itu sendiri. Hubungan nasab harus diproses sesuai dengan bingkai aturan yang telah dibuat dan disepakati oleh masyarakat itu sendiri. Ketentuan masyarakat yang membuat aturan

melekat dengan budayanya sendiri. Salah satu unsur budaya yang berkaitan dengan aturan adalah sistem masyarakat dan budaya teritorialnya. Ajaran agama Islam adalah ajaran yang global. Inilah yang dapat menyebabkan ajaran agama Islam yang dapat bertahan sepanjang zaman.

Sistem budaya masyarakat agraris yang didominasi oleh sistem statis, akan berbeda dengan sistem masyarakat industri. Masyarakat industri sangat dinamis, sehingga aturannyapun harus dapat menampung kepentingan masyarakat yang tak terbatas. Masyarakat agraris membingkai masyarakatnya secara sederhana. Bingkai anggota masyarakat agraris sederhana, karena mobilisasi rendah, mereka tidak memerlukan akta berupa pembuktian telah terjadi suatu peristiwa hukum atau suatu perbuatan hukum, cukup dengan informasi secara holistik saja di lingkungannya. Anggota masyarakat itu membingkai dirinya sendiri secara kebiasaan. Pada masyarakat industri yang membingkai masyarakat adalah aturan perundang-undangan, artinya faktor extern akan lebih dominan. Akta tertulis resmi yang dapat melekat dengan anggota masyarakat yang dinamis. Mobilitas yang tinggi memerlukan peraturan yang pasti. Justeru itu karakteristik masyarakat menentukan norma dalam masyarakat. Agama Islam hanya mengarahkan masyarakat kesuatu sistem masyarakat yang tertib dan yang baik.

2. Sistem Masyarakat mempengaruhi Sistem Hukum

Kebiasaan seperti yang melekat pada sistem masyarakat agraris, tidak lagi mendominasi masyarakat Indonesia. Walaupun kehidupannya di bidang pertanian, mobilitasnya juga ada, walaupun rendah. Di samping itu kebutuhan terhadap akta tidak lagi dalam arti, karena mobilisasi semata, tetapi juga karena ada kepentingan lain. Kartu Tanda Penduduk, tidak hanya karena berkaitan dengan berpergian tetapi juga berkaitan dengan bukti diri dalam segala urusan. Tanda penduduk tidak hanya berkaitan dengan kepala desa tetapi juga terdaftar di Kantor Camat, Kantor Desa atau

Kantor Catatan Sipil. Hal ini berkaitan dengan kemudahan lainnya, seperti dapat jatah hak, karena kemiskinan atau berobat pada Rumah Sakit sebagai identitas diri, serta ketika akan melangsungkan pernikahan. Identitas ini akan terus berkaitan sampai dengan akta kelahiran anak dan seterusnya. Justeru itu identitas diri tidak semata-mata dingat secara holistik, tetapi juga harus dilimpah pada catatan yang permanen dan resmi sesuai dengan suatu aturan bersama.

Tanda kelahiran harus dibuktikan dengan akta kelahiran. Akta kelahiran harus didasari oleh akta nikah dan Kartu Tanda Penduduk. Keterkaitan akta-akta itu menjadi penting untuk menentukan nasab dan status anak dalam sistem hukum Indonesia. Akibat dari pemahaman sekularisme menyebabkan sering terjadi pemisahan pemahaman antara kepentingan yang ada kaitannya dengan agama dengan kepentingan administrasi kenegaraan. Kadang-kadang masyarakat meremehkan kepentingan negara. Pada hal agama harus dilindungi oleh negara. Keberadaan Pancasila dan beberapa pasal dalam Undang-Undang Dasar 1945 merupakan bukti keterkaitan antara agama dan negara. Oleh sebab itu gagasan kenegaraan dalam bidang hukum terkait dengan agama harus berjalan dengan baik. Di dalamnya adanya kepentingan agama. Penegakan syariat Islam di Aceh, harus ditopang oleh identitas diri. Penghuni hotel, ada laki-laki dan ada perempuan. Ketika berada dalam satu kamar, petugas hotel dapat mensterilkan dengan cara buku meminta nikah atau percocokan alamat Kartu Tanda Penduduk. Ketika buku nikah tidak wajib atau KTP tidak diharuskan, berarti salah satu peluang penegak Syariat telah kandas di tengah jalan.

Agama menurut ahli sosiologi merupakan sesuatu yang sangat potensial untuk menciptakan integritas, tetapi di sisi lain sangat mudah sekali untuk mencari konflik. Karenanya jika undang-undang perkawinan menganut aliran monothisme tidak semata-mata karena mengikuti ajaran agama tertentu saja, yang mengharamkan adanya perkawinan beda agama,

melainkan karena persamaan agama lebih menjanjikan terciptanya sebuah keluarga yang kekal, harmonis, bahagia lahir dan batin, daripada menganut aliran heterothisme (antar agama) yang sangat rentan terhadap terjadinya perpecahan, tidak harmonis, tidak bahagia dan tidak sejahtera. Agama adalah identitas diri, oleh sebab itu tidak boleh disia-siakan, atau dikesampingkan. Agama itu melekat dengan pribadi seseorang. Justru negara harus berperan dalam membina warga yang beragama agar dapat bertindak sesuai menurut agama yang dianutnya. Ketika negara membutuhkan identitas diri yang pasti, negara aktif melakukan sosialisasi kewajiban membuat identitas diri.

Perbedaan tidak berarti terjadi konflik. Perbedaan ada kemungkinan saling menguatkan. Sebetulnya tugas agama adalah mencerdaskan umat masing-masing agama. Ketika umat masing-masing agama sudah cerdas tentu saja pemimpin masing-masing umat dapat dengan mudah membangun keharmonisan dan saling menghormati. Sebagai contoh “Islam menganjurkan kawin sesama agama. Ada pihak-pihak yang tidak diboleh kawin, dalam arti karena berbeda. Islam menginginkan dalam perkawinan “adanya sekufu”. Jangankan sekufu dalam bidang agama, sekufu dalam bidang status sosialpun dipertimbangkan. Bahkan dalam masyarakat adat ada ketentuan-ketentuan tertentu dalam bidang perkawinan. Tentu saja ajaran seperti ini berdasarkan rumus holistik teruntur. Hukum Adat mengenal, perkawinan exogami, endogamy, paralelkosin, eroscosin dan lain-lain.

Islam menetapkan anak yang lahir dari seorang perempuan yang tidak diketahui siapa yang telah menyebabkan perempuan itu mengandung dan melahirkan, anak itu menjadi milik perempuan dan keluarga perempuan sepenuhnya. Peristiwa hukum seperti itu telah diatur dalam Islam, hukum adat dan di dunia hukum lainnya. Hukum Islam menganggap itu menjadi tanggung jawab perempuan yang melahirkan, hukum adat dan hukum asing yang pernah

berlaku di Indonesia. Baru-baru ini juga Mufti ulama perlu menetapkan fatwa, bahwa anak yang lahir kurang dari masa kehamilan enam bulan dapat menjadi keturunan dari laki-laki yang mengakuinya.

Kedudukan anak keturunan dalam Islam sangat penting. Anak itu titipan dari yang Maha Pencipta. Justeru itu garis keturunan dianggap paling penting. Orang tua adalah pihak yang paling bertanggung-jawab untuk menyelamatkan, bukan kebutuhan fisik, tetapi juga kebutuhan psikis.

B. Status Anak Luar Nikah dalam Sistem Hukum Adat

1. Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi RI; Nomor 46/PUU-VIII/2010

Hukum adat menganggap sangat aib ketika ada anak yang lahir di luar nikah dalam wilayah desanya. Sistem kekerabatan di nusantara memang berbeda-beda. Ada kekerabatan berdasarkan keturunan, ada juga kekerabatan berdasarkan teritorial. Kekerabatan berdasarkan teritorial sangat mudah dikontrol untuk ditegakkan ketertiban dan kenyamanan. Gampong di Aceh sebagai salah satu teritorial kekerabatan yang sangat menentukan ketenteraman gampong. Distribusi kekuasaan ditetapkan pada suatu gampong adalah untuk menjaga gampongnya dari berbagai goncangan. Pengetua-pengetua dalam daerah-daerah tertentu itu bertanggung jawab penuh terhadap kedamaian dan keamanan gampong. Hal ini dapat dipersamakan dengan daerah-daerah otonomi. Adanya *peutua sagoe*, *haria blang*, *haria peukan* dan lain-lain, adalah dalam rangka mensejahterakan gampong sekaligus mengamankannya. *Peutua-peutua* yang diberi kewenangan-kewenangan tertentu itu bertanggung jawab penuh dalam wilayah kewenangannya. *Peutua Sagoe* memiliki otonomi tertentu dalam menyelesaikan kasus-kasus yang terjadi di lingkungan wilayahnya.

Ketika Moerdiono menikah di rumah orang tua Aisyah tentu berada dalam wilayah suatu desa. Desa dalam masyarakat

Indonesia adalah wilayah teritorial yang diawasi oleh kepala Desa. Pernikahan Aisyah tidak melibatkan penguasa adat desa merupakan suatu keganjilan dan sebuah kesalahan. Keterlibatan aparat desa dapat mengurangi kecurangan dalam penegakan ketertiban masyarakat dan aturan perundang-undangan. Ketika aparat desa tidak dilibatkan, maka kesalahannya dapat berlipat ganda.

Perbuatan hukum Moerdiono yang menikah dengan Hj. Aisyah Muchtar digolongkan oleh banyak penulis sebagai nikah yang tidak sah. Akibatnya anak yang lahir dari perkawinan mereka dianggap anak luar nikah. Padahal Moerdiono menikah dengan perempuan yang bernama Hj. Aisyah binti Muchtar mengikuti semua prosedur nikah sesuai dengan pedoman akad nikah sebagaimana ada di dalam kitab fiqh. Perintah pencatatan belum dikenal dalam kitab fiqh. Atas pedoman itu Moerdiono telah melalui prosedur sebagaimana mestinya, minus pegawai pencatat nikah. Ketika diskusi tentang pencatatan digelar di ILC, tidak ada seorang ahli pun yang berani menyebutkan pernikahan tanpa pencatatan tidak sah. Bahkan ada yang menyebutkan bahwa akad pernikahan, tidak ada hubungannya dengan pencatatan. Pencatatan dan pernikahan tidak berkorelasi positif.

Proses lahirnya perundang-undangan yang mengatur tentang perkawinan di Indonesia diputuskan oleh mayoritas umat Islam. Tokoh-tokoh dalam lingkungan kementerian agama pada waktu itu sangat memahami hukum fiqh, tetapi pemikiran tentang kemajuan hukum yang dibanggakan melalui ijtihad tidak berhasil diwujudkan. Apabila disebutkan bahwa setiap pernikahan harus ada pencatatan, apakah ada sesuatu yang kurang atau mengganggu yang diperkirakan malah lebih masalah. Kita menghafal kaedah harus ada kemaslahatan sebagai dasar hukum agama, tetapi tidak tahu ditempatkan dimana kemaslahatan itu.

Anak yang lahir dari perkawinan Moerdiono dan Hj. Aisyah binti Muchtar adalah sesuai dengan prosedur kitab

fiqh lama. Dalam sistem hukum tertulis sebagaimana yang menjadi bahan kajian ilmu hukum Indonesia, ketika ada hukum yang tidak berlaku harus dinyatakan dengan tegas tentang ketidakberlakuannya. Undang-Undang Perkawinan, Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, harus menyatakan semua kebiasaan atau hukum tidak tertulis lainnya dinyatakan tidak berlaku. Dengan sendirinya masyarakat akan memahami bahwa pernikahan yang dilakukan tidak melalui pencatatan tidak sah atau tidak prosedural. Sesuai dengan hukum kebiasaan berdasarkan doktrin kitab fiqh, pernikahan Moerdiono adalah sah. Hal ini sesuai pula dengan putusan Pengadilan Agama 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, yang menyatakan: Bahwa pada Tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pernikahan antara pemohon (Hj. Aisyah Muchtar alias Machica binti H. Muchtar Ibrahim) dengan seorang laki-laki bernama Drs. Moerdiono, dengan wali nikah ayah kandungnya almarhum H. Muchtar Ibrahim, disaksikan oleh dua orang saksi, masing-masing bernama almarhum K.H. M. Yusuf Usman dan Risman dengan mahar berupa seperangkat alat shalat, uang 2000 riyal, satu set perhiasan emas, berlian dibayar tunai dan dengan ijab yang diucapkan oleh wali tersebut dan qabul diucapkan oleh laki-laki bernama Moerdiono.

Putusan Pengadilan Agama tidak menyebutkan bahwa pertimbangan hukum hakim bahwa pengakuan adanya nikah walaupun tidak mempunyai buku nikah adalah berdasarkan hukum kebiasaan dalam masyarakat dan sistem hukum Indonesia. Ketika hakim menyebutkan bahwa pernikahan yang tidak mewajibkan pencatatan itu adalah berdasarkan hukum fiqh klasik merupakan pernyataan di luar koridor sistem hukum Indonesia. Kitab fiqh klasik tidak mencantumkan pencatatan sebagai rukun atau syarat pernikahan. Dengan demikian pencatatan tidak berkorelasi langsung dengan keabsahan

pernikahan. Justeru itu Mahkamah Konstitusi melakukan pertimbangan hukum praktis, dengan menyatakan kitab fiqh tidak mengharuskan pencatatan. Garis hukum yang dikembangkan oleh Mahkamah Konstitusi adalah garis hukum yang konvensional bukan garis hukum modern.

Pertimbangan hukum hakim Mahkamah Konstitusi R.I bahwa pencatatan adalah kewajiban administratif dari negara adalah pertimbangan yang kurang tepat karena untuk menjalankan ketertiban kewajiban agama harus difasilitasi oleh negara.⁴ Apakah agama akan rugi kalau dinyatakan bahwa pencatatan merupakan kewajiban agamanya. Untuk sekarang ini sulit dinyatakan bahwa agama memerintahkan ketertiban dan kenyamanan umat dalam menjalankan agamanya. Perintah Pasal 2 ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”, dan Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 menyatakan, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, khususnya mengenai hak untuk mendapatkan status hukum anak”. Pernyataan pasal inilah yang digugat oleh pemohon sebagai pasal yang inkonstitusional, bertentangan dengan Hak Asasi Manusia. Padahal perintah undang-undang dimaksud untuk merekayasa masyarakat agar lebih tertib dan lebih bertanggungjawab, dan ini kewajiban negara. Negara bertanggungjawab terhadap ketertiban dan kenyamanan warga negaranya.

Pernyataan “dicatat” dalam Pasal 2 ayat (2) adalah kata kerjaya yang dipasifkan, bermakna harus dikerjakan, berarti wajib. Menafsirkan pencatatan sebagaimana kewajiban administrasi adalah untuk mengelak seakan-akan perintah dicatat itu tidak ada hubungannya dengan agama. Pada hal semua orang tahu bahwa kitab fiqh adalah kitab pemahaman. Pemahaman itu dapat berubah sesuai dengan perubahan tempat dan waktu.

⁴ Hazairin, *Demokrasi Pancasila*, (Jakarta: Tinta Mas, 1985), hlm.

Ketika kewajiban mencatat pernikahan sebagai kewajiban agama, baik berdasarkan kaedah fiqh, maupun kaidah ushul fiqh. Perlu dipertanyakan adakah norma hukum Islam yang terganggu. Norma berupa garis hukum yang ada di dalam al-Quran dan Hadits Nabi saw. Mengikuti pendapat fiqh secara sederhana, dapat menyebabkan pemahaman agama menjadi kering. Padahal semua orang harus memahami agama dengan baik.

2. Tujuan Pembentukan Hukum

Pembentukan hukum dalam Islam tidak terlepas dari *Maqashid al Syari'ah* dan *Mashlahah Mursalah*. Meskipun produk Mahkamah Konstitusi *in casu* bukan sebagai produk Peradilan Islam, akan tetapi pengaruh putusan tersebut tidak dapat dipisahkan dari keberadaan umat Islam yang lebih kurang 85%. Oleh karenanya wajar bila umat Islam khususnya pemuka-pemuka Islam menyoroti putusan tersebut. Putusan Mahkamah Konstitusi harus berani mencantumkan menyelamatkan keturunan sebagaimana direncanakan oleh *maqashid al-syari'ah*. Untuk menyelamatkan keturunan pernikahan itu harus dicatat sebagaimana mestinya. Pencatatan nikah dapat memudahkan negara dalam mewujudkan ketertiban dan kenyamanan warga negaranya. Mahkamah Konstitusi tidak dapat memisahkan dirinya dari kepentingan ajaran agama Islam di Indonesia.

Maqashid al-Syari'ah menjelaskan kepada kaum muslimin bahwa syari'at memiliki tujuan yang mulia bagi kehidupan mereka. Dengan mengetahui dan memahami tujuan mulia penerapan syari'at Islam dalam kehidupan manusia, maka diharapkan dapat terbentuk kualitas keimanan kaum muslimin agar lebih bertambah dan mantap. Kualitas warga negara yang meningkat dapat menguntungkan negara dan pemerintahnya. Inilah yang diingatkan Prof Hazairni dalam karyanya "Demokrasi Pancasila Negara Republik Indonesia berkewajiban menyatakan ajaran agama Islam bagi pemeluknya.

Maqashid al-Syari'ah juga diharapkan dapat mendorong kaum muslimin untuk mempelajari ajaran-ajaran Syari'at Islam secara lebih mendalam dengan membandingkan pendapat-pendapat yang ada berdasarkan argumen-argumen yang kuat dan jelas, baik argumen *naqli* maupun argumen *aqli*. Dengan mengetahui kemuliaan, tujuan, serta pentingnya pelaksanaan syari'at Islam untuk kemaslahatan dunia dan akhirat, maka kaum muslimin atau kaum intelektual muslim akan lebih mudah untuk mengajak umat dalam melaksanakan ajaran Islam yaitu menyuruh kepada kebaikan (*amar ma'ruf*) dan mencegah kejahatan (*nahyi munkar*). Dengan melaksanakan kedua hal yang utama ini, diharapkan dapat meminimalisir kerusakan terjadi dalam kehidupan dan memaksimalkan kebaikan serta perbaikan dalam segala lapangan kehidupan baik di dunia maupun di akhirat. Negeri Republik Indonesia tidak mungkin meninggalkan kepentingan umat beragama di Indonesia, baik agama Islam maupun agama lainnya.

Pengetahuan tentang *maqashid al-syari'ah*, jelas akan membantu kaum muslimin, para da'i serta kaum intelektual serta ulama Islam dalam proses penetapan hukum yang didasarkan pada ijtihad untuk kemaslahatan masyarakat luas. Pengetahuan tentang *maqashid al-syari'ah* ini juga membantu mereka dalam menafsirkan hukum-hukum yang termaktub dalam kitab suci dan tradisi Nabi dengan benar. Artinya tidak menyimpang dari prosedur keilmuan yang berlaku. Di samping kaidah-kaidah di dalam teori *maqashid al-syari'ah*, juga diperlukan kaidah-kaidah keilmuan serta etika ilmu pengetahuan.

Selain, pengetahuan tentang *maqashid al-syari'ah* akan meng-arahkan kaum intelektual dan dai serta para ulama untuk melihat permasalahan secara fokus berdasarkan maksud dan makna yang terkandung dalam ajaran-ajaran syari'at. Hal ini, karena kata atau kalimat tersebut memiliki banyak makna. Jika keragaman makna ini tidak dikembalikan pada maksud syari'at yang terdapat dalam ajaran-ajaran Islam berupa teks-

teks suci dan tradisi Nabi saw, maka dikhawatirkan akan menimbulkan pemahaman yang keliru. Pemahaman terhadap syariat Islam sempit. Justeru itu para alim ulama perlu memperluas cakrawala ini untuk dapat membimbing umat dan menenteramkan batinnya.

Pengetahuan tentang *maqashid al syari'ah* ini juga akan mengarahkan kaum intelektual dan dai serta para ulama untuk meneliti pendapat yang lebih kuat dan didasarkan argumen yang jelas dari sekian banyak pendapat yang ada. Dengan demikian dalam penetapan hukum, hukum itu sesuai dengan pesan agama yaitu untuk kemaslahatan kehidupan masyarakat dan tidak memberatkan masyarakat itu sendiri karena tujuan dari diturunkannya ajaran-ajaran Syari'at Islam adalah untuk kemaslahatan manusia. Tidak mungkin dengan tujuan kemaslahatan dapat melahirkan ketidak yamanan.

Tujuan syari'at tersebut ada yang bersifat *dharuriyah*, *hajjiah* dan *tahsiniah*, yang berpijak kepada lima tujuan syari'at yakni; pertama memelihara agama; kedua memelihara jiwa; ketiga memelihara akal; keempat memelihara keturunan dan kelima memelihara harta. Kelima hal penting pertama yaitu menjaga agama, diri, akal, keturunan dan harta ini disebut juga kebutuhan yang utama (*dharuriyyat*: keharusan-keharusan atau keniscayaan) yaitu sesuatu yang harus ada demi kelangsungan kehidupan manusia. Jika sesuatu itu tidak ada maka kehidupan manusia pasti akan hancur. Penegakan hukum dengan keadilan oleh para hakim pada peradilan agama dengan berlandaskan al-Qur'an dan Hadis adalah merupakan kebutuhan primer (*dharuriyyah*).

Oleh karena itu, penegakan hukum dan keadilan hendaknya dicapai sesuai dengan tujuan Islam dalam teori *mashlahah mursalah*. Teori ini erat kaitannya dengan teori *maqashid al syari'ah* adalah yang dalam ushul fiqh dikenal dengan sebutan *mashlahah mursalah*, atau juga biasa disebut dengan istilah bahwa di mana ada kepentingan umum di

sana Hukum Allah.⁵ Karena itu, pemikiran Islam tidak bisa dipisahkan dengan konteks zaman,⁶ zaman modern berbeda dengan zaman klasik. Para ahli Hukum Islam (*mujtahid*) harus mampu melahirkan ketetapan hukum atau aturan-aturan yang sesuai dengan situasi dan kondisi sehingga kebutuhan hukum masyarakat dapat terpenuhi.

Khusus bagi umat Islam, lembaga perkawinan amat sakral, dari rakyat jelata yang hidup di kolong jembatan hingga pemimpin negara menjaga kesakralan tersebut. Mereka mencita-citakan susunan keluarga yang baik, memperoleh anak keturunan yang baik-baik pula, oleh karenanya mereka patuhi ketentuan agama Islam, memenuhi syarat rukun nikah, membayar mahar, mengadakan *walimah/resepsi* agar masyarakat sekeliling mengetahuinya. Setiap upacara pernikahan, doa dari segenap yang hadir di perhelatan tersebut antara lain, memanjatkan permohonan kiranya Allah memberkahi rumah tangga keduanya, tercapai keluarga yang *sakinah, mawaddah, warahmah*. Doa yang dipanjatkan itu menjadi hal yang sangat penting untuk menuju kebahagiaan rumah tangga.

Doa-doa segenap lapisan masyarakat muslim ini akan tertolak semuanya, bila isi putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dijalankan khususnya mengenai 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. Betapa hancurnya rumah tangga-rumah tangga yang tadi aman tenteram, *sakinah, mawaddah, warahmah*, bila tiba-tiba sang suami, ayah, kakek mereka dipanggil Polisi untuk divisum, akan diambil darahnya

⁵Yusdari, *Peranan Kepentingan Umum dalam Reaktualisasi Hukum: Kajian Konsep Hukum Islam Najamuddin al-Tuft*, (Yogyakarta: UII-Press, 2000), hlm. 67

⁶Khoiruddin Nasution, *Riba dan Poligami: Sebuah Studi atas P - mikiran Muhammad Abduh*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1996), hlm. 20.

untuk test DNA, karena ada seorang perempuan dan boleh jadi Pekerja Seks Komersial menuduh sang suami, ayah, kakek tersebut telah menggaulinya, dan anak yang ia lahirkan adalah anak laki-laki yang dituduh tersebut. Mahkamah Konstitusi boleh saja berdalih “demi kepentingan anak”, tapi dibandingkan manfaat bagi si anak dengan mudarat yang ditimbulkan oleh pengaduan-pengaduan perempuan nakal tersebut bagi rumah tangga-rumah tangga yang baik-baik. Dengan bahasa lain “*daf’udh-dharar muqaddamum ‘ala jalbil mashalih*”. Kerusakan yang akan ditimbulkan oleh penerapan putusan MK lebih besar, dibandingkan manfaatnya yang hanya membela seorang anak dalam mencari garis keturunan.

Tuhan menyebut terlebih dahulu perempuan dalam pembuat mesum baru diiringi oleh laki-laki, implementasinya di masyarakat memang demikian. Siapakah yang berdemo anti-RUU tentang PORNORGRAFI kalau bukan para perempuan, dalam demo tersebut ada yang berpakaian sangat minim, membuka bagian dada, mempertontonkan paha, dan sebagainya. Belum lagi yang praktik-praktik menjual diri dengan tarif, para Pekerja Seks Komersial, dan lain-lain. Bila perbuatan mesum demikian mendapat perlindungan hukum, berarti tidak ada beda dengan hukum Perdata Barat, bahwa hubungan laki-laki dengan perempuan sebagai suami istri hanya merupakan hubungan keperdataan saja. Hukum Perdata barat ketika terjadi persoalan hukum, mereka kembali ke asas perkawinan, yaitu hubungan keperdataan. Akan tetapi bila terjadi ketika terjadi konflik, mereka kembali ke asas bathiniah. Laki-laki dan perempuan yang melahirkan anak sebagai hasil kumpul kebo, laki-laki itu tidak dapat menghindari dari tanggung-jawabnya terhadap anak hasil kumpul kebo.

Dalih melindungi kepentingan anak yang tidak berdosa tidak harus melegalkan kumpu kebo dan tujuan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut minimal memberi ancaman rasa takut kepada laki-laki berbuat seenaknya, hal ini juga tidak

adil, mengapa laki-laki saja yang harus dibikin jera (kapok), sebaliknya perempuan bahkan dilindungi. Pemberdayaan perempuan di kalangan masyarakat adalah tanggung jawab laki-laki. Kita dapat menyaksikan perintah memberdayakan perempuan oleh lelaki dalam al-Quran. Perempuan tidak boleh terpuruk, sebagaimana di zaman Jahiliyah. Kalau perempuan sekarang masih terdhalimi menunjukkan bahwa Islam belum sukses membangun masyarakatnya. Kaum laki-laki masih semena-mena.

Berkaitan dengan kasus yang diputus oleh Mahkamah Konstitusi tersebut, seperti dikemukakan bahwa terdapat fakta adanya Penetapan Pengadilan Agama Tigaraksa Banten yang menyatakan sah perkawinan antara Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim dengan Drs. Moerdiono. Penetapan Pengadilan Agama tersebut seharusnya dipertanyakan, apa yang menjadi dasar/alasan di dalam posita surat permohonan Pemohon?. Pada dasarnya seseorang tidak diperbolehkan melakukan perkawinan kedua (poligami), kecuali telah ada izin dari pengadilan. Untuk mendapat izin berpoligami dari pengadilan harus telah memenuhi persyaratan yang ditentukan oleh undang-undang. Menjadi pertanyaan: apakah Drs. Moerdiono sewaktu akad nikah dengan Hj. Aisyah Mochtar belum mempunyai istri, atau seorang duda?, sehingga demikian saja Pengadilan Agama Tigaraksa mengabulkan permohonan pengesahan perkawinan tersebut.

Tuntutan Pemohon Hj. Aisyah Mochtar agar pasal tentang pencatatan perkawinan ditinjau ulang oleh Mahkamah Konstitusi, karena inkonstitusional (pencatatan perkawinan orang-orang yang beragama Islam pada Pegawai Pencatat yang dihasilkan itu dapat benar-benar memberikan manfaat dan menghilangkan kemudharatan (kesukaran) bagi manusia. Dengan demikian, penggunaan teori *mashlahah* merupakan upaya untuk merealisasikan manfaat, menolak kemudharatan, dan menghilangkan kesusahan hidup manusia.

Ringkasnya, esensi mashlahah itu adalah terciptanya kebaikan dan kesenangan dalam kehidupan manusia, serta terhindar dari hal-hal yang dapat merusak.

Patut untuk dicamkan bahwa seluruh hukum-hukum yang terdapat di dalam Al-Qur'an selalu dimaksudkan untuk kepentingan dan kebaikan hidup umat manusia. Kepentingan dan kebaikan hidup misalnya menyangkut hal-hal utama seperti menjaga jiwa, akal, keturunan, agama maupun dalam pengelolaan harta benda serta senantiasa bersikap konsisten dalam menciptakan kemashlahatan bagi umat manusia.⁷ Ahli Hukum Islam (*fuqaha*) dari golongan Malikiyah telah menyusun sebuah teori yang terkenal dengan nama "*Mashlahah Mursalah*" sebuah teori yang melihat sisi manfaat untuk kepentingan orang banyak. Menurut Imam Malik seperti yang dikutip oleh Tahir Azhary⁸ dalam bukunya "Negara Hukum", bahwa kepentingan atau kemashlahatan umum adalah salah satu dari sumber syari'at Islam

Kemashlahatan umum itu bukanlah hal-hal yang berkenaan dengan ibadah, selaras dengan jiwa syari'at dan tidak boleh ber-tentangan dengan salah satu sumber syari'at itu sendiri, dan harus-lah merupakan sesuatu yang esensial⁹ (diperlukan) dan bukan hal-hal yang bersifat kemewahan. Adanya keharusan melakukan pencatatan adalah untuk melahirkan kemaslahatan walaupun secara khusus dan sangat pribadi, tetapi itu juga terkait dengan kepentingan umum

⁷ Imam Al-Ghazali, *al-Mustasyfa min 'Ilm al-Ushul*, (Dar al-Fikr, tth.), hlm. 286-287. Lihat juga Muhammad Abu Zahrah, *Al-Mubadar fi Tarikh al-Muzabbib al-Fiqhiyyah*, (Dar al-Fikr, tt., tth.), hlm. 237.

⁸ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Priode Negara Madinah dan Miza Kimi* (Jakarta:Kencana, 1992)

⁹ Esensial adalah sesuatu yang berkaitan dengan tujuan syari'ah (*maqashidu al-syariah*) yang pada intinya terangkum dalam *al-Mabadi' al-Khamsah*. Yakni memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Lihat Abu Yazid, *Islam Akomodatif Rekonstruksi Pemahaman Islam sebagai Agama Universal*, (Yogyakarta: LKiS Yogyakarta 2004), Cet Ke 1. hlm. 77.

secara keseluruhan.

Sedangkan Umar Shihab menyebutkan empat kriteria, yaitu:

1. Bertujuan menyempurnakan maksud-maksud syariah;
2. Penggunaannya harus sederhana (seimbang) dan dapat diterima oleh akal (logis);
3. Penggunaannya bertujuan mengatasi kesulitan;
4. Penggunaannya untuk kepentingan umum.¹⁰

Maslahat merupakan metode yang valid dalam penetapan hukum Islam, meskipun terdapat syarat-syarat khusus dalam hal ini. Beberapa syarat khusus tersebut di antaranya adalah: *pertama*, masalahat itu sesuai dengan maksud syari'at dan tidak ada pertentangan dengan dalil-dalil hukum. Dengan demikian konsep *mashlahah* itu hendaknya masuk ke dalam *mashlahah al'ummah* yang hendak dicapai oleh tujuan syari'at; *kedua*, *mashlahah* itu hendaknya masuk akal, agar dapat diterima oleh orang yang memiliki nalar; dan *ketiga*, hasil penerapan masalahat dapat menghilangkan kesempitan-kesempitan yang tidak diinginkan oleh syari'at. Syarat-syarat seperti ini akan memberikan banyak kemudahan bagi manusia dan memberikan suatu ruang bergerak yang lebih luas bagi ahli Hukum Islam untuk memberikan interpretasi dan menggali hukum agama Islam dengan metode *maslahah al mursalah ini*.¹¹

Siapa pun yang mendalami Syari'at Islam akan melihat bagaimana prinsip kepentingan umum itu menduduki tempat yang penting dalam syari'at, karena semua hukum-hukum dalam Al-Qur'an dan Hadis, kecuali hukum peribadatan, pasti didasarkan atas kepentingan umum bagi masyarakat

¹⁰ Umar Shihab, *Kontekstualisasi Al Qur'an: Kajian Tematik atas Ayat-ayat Hukum dalam Al-Qur'an*, (Jakarta: Penamadani, 2003), Cet. ke I, hlm. 436-437 dan Ahmad Azhar Basyir, KH., MA., *Refleksi atas Permasalahan Keislaman*, (Jakarta: Mizan, 1993) hlm. 145.

¹¹ Duski Ibrahim, *Metode Penetapan Hukum Islam, Membongkar Konsep Al-Istiqr'a' al Ma'nawi Asy Syatibi*, (Yogyakarta: tpn., 2008), hlm. 147

yang dikehendaki oleh Allah. Dalam konteks ini, peranan ahli Hukum Islam (*fuqaha*) sangat diperlukan untuk meneliti dan mencarinya.¹² Ahli hukum Islam terus berupaya dengan segenap tenaga dan pikiran untuk meyakini bahwa hukum syari'at Islam adalah hukum yang didambakan oleh umat Islam, bahkan manusia pada umumnya.

Konsep *mashlahah al-mursalah* di atas didukung juga oleh Ibn Qayyim, dia menjelaskan bahwa sesungguhnya syari'at itu disusun dan didasarkan atas kebijaksanaan dan kepentingan umum, syari'at itu adil dan seluruhnya merupakan rahmat. Atas dasar ini, maka ulama memformulasikan kaidah.

Tuntutan berikutnya mengenai Pasal 43 mengenai status anak yang oleh Undang-Undang hanya diakui sebagai anak dari ibu, dalam hal ini Mahkamah Konstitusi mengabulkan sehingga terjadilah kehebohan. Sebagaimana analisis dalam "Abstrak Hukum" di atas dinyatakan, bahwa selain pencatatan yang diwajibkan oleh UU tidak bertentangan dengan konstitusi, juga merupakan alat bukti autentik dalam hubungan keperdataan sebagai suami-istri, anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut sah dan diakui negara, diakui hak-haknya sebagai anak seperti: untuk mendapatkan akta kelahiran, mendapat nafkah (biaya kehidupan), hak waris, dan lain sebagainya. Karena perkawinan Pemohon dengan Drs. Moerdiono belum tercatat, maka negara belum dapat melindungi hak-hak anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut. Meskipun Pemohon menuntut hak anak seperti nafkah, waris, dan diakui sah oleh negara sebagai Drs. Moerdiono melalui pengadilan perdata, tuntutan Pemohon tidak akan dilayani, karena hubungan hukum Pemohon dan Drs. Moerdiono belum diakui negara. Ibarat seseorang memiliki kendaraan roda empat, tapi tidak ada surat-surat (BPKP dan STNK) mobil tersebut bisa saja dipakai

¹² Ahmad Zaki Yamani, *Syari'at Islam yang Kekal dan Persoalan Masa Kini*, naskah aslinya "*Asy-Syariatul Khalidat wa Musykilatul 'Asr*", Alih Bahasa K.M.S Agustjik, (Jakarta: Yayasan Bhinneka Tunggal Ika, 1978), Cet. ke 2, hlm. 19.

oleh pemiliknya sepanjang tidak bermasalah, tapi begitu melanggar lampu merah, tabrakan, menyempret, melanggar marka jalan dan sebagainya, akan mengundang masalah dan menjadi pemilik kendaraan amat repot, begitu juga bila mobil itu dicuri orang kemudian lapor polisi, polisi tidak akan menggubris atau bahkan dianggap mobil curian bila diminta tunjukkan BPKBnya bahwa benar mobil itu milik Pelapor, mobil tersebut tidak akan laku dijual karena tidak ada bukti kepemilikan, dan seterusnya.

Mahkamah Konstitusi dalam amar putusannya mengabulkan untuk sebagian permohonan yang diajukan pemohon. Salah satu putusannya yaitu Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan 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”¹³. Dengan putusan ini maka anak hasil nikah siri ataupun di luar nikah berhak mendapatkan hak-hak keperdataan dari ayah biologisnya, antara lain biaya hidup, akta lahir, perwalian, hingga warisan.

Putusan Mahkamah Konstitusi atas uji materiil Undang-Undang perkawinan ini langsung disambut pro dan kontra dari berbagai kalangan berpendapat bahwa putusan tersebut

¹³ Lihat, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII 2010, hlm.37

tidak selaras dengan hukum. Bahkan ada pula kalangan yang menyarankan agar dilakukan pengkajian ulang terhadap putusan tersebut.

3. Pertimbangan Hukum

Dalam putusannya, Mahkamah Konstitusi menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) frasa “yang dilahirkan di luar pernikahan”. Untuk memperoleh jawabannya, maka dalam perspektif yang lebih luas perlu ditelaah pula permasalahan tentang sahnya anak. Pertimbangan seperti ini, dianggap oleh pengamat sebagai anak diluar nikah. Sebetulnya yang tepat adalah anak yang lahir diluar pencatatan nikah.

Secara alamiah, tidak mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadi 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 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. Terlebih jika berdasarkan 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. 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 sudah seharusnya memberikan 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.

4. Pertentangan dengan Fiqih

Putusan Mahkamah Konstitusi mengenai uji materiil UU Perkawinan dikatakan tidak selaras dengan hukum dikarenakan dalam fikih, mengenai status anak luar nikah, para ulama sepakat bahwa anak itu tetap punya hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Tanggung jawab atas segala keperluannya, baik materiil maupun spirituil ada pada ibunya dan keluarga ibunya, demikian pula dengan hak waris-mewaris. Dengan perkembangan fiqh baru tanggung-jawab itu dapat dilimpahkan kepada pemilik sperma yang menyebabkan terjadi pembuahan. Oleh karena Islam dan adat istiadat di Aceh mengatur tentang hal-hal seperti itu.

5. Anak luar nikah dapat dibagi dua kategori:

- a. Anak yang Dibuahi tidak dalam Pernikahan yang Sah, Namun Dilahirkan dalam Pernikahan yang Sah.

Menurut Imam Malik dan Imam Syafi'i, anak yang lahir setelah enam bulan dari perkawinan ibu dan bapaknya, anak itu dinasabkan kepada bapaknya. Jika anak itu dilahirkan sebelum enam bulan, maka anak itu dinasabkan kepada ibunya. Berbeda dengan pendapat itu, menurut Imam Abu Hanifah

bahwa anak di luar nikah itu tetap dinasabkan kepada bapaknya sebagai anak yang sah. Perbedaan Ulama dalam mengartikan lafaz *fiarsy*, dalam hadist nabi: “*anak itu bagi pemilik tilam dan bagi pezina adalah hukum rajam*”. Mayoritas ulama mengartikan lafazd *frisy* menunjukkan kepada perempuan, yang diambilkan ibarat dari tingkah *iftirasy* (duduk berlutut). Namun ada juga ulama yang mengartikan kepada laki-laki (bapak).

b. Anak yang Dibuahi dan Dilahirkan di Luar Pernikahan yang Sah

Status anak di luar nikah dalam kategori yang kedua, disamakan statusnya dengan anak zina dan anak li'an, oleh karena itu maka mempunyai akibat hukum sebagai berikut: (a). tidak ada hubungan nasab dengan bapaknya. Anak itu hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya. Bapak tidak wajib memberikan nafkah kepada anak itu, namun secara biologis ia tetap anaknya. Jadi hubungan yang timbul hanyalah secara manusiawi, bukan secara hukum. (b). tidak ada saling mewaris dengan bapaknya, karena hubungan nasab merupakan salah satu penyebab kewarisan. (c). bapak tidak dapat menjadi wali bagi anak di luar nikah. Apabila anak di luar nikah itu kebetulan seorang perempuan dan sudah dewasa lalu akan menikah, maka ia tidak berhak dinikahi oleh bapak biologisnya. Rumus ini diperkirakan sangat logis. Perempuan sebagai mempunyai peran penting dalam melahirkan atau membenihkan seorang bayi. Kalaupun ada kekeliruan, ibulah yang aktif menjelaskan sebab musabab kehamilannya.

Fiqih yang mengatur bahwa anak luar nikah hanya dihubungkan dengan ibunya juga terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Pasal 100 KHI menentukan bahwa “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”.

Sebagaimana diketahui, bahwa KHI memang memiliki kedudukan yang kuat dalam hukum perkawinan di Indonesia. Menurut Cik Hasan Basri, KHI disusun dan dirumuskan untuk

mengisi kekosongan hukum substansial (mencakup hukum perkawinan, kewarisan, dan pewakafan) yang diberlakukan di lingkungan Peradilan Agama pasca diberlakukannya UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Sebelum munculnya KHI, rujukan para hakim dalam memutus menggunakan berbagai macam kitab fiqh dalam berbagai mazhab. Secara historis, KHI merupakan hasil konsensus lokakarya yang dilaksanakan dalam tingkat nasional dan memperoleh legalisasi dari pemerintah. Penyusun KHI didasarkan pada penelaah terhadap 38 kitab fikih dari berbagai mazhab yang mencakup 160 masalah hukum keluarga. Oleh karena itu, KHI bisa dikatakan sebagai suatu perwujudan hukum yang khas Indonesia.

Kontradiksi antara putusan Mahkamah Konstitusi ini dengan fikih juga dipertegas oleh Ketua Majelis Ulama Indonesia (MUI) K.H Amidhan, beliau menyatakan bahwa keputusan Mahkamah Konstitusi menyangkut status anak yang lahir di luar perkawinan sebaiknya dikaji ulang. Anak di luar nikah menurut fatwa MUI tidak mempunyai hubungan nasab (wali nikah/waris) dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya. Anak zina hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya, seperti untuk mencukupi kebutuhan anak tersebut yang disebut wasiat. MUI kemudian merekomendasikan agar setiap putusan Pengadilan Agama/ Mahkamah Syar'iyah yang berkaitan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi harus terlebih dahulu dilakukan pengkajian mendalam, sebab Putusan Mahkamah Konstitusi itu bersifat final dan tidak bisa diubah.

6. Anti Legalisasi Perzinahan

Selain soal kontradiksi dengan fikih yang ada, ada pula persoalan tentang pandangan masyarakat bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tentang uji materiil UU Perkawinan akan berimplikasi pada semakin maraknya perbuatan zina. Putusan tersebut dipandang akan membuat para wanita tidak takut melakukan zina dan menjadi hamil karena perbuatan

tersebut, sebab apabila hal itu terjadi, maka laki-laki yang merupakan bapak biologis dari anak yang dikandungnya secara yuridis formal hampir dipastikan memiliki hubungan perdata dengan anak hasil perzinahan mereka. Perempuan dapat meminta pertanggung-jawaban nafkah anak atas hasil uji ilmiah atau teknologi. Dengan ini dianggap tidak cukup alasan. Perbuatan zina tidak berkorelasi positif dengan tuntutan pertanggungjawaban nafkah terhadap anak. Pengguguran kandungan bukan karena tidak ada penanggung jawab terhadap anak yang dilahirkan, tetapi kecenderungan beban malu dalam masyarakat.

Mengenai hal tersebut, Mahfud MD dalam satu kesempatan wawancara tidak membenarkan pandangan tersebut. Beliau berpendapat bahwa putusan Mahkamah Konstitusi terkait uji materiil UU Perkawinan justru bermaksud menghindari semakin meluasnya perzinahan, semangat yang digunakan hakim Mahkamah Konstitusi dalam memutus perkara tersebut. Dengan adanya putusan tersebut, maka laki-laki tentunya akan menjadi takut untuk melakukan perbuatan zina, sebab dapat dituntut tanggung-jawab secara hukum. Alasan lain yang berkaitan dengan ini adalah pelaku zina tidak berkorelasi positif dengan takutnya pertanggung-jawaban perdata. Dakwah tentang haram zina tidak boleh surut dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi itu. Delik kejahatan tidak ada peluang melalui argumentasi untuk membenarkannya.

7. Model Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Asas Masalah Mursalah

Pakar Hukum Universitas Gadjah Mada, Abdul Gofur, berpendapat bahwa putusan Mahkamah Konstitusi atas uji materiil UU Perkawinan menjadikan status anak luar nikah mendekati model pengaturan yang ada dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPperdata). Sebagaimana diketahui, Pasal 5a KUHPperdata menyebutkan bahwa anak yang sah juga anak tak sah yang diakui oleh ayahnya, maka

dapat menyanggah nama keturunan ayahnya, sedangkan anak yang tidak diakui oleh ayahnya, menyanggah nama keturunan ibunya. Pada waktu itu belum ditemukan tata cara untuk meminta pertanggungjawaban laki-laki yang telah menyebabkan seorang anak lahir dari seorang perempuan.

Abdul Gofur juga menyampaikan bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi yang berimplikasi pada hubungan perdata dengan ayah biologisnya merupakan penguatan terhadap yurisprudensi yang telah ada. Pada Tahun 1996, Pengadilan Sleman pernah memutuskan berdasarkan asas masalah mursalah (Kepentingan Umum), bahwa seorang anak tetap memiliki hubungan perdata dengan ayah biologisnya. Akan tetapi Mahkamah Konstitusi tidak pernah menyebut dalam putusannya.

Lebih lanjut, Abdul Gofur mengatakan, berdasarkan fiqh pernah ada satu ahli fikih yang bernama Ishaq bin Rahawaih yang membuka kemungkinan seorang anak di luar nikah diakui sebagai anak dari seorang laki-laki melalui *istilhaq* atau deklarasi pengakuan anak. Namun pendapat ini tidak mendapat tempat di kalangan ulama karena dinilai mengafirmasi kemesorotan moral. Gagasan ini dapat dimasukkan ke dalam teori “usaha menutup aib”, sebagaimana telah disebutkan. Menutup aib jauh lebih penting dalam masyarakat agraris. Itulah biasanya kalau terjadi keaiban terhadap diri seseorang, maka akan segera meninggalkan kampung halamannya.

Uraian di atas mengantarkan pemahaman kepada masyarakat betapa penting pencatatan. Pencatatan itu gunanya untuk membuktikan secara akurat keberadaan suatu peristiwa hukum yang terjadi dalam masyarakat. Ketiadaan pencatatan menyebabkan perbuatan hukum akan tersia-sia dan berlaku tanpa bekas. Akta tertulis seperti Kartu Tanda Penduduk, Buku pemilik kendaraan bermotor, Kartu keluarga, Buku Nikah dan yang sejenisnya adalah hal-hal yang sulit dibuktikan dengan saksi. Kartu Tanda Nikah juga

sebagai sarana penegakkan Syariat Islam. Manajemen hotel akan dengan mudah meminta identitas para tamu yang akan menggunakan hotelnya. Berarti pencatatan juga merupakan bagian dari penegakan hukum syariat Islam.

Komentar yang menyebutkan bahwa bukan kewajiban fiqh adalah komentar untuk menyenangkan diri sendiri. Komentar yang tidak menyelesaikan persoalan masyarakat. Ahli fiqh tidak menginformasikan bahwa ketentuan hukum pada zaman dahulu tidak dapat diterapkan atau tak dapat digunakan untuk sekarang ini. Walaupun sebenarnya dalam praktek pernah terjadi. Adanya istilah *qaul qadum* dan *qaul jadim* adalah bagian dari bukti terjadi perbedaan dan perubahan hukum dalam masyarakat.

C. Status Anak dari Kawin Siri

1. Kasus Machica Muchtar dan Moerdiono. Putusan

Mahkamah Konstitusi RI. Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Munculnya kasus Machica Muchtar adalah akibat ketidakcermatan para pihak dalam melihat pergeseran sistem masyarakat. Masyarakat agraris merasa aman sebagaimana adanya dalam masyarakat. Masyarakat industri menuntut banyak hal dalam hal mobilitas penduduk. Justeru itu para pihak dalam melangsungkan pernikahannya harus mengikuti sistem masyarakat yang melingkupinya. Kemajuan masyarakat juga harus dibingkai oleh kitab fiqh. Fiqh harus dapat landing di tengah-tengah masyarakatnya. Ajaran agama Islam harus mengajarkan masyarakat agar hukum Islam dapat dipahami dengan baik dan benar. Adanya kewajiban pencatatan adalah juga kepentingan agama, karena dibalik pencatatan itu ada kemaslahatan yang banyak.

Moerdiono yang mobilitasnya tinggi tidak mungkin jawaban keagamaan dinarasikan oleh kitab yang ditulis pada zaman agraris. Jawaban-jawaban yang ada dalam kitab di zaman agraris mengalami distorsi ketika berhadapan dengan budaya hukum yang tumbuh pada zaman masyarakat industri.

Seharusnya Moerdiono mengetahui bahwa hukum Islam tidak berhenti sebagaimana yang telah ada di dalam kitab fiqh. Kitab-kitab fiqh terus berkembang sesuai menurut analisis dan filsafat yang terus berubah. Bahkan kitab fiqh harus mampu merekayasa masyarakat agar dapat nyaman dengan fiqh yang ada disekitarnya. Hal ini menjadi kewajiban dakwah kepada masyarakat. Dakwah adalah kegiatan terpenting dalam ajaran Islam. Pemahaman-pemahaman keagamaan terus dimodernisasi agar masyarakat nyaman dengan beragama.

2. Anak luar kawin Menurut KUHPerdara dan Undang-Undang No 1 Tahun /1974

Anak luar kawin yang diakui secara sah adalah salah satu ahli waris menurut Undang-Undang yang diatur dalam KUHPerdara berdasarkan Pasal 280 jo Pasal 863 KUHPerdara. Anak luar kawin yang berhak mewaris tersebut merupakan anak luar kawin dalam arti sempit. Mengingat doktrin mengelompokkan anak tidak sah dalam 3 kelompok, yaitu anak luar kawin, anak zina, dan anak sumbang, sesuai dengan penyebutan yang diberikan oleh pembuat undang-undang dalam Pasal eks 272 jo 283 KUHPerdara (tentang anak zina dan sumbang). Anak luar kawin yang berhak mewaris adalah sesuai dengan pengaturannya dalam Pasal 280 KUHPerdara. Anak luar kawin harus diikuti dengan pengetahuan anak. Sedangkan anak zina dan anak sumbang tidak dikenal/tidak diperkenalkan “pengakuan”.

Pembagian seperti tersebut dilakukan karena undang-undang sendiri, berdasarkan ketentuan-ketentuan yang ada, memang memberikan akibat hukum lain-lain (sendiri-sendiri) atas status anak-anak seperti tersebut di atas. Sekalipun anak zina dan anak sumbang sebenarnya juga merupakan anak luar kawin dalam arti bukan anak sah, tetapi kalau dibanding dengan Pasal 280, dengan Pasal 283 KUHPerdara dapat diketahui anak luar kawin menurut Pasal 280 dengan anak zina dan anak sumbang yang dimaksud dalam Pasal 283 adalah berbeda. Anak luar kawin adalah berasal dari lembaga

“kumpul kebo”.

Demikian pula berdasarkan ketentuan Pasal 283 di-hubungkan dengan eks Pasal 273 KUHPperdata, bahwa anak zina berbeda dengan anak-anak sumbang dan akibat hukumnya. Terhadap anak sumbang, undang-undang dalam keadaan tertentu memberikan perkecualian dalam arti kepada mereka yang dengan dispensasi diberikan kesempatan untuk saling menikahi (eks Pasal 30 ayat (2) KUHPperdata) dapat mengakui dan mengesahkan anak sumbang mereka menjadi anak sah (eks Pasal 273 KUHPperdata). Perkecualian seperti ini tidak diberikan untuk anak zina.

Perbedaan antara anak luar kawin dan anak zina terletak pada saat pembuahan atau hubungan badan yang menimbulkan kehamilan yaitu apakah pada saat itu salah satu atau kedua-duanya (maksudnya laki-laki dan perempuan yang mengadakan hubungan badan di luar nikah) ada dalam ikatan perkawinan dengan orang lain atau tidak sedangkan mengenai kapan anak itu lahir tidak relevan. Anak sumbang adalah anak-anak yang dilahirkan dari hubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan yang antara keduanya berdasarkan ketentuan undang-undang ada larangan untuk saling menikahi (eks Pasal 31 KUHPperdata).

Dengan demikian anak luar kawin dalam arti sempit adalah anak yang dilahirkan dari hasil hubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan yang kedua-duanya tidak terikat perkawinan dengan orang lain dan tidak ada larangan untuk saling menikahi. Anak-anaknya yang demikianlah yang dapat diakui secara sah oleh ayahnya (eks Pasal 280 KUHPperdata).

Hubungan antara ibu dan anak terjadi dengan sendirinya karena kelahiran, kecuali apabila anak itu *overspeling* atau *bloedsrhenning* (anak zina). Antara ayah dan anak hanya terjadi hubungan perdata karena pengakuan (eks Pasal 280 KUHPperdata). Ibu tidak mungkin menolak kelahiran anaknya. Oleh sebab itu anak akan berada pada posisi ibu dan keluarga ibu.

Pasal 280 KUHPerdara, yang mengatakan, bahwa dengan pengakuan yang dilakukan terhadap seorang anak luar kawin, timbullah hubungan perdata antara bapak atau ibunya. Hal ini berarti, bahwa antara anak luar kawin dan “ayah” (biologisnya) maupun “ibunya pada dasarnya tidak ada hubungan hukum, hubungan hukum itu baru ada kalau “ayah” dan atau “ibunya” memberikan pengakuan, bahwa anak itu adalah anaknya. Dengan demikian tanpa pengakuan dari ayah dan atau ibunya pada dasarnya anak itu bukan anak siapa-siapa. Ia tidak mempunyai hubungan hukum dengan siapapun.

Kalau dilihat prinsip seperti tersebut di atas, bisa disimpulkan bahwa hubungan hukum antara orang tua dan anaknya yang sah didasarkan atas adanya hubungan darah antara keduanya, akan tetapi kalau dihubungkan dengan anak luar kawin, hubungan hukum antara anak luar kawin dan ayah yang mengakui, didasarkan atas hubungan darah melalui suatu pengakuan. Dengan demikian, hubungan darah dalam hal ini adalah hubungan darah dalam arti yuridis, bukan dalam arti biologis. Kedudukan anak luar kawin di dalam hukum secara realitas adalah lebih rendah dibanding dengan anak sah, dengan pengertian bagian waris yang diterima oleh anak luar kawin lebih kecil dibandingkan dengan anak sah. Selain hal tersebut anak sah berada di bawah kekuasaan orang tua sebagaimana diatur dalam Pasal 299 KUHPerdara, sedangkan anak luar kawin yang telah diakui secara sah berada di bawah perwakilan sebagaimana diatur dalam Pasal 306 KUHPerdara.

Untuk dapat menjadi seorang ahli waris, KUHPerdara telah menetapkan syarat-syarat sebagai berikut:

1. Berdasarkan Pasal 832 KUHPerdara untuk dapat menjadi ahli waris harus memiliki hubungan darah baik sah atau luar kawin. Dimungkinkan menjadi ahli waris melalui pemberian surat wasiat sebagaimana diatur dalam Pasal 874 KUHPerdara.
2. Berdasarkan Pasal 836 KUHPerdara ahli waris, harus sudah

ada pada saat pewaris meninggal dunia. Namun ketentuan ini disimpangi oleh Pasal 2 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan dianggap sebagai telah dilahirkan, bilamana kepentingan si anak menghendaknya.

Ketentuan eks Pasal 832 KUHPerdara menjelaskan kedudukan masing-masing ahli waris harus didasari oleh suatu hubungan darah baik sah maupun luar kawin. Dalam hal ini, perlu diidentifikasi lebih lanjut tentang kedudukan anak-anak pewaris sebagai ahli waris. mengingat dalam suatu pewarisan menurut KUHPerdara dikenal anak luar kawin baik yang diakui secara sah maupun tidak. KUHPerdara tidak menjelaskan lebih lanjut pengertian yang jelas tentang anak luar kawin. KUHPerdara hanya memberikan penjelasan tentang pengertian anak sah sebagaimana diatur dalam eks Pasal 250 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa anak sah adalah setiap anak yang dilahirkan dan atau dibuahkan dari suatu perkawinan yang sah. Berdasarkan batas yang diberikan oleh eks Pasal 250 KUHPerdara dapat ditarik kesimpulan bahwa yang disebut dengan anak luar kawin adalah setiap anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah.

Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 mengatur kedudukan anak luar kawin dalam Pasal 43 yaitu:

1. Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.
2. Kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam Peraturan Pemerintah. Kesenrautan status anak dalam perkawinan yang tidak tercatat, bukan hanya kesalahan masyarakat semata. Pemerintah lamabat dalam melaksanakan perintah undang-undang Nomor 1 Tahun 1974. "Pasal 43nya" menyebutkan "kedudukan anak diluar kawin akan diaturnya Peraturan Pemerintah. Setelah 46 Tahun berlaku belum ada Peraturan Pemerintah tersebut.

Uraian seperti tersebut di dalam KUHPerdara seharusnya di-klarifikasi dalam perundang-undangan Indonesia. Hal ini

dianggap penting harena kehidupan masyarakat Indonesia, makin hari semakin kompleks. Sehingga hukum Islam, hukum Adat dan hukum asing dapat hidup dalam suatu integrasi dalam hukum nasional.

Beberapa ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dapat memperoleh jalan keluar dari sejumlah persoalan peristiwa hukum. Jalan keluar yang dibangun dari pemahaman yang memungkinkan terjadi pada waktu itu. Akan tetapi sekarang ini ada persoalan peristiwa yang lebih rumit, yaitu menduanya pengertian anak sah, dan akad nikah yang sah. Ada kemungkinan suatu akad nikah dianggap sudah selesai pada suatu terminology hukum, tetapi belum sempurna pada terminology hukum yang lain, di suatu tempat yang sama. Banyak orang yang berkilah perkawinan sah, tetapi tidak berkekuatan hukum. Hal ini disebabkan oleh umat Islam yang sering dan senang hati memisahkan agama dan *science*.

D. Li'an dan Peningkaran Anak dalam Hukum Islam

1. Implimentasi dalam Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Salah satu bentuk perceraian dalam Fiqh Munakahat adalah li'an. Keberadaan li'an dalam fiqh munakahat sebagai wujud bukti bahwa antara hukum munakahat dengan hukum jinayat sangat dekat. Seseorang yang bermaksud menceraikan isterinya yang tidak mempunyai alasan, suami akan menggunakan prosedur tertentu seperti yang akan disebutkan. Menuduh orang berbuat salah, hukumannya tinggi sekali. Baik terhadap orang yang dituduh maupun si penuduh. Penuduh dikenakan hukuman had, ketika si penuduh tidak dapat membuktikan tuduhannya. Penuduh akan dicambuk 80 kali. Penjatuhan hukuman cambuk adalah hukuman yang berat. Untuk menghindari hukuman berat itu, ditempuh alternatif lain. Penuduh dibebaskan dari hukuman cambuk setelah penuduh (suami) bersumpah lima kali. Kalau

sekiranya penuduh dapat membuktikan, maka perempuan yang lagi hamil atau ibu dari anak yang telah lahir akan dikenakan hukuman rajam atau cambuk 100 kali. Kalau isteri, ibu dari anak yang menjadi tertuduh, tidak mau menerima tuduhannya, isteri juga bersumpah lima kali. Akibat hukumnya putus hubungan suami –isteri.

Sumpah lian ini hanya berlaku di kalangan suami isteri. Setelah suami-isteri bersumpah yang diberi nama sumpah lian, suami tidak dikenakan hudud qazaf, walupun tidak membuktikannya. Isteri tidak dapat dikenakan hukum rajam atau cambuk 100 kali, karena isteri itu telah bersumpah dan tidak mengakui perbuatan zina itu. Akibat hukum dari sumpah li'an ini adalah putusnya hubungan nikah kedua suami-isteri itu. Dalam rubu' munakahat, li'an ini diketegori ke dalam bentuk-bentuk perceraian, di samping dhihar, talak, fasakh atau juga 'Ila'.

2. Nikah, Rukun dan Syaratnya

Perkawinan dengan segala aturannya disyariatkan oleh Allah SWT bertujuan untuk mengatur kehidupan keluarga. Hal ini sangat penting karena keluarga merupakan unit terkecil dari sebuah masyarakat, yang persekutuannya dijalin dengan ikatan lahir batin yang sangat kuat (*mitsaqan galizan*), yaitu dengan rasa kasih sayang yang mendalam. Tetapi boleh jadi, karena faktor-faktor tertentu, sebuah rumah tangga dihadapkan kepada realitas bahwa ibu rumah tangga (isteri) sudah mulai tidak setia dan berkhianat dengan melakukan perselingkuhan dengan laki-laki lain, yang kemudian dimunculkan tuduhan terhadap isteri bahwa ia telah berbuat zina. Kalau memang suami atau isteri berminat untuk berpisah dengan pasangannya, diperkirakan mudah. Pasangan yang berminat untuk bercerai dapat saja merekayasa sebab-sebabnya yang dapat diterima oleh rumusan pengadilan.

Tuduhan berzina oleh suami boleh jadi benar adanya dan boleh jadi tidak benar, tetapi menurut aturan Al-Qur'an apabila tuduhan zina itu dilakukan oleh seorang suami

terhadap isterinya, maka suami harus menghadirkan 4 (empat) orang saksi untuk membuktikan tuduhannya. Jika suami tidak dapat membuktikan tuduhan tersebut, suami untuk membebaskan dirinya dari *qadhaf* dengan mengucapkan sumpah li'an. Apabila suami telah bersumpah li'an, maka isteri diancam dengan hukuman zina. Namun demikian, isteri dapat terhindar dari hukum zina apabila ia bersedia bersumpah bahwa tuduhan suaminya itu tidak benar.

Apabila pasangan suami-isteri telah saling bersumpah li'an, maka hubungan perkawinan mereka dinyatakan putus selamanya. Jika setelah itu isteri melahirkan anak, maka anak yang dilahirkan itu dihukumi hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Secara logika tidak mungkin sumpah li'an yang dilakukan keduanya itu semuanya benar. Yang benar pasti hanya salah satunya, mungkin sumpah suami atau mungkin sumpah isteri. Apabila sumpah suami yang benar, maka isteri dalam posisi salah telah melakukan zina, maka peniadaan nasab anak terhadap suami sudah benar dan tepat.

Akan tetapi apabila sumpah isteri yang benar, maka peniadaan nasab anak terhadap suami itu tidak tepat. Demikianlah hukum yang diterapkan dalam al-Qur'an. Rumus-rumus seperti itu telah dibangun sebagai bagian dari sistem hukum Islam. Oleh sebab itu sebenarnya Mahkamah Konstitusi tidak boleh melupakan pertimbangan hukum yang berkaitan dengan hukum Islam.

3. Akibat Li'an

Dalam hukum Islam telah diatur bahwa menuduh seseorang berzina dituntut untuk membuktikan tuduhannya dengan menghadirkan 4 (empat) orang saksi, jika tidak mampu untuk membuktikan tuduhan tersebut maka ia dijatuhi hukuman cambuk atau dera 80 kali. Hukuman tambahan yang diberikan kepada yang tidak mampu membuktikan sebagai saksi untuk selamanya kesaksiannya tidak diterima untuk selamanya, dan ia digolongkan ke dalam orang-orang yang fasik (Q.S. An-Nur ayat:4)

Jika suami dituduh berbuat zina oleh isterinya sendiri, maka ia terhindar dari hukuman cambuk atau dera apabila suami mau melakukan sumpah *li'an*. Sumpah *li'an* dilakukan dengan cara bersumpah empat kali bahwa ia benar dan pada sumpah yang kelima ia menyatakan rela dilaknat oleh Allah, kalau ia berdusta.

Sumpah *li'an* suami tersebut dapat berakibat dijatuhkannya hukuman pezina *muhsan* bagi isteri, yakni hukuman mati dengan lemparan batu (*rajam*) terhadap isteri, kecuali jika ia juga melakukan sumpah *li'an* seperti yang dilakukan suami. Caranya ialah isteri bersumpah sebanyak 4 (empat) kali bahwa suaminya telah berdusta, dan pada sumpah yang kelima ia menegaskan bahwa ia rela dilaknat oleh Allah apabila tuduhan suaminya itu benar.

Apabila masing-masing suami-isteri telah saling bersumpah *li'an*, maka ada tiga akibat hukum yang ditimbulkannya. *Pertama*, ikatan perkawinan antara keduanya putus; *Kedua*, anak yang dilahirkan hanya memiliki hubungan nasab dengan pihak ibunya; *Ketiga*, si anak hanya memiliki hubungan saling mewarisi dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Ketiga akibat hukum sumpah *li'an* tersebut didasarkan atas hadist Nabi:

1. Hadist yang diriwayatkan oleh al-Bukhari dalam sahihnya, *Kitab At-Talaq, Bab Ihlaf al-Mula'in*, dari Nafi dari Abdullah Ibnu Umar, bahwa seorang laki-laki telah menuduh isterinya berzina kemudian Rasulullah saw memerintahkan keduanya bersumpah *li'an* dan memisahkan mereka setelah keduanya bersumpah.
2. Hadist yang diriwayatkan oleh al-Bukhari dalam sahihnya, *Kitab At-Talaq, Bab Yalhaq al-Walad bi al-Mula'annah*, dari Nafi dan Ibnu Umar bahwa Rasulullah saw telah meli'an seorang wanita dengan suaminya yang mengingkari anaknya. Rasulullah saw memisahkan keduanya dan menasabkan anak kepada ibunya.
3. Hadist yang diriwayatkan oleh al-Bukhary dalam sahihnya,

Kitab Tafsir al-Qur'an, Bab wa al-Khamisah anna la'nat Allah 'a laihi in kana min al-Kazibin, dari Sahl ibn Sa'ad.

Perceraian dengan li'an adalah perceraian yang tidak dapat dicabut untuk selamanya. Artinya antara keduanya tidak boleh kawin lagi untuk selamanya. Perceraian karena li'an ini dikategorikan fasakh, bukan talak.

4. Sekelumit Tes DNA

Tes DNA adalah salah satu penemuan baru di bidang tekno-logi kedokteran, yang keakuratannya untuk menentukan nasab atau keturunan seseorang mendekati 100%. Dengan tes DNA dapat diketahui bahwa si anu adalah keturunan dari si polan dengan polanah. DNA seseorang bersumber dari sel yang diambil dari sperma, jaringan tulang darah, rambut atau bulu yang memiliki akar.

Sebelum tes DNA ditemukan, untuk menyelesaikan kasus *pantemitas* digunakan tes-tes yang didasarkan pada analisis fenotipe (ciri tampak) serta analisis konvensional seperti analisis golongan darah, *Tes Human Leucocyte Antigen (HLA)*, *DQa*, *Tes Rbesu*, dan lain-lain. Menurut Yoni F. Syukriani dalam artikelnya "Profiling" untuk menentukan anak kandung di Harian Umum Kompas, edisi 10 Mei 2003 mengatakan bahwa tes *fenotipe* hanya bisa memberikan jawaban pasti bahwa X bukan ayah Y. Tes DNA Profiling yang didasarkan pada analisis informasi genetic yang sangat spesifik dalam membedakan ciri pada setiap individu dapat menentukan identitas seseorang hampir 100% pasti ayah biologis anak. Prestasi ini tidak dapat dicapai oleh tes manapun yang mendasarkan pada analisis konvensional.

Syukriani mengemukakan bahwa DNA adalah rangkaian basa pembawa materi genetic dalam sel. Setiap sel dalam tubuh seseorang memiliki rangkaian DNA identik. Rangkaian DNA setiap sel ada dalam bentuk terkemas secara kompak yang disebut kromosom. Setiap sel dalam tubuh manusia memiliki 24 pasang kromosom. Pada induk sperma dan sel telur terjadi proses pembelahan yang disebut *melosis*. 24 pasang kromosom

tersebut terpisah sehingga sel-sel induk akan menghasilkan sel sperma/sel ovum yang memiliki 24 buah kromosom saja. Di saat terjadi pembelahan. Sel sperma ayah (24 kromosom) akan bersatu dengan sel ovum ibu (24 kromosom), dan kromosom dari pihak ayah akan berpasang-pasangan dengan kromosom dari pihak ibu sehingga 24 *gote* terbentuk. Pada saat itulah rangkaian DNA dari ayah dan ibu diturunkan kepada anaknya dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi 50% terhadap DNA anak. Jadi rangkaian DNA seseorang terdiri atas 50% salinan DNA ayahnya dan 50% lagi salinan DNA ibunya.

Hampir setiap bagian tubuh manusia dapat diambil sebagai specimen, karena setiap sel dalam tubuh seseorang memiliki rangkaian DNA identik. Untuk tes DNA diperlukan specimen yang diambil dari pihak ibu dan pria yang diduga sebagai ayah biologis anak. Tes DNA tidak dapat dilaksanakan apabila specimen tidak lengkap, misalnya tanpa adanya specimen dari ibu. Kalaupun tes DNA tetap dilakukan tanpa menyertakan specimen dari ibu, maka kesimpulan yang akan diperoleh sangat rendah validitasnya, yaitu kurang dari 50% peserta tes diambil darahnya sedikit atau dikorek lapisan dalam rongga mulutnya.

Kemudian specimen tersebut dibawa ke laboratorium untuk diproses lebih lanjut sehingga dapat dilihat profil DNA setiap individu, untuk menghindari diperolehnya kesimpulan yang salah, maka pada tahap ini harus diusahakan agar masing-masing specimen tidak terkontaminasi dengan specimen lainnya. Hasil analisis laboratorium atau profil DNA akan terlihat berupa pita-pita yang terdapat dalam *gel poliakrilamid*. Pita DNA anak kemudian dibandingkan dengan pita DNA ayah dan ibunya.

Tahap selanjutnya dilakukan perhitungan statistik sehingga dapat diperoleh hasil yang digunakan untuk mengambil kesimpulan bahwa pria yang diduga ayah biologis si anak tersebut kemungkinan berapa persen. Kesimpulan yang diambil dari tes DNA tersebut memiliki Validitas mendekati 100%.

5. Tes DNA dan Sumpah Li'an

Akibat hukum yang terjadi karena suami-isteri saling bersumpah *li'an*. Seperti yang telah dikemukakan di atas, terkesan lebih berpihak pada suami. Dengan bersumpah *li'an*, suami tidak menanggung sanksi apapun meski sumpahnya belum tentu benar. Tapi bagi isteri, dengan melakukan sumpah *li'an*, tetap menanggung beban apabila ada anak yang dilahirkan, yaitu anak hanya dinisbahkan kepada dirinya. Jadi, tidak ada bedanya antara anak yang dilahirkan dengan atau tanpa adanya sumpah *li'an*.

Dengan tes DNA persoalan tersebut dapat diselesaikan dengan tuntas dan dapat diketahui siapa yang salah dan siapa yang benar di antara suami-isteri. Dengan tes DNA dapat diketahui secara pasti apakah suami itu adalah ayah biologis dari anak atau bukan. Dengan tes DNA pemecahan persoalan tersebut menjadi tidak mengambang pada keadaan tidak diketahuinya siapa yang benar dan siapa yang salah.

Tes DNA ini sebaiknya dilakukan sebelum suami menyatakan sumpah *li'an*, sehingga dengan diketahuinya ayah biologis anak, suami tidak perlu lagi melakukan sumpah *li'an*. Isteri juga tidak perlu melakukan sumpah *li'an* untuk membantah tuduhan suami. Cara seperti ini dapat ditampungkan persoalan yang menyangkut jinayat dan persoalan yang menyangkut hukum munakahat (pihak suami-isteri untuk selama-lamanya).

6. Anak Li'an

Anak *li'an* adalah anak yang lahir dari seorang wanita yang di-*li'an* oleh suaminya. Statusnya disamakan dengan anak zina yang hanya dinasabkan kepada ibu yang melahirkannya dan keluarga ibunya. Apabila hasil tes DNA terbukti bahwa anak yang dilahirkan isteri bukan hasil hubungan dengan suami, maka suami dalam posisi benar dan yang salah adalah isteri, maka anak yang dilahirkan itu dapat digolongkan sebagai anak hasil perbuatan zina. Yang menjadi pertanyaan selanjutnya adalah siapa ayah biologis dari anak itu?

Jika isteri menunjukkan orang laki-laki yang telah menghamilinya dan menyebabkan lahirnya anak dan laki-laki itu mengakuinya maka sudah jelas ayah biologis dari anak itu. Akan tetapi jika laki-laki itu menyangkal, maka dilakukan tes DNA untuk memastikan siapa ayah biologis anak. Apabila sudah dapat dipastikan ayah biologis anak, maka laki-laki yang menyebabkan kelahiran anak harus bertanggung-jawab untuk memenuhi dan menjamin kebutuhan anak, termasuk menjamin masa depannya.

7. Hibah Wajibah terhadap anak Li'an

Penulis berpendapat bahwa untuk memenuhi kebutuhan dasar (*base need*) anak yang lahir di luar nikah, termasuk anak *li'an* seperti makan, minum, pakaian, tempat tinggal, pendidikan, perawatan kesehatan dan sebagainya, ayah biologis yang mengakibatkan lahirnya anak tersebut wajib dibebani tanggung-jawab dalam bentuk *hibah wajibah*. Hibah wajibah adalah kebijakan ulil amri (penguasa/pemerintah) yang mewajibkan kepada laki-laki yang mengakibatkan lahirnya anak di luar nikah (anak *li'an*) untuk memberikan sebagian dari hartanya.

Pelaksanaan *hibah wajibah* ini dilakukan pada saat ayah biologis masih hidup di hadapan pejabat yang berwenang, misalnya di hadapan notaris. Penghibahan sebagian dari harta anak biologis dan terhadap anak di luar nikah ini, termasuk kepada anak *li'an* dilakukan untuk menghilangkan adanya kekhawatiran bahwa anak tersebut akan terlantar dan tidak adanya jaminan masa depan.

Di samping untuk menghilangkan kekhawatiran tidak akan memperoleh bagian dari harta kekayaan dari ayah biologisnya setelah ia meninggal dunia. Kekhawatiran tersebut, sangat beralasan karena di dalam hukum Islam anak di luar nikah (anak *li'an*) tidak mempunyai hubungan nasab dengan ayah biologisnya dan keluarga ayah biologisnya yang meninggal dunia. Pemberian hibah (wajibah) ini menurut Pasal 210 ayat (1) KHI tidak boleh melebihi $\frac{1}{3}$ dari jumlah

harta yang dimiliki penghibah (wahib).

Pemberian hibah “wajibah” ayah biologis terhadap anak li’an, sebagai ta’zir (hukuman duniawi) yang dilakukan oleh uhlil amri (penguasa). Di samping untuk memberikan jaminan masa depan kepada anak yang lahir di luar nikah, termasuk anak li’an karena hibah “wajibah” ini diberikan pada saat si wahib (pemberi hibah) masa hidup. Apabila ayah biologisnya tidak mau secara suka rela memberi hibah, dapat diajukan gugatan ke pengadilan Agama/Mahkamah Syar’iyah untuk mendapatkan putusan.

Hibah wajibah ini merupakan terobosan hukum untuk men-jamin kebutuhan hidup dan masa depan anak-anak di luar nikah, termasuk anak li’an. Di samping sebagai hukuman (Ta’zir) terhadap ayah biologisnya untuk bertanggung-jawab terhadap lahirnya. Seorang anak akibat hubungan biologis di luar nikah.

1. Adanya gagasan tes DNA dari Putusan Mahkamah Konstitusi adalah dalam rangka melindungi anak yang lahir yang tidak dapat diminta pertanggung-jawaban orang tua yang mengingkari dan menyebabkan anak itu lahir. Penanggung-jawab terhadap anak terlantar, baik karena kemiskinan, pengingkaran orang tua atau lenyapnya orang tua adalah, wali dari itu. Wali mulai dari wali nasab, wali kesukuan sampai dengan wali *aqilah* dari segara.
2. Sumpah adalah salah satu alat bukti. Dalam hal ini sumpah itu digunakan pada tahap akhir, apabila alat bukti lain tidak cukup memadai untuk menunjukkan ada tidaknya suatu perbuatan hukum atau peristiwa hukum sudah terjadi.

E. Pencatatan Perkawinan

1. Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi RI. Nomr 46/PUU-VIII/2010.

Keharusan pencatatan perkawinan merupakan hukum baru di Indonesia. Hukum Islam yang telah berkembang di Indonesia tidak mengenal kewajiban pendaftaran atau

pencatatan pernikahan. Mahkamah Konstitusi dalam memberikan putusan tidak menjelaskan bahwa rumus hukum harus berorientasi ke depan. Malah menurut narasi pertimbangan hukum hakim Mahkamah Konstitusi menjadikan rujukan kepada kitab klasik yang memang tidak mengenal pencatatan. Secara empirik memang tidak mengenal pencatatan, tidak memerlukan pencatatan. Hukum harus mengikuti budaya masyarakat. Sistem masyarakat sudah berubah, hukumnyapun harus berubah. Dalam sistem masyarakat agraris, pernikahan tidak memerlukan pencatatan, cukup dengan bukti sosial kemasyarakatan saja. Pembuktian secara holistik, bahkan informasi secara turun temurun dianggap sudah cukup untuk membuktikan pernikahan.

2. Dasar Pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010

Jenis putusan yang disimpulkan dari amarnya dapat dibedakan antara putusan yang bersifat *declaratoir*, *constitutief* dan *condemnatoir*. Putusan *declaratoir* adalah putusan di mana hakim menyatakan apa yang menjadi hukum. Putusan *constitutief* adalah putusan yang meniadakan satu keadaan hukum atau menciptakan satu keadaan hukum baru. Sedangkan putusan *condemnatoir* adalah putusan yang berisi penghukuman terhadap tergugat atau termohon untuk melakukan suatu prestasi.

Amar putusan dalam putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 menyatakan bahwa mahkamah menerangkan apa yang menjadi hukum (*declaratoir*) Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 yang berbunyi “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, bertentangan dengan UUD’45 sepanjang 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 dengan bapaknya.

Di kalangan ahli hukum Islam dikenal adanya istilah

Syariat dan Fiqh. Dua istilah ini oleh masyarakat Indonesia sering dimaknai sama sebagai hukum Islam, pada hal masing-masing mempunyai karakteristik berbeda. Akibatnya umat Islam selalu salah paham, bahkan kadang-kadang salah anggapan. Syariat dianggap fiqh. Fiqh dianggap syariat. Karakteristik syariat adalah bersumber dari *nash qadh'i*. Sedangkan fiqh merupakan hasil ijtihad fuqaha terhadap dalil-dalil nash, syariat bersifat tetap, sedang fiqh dapat berubah sesuai dengan tempat dan zamannya. Syariat tidak boleh dikurang dan ditambah, sedangkan fiqh dapat dikurang dan di tambah, bahkan sama sekali baru berdasarkan illatnya. Memang dalam menentukan hukum baru sebagai fiqh, para ulama telah sepakat harus menggunakan kaidah-kaidah fiqhiyah yang ditetapkan berdasarkan kaedah-kaedah dasar yang bersumber dari syariat, akan tetapi hasil dari syariat itu tetap tidak dapat disamakan atau naik ke tempat syariat, dia tetap sebagai fiqh atau lebih tepatnya disebut syar'iyah (di nisbahkan sebagai syariat). Contohnya dalam hukum syarat dan rukun nikah, seperti ijab-kabul adalah syariat, sedangkan dalam shighat nikah, apakah harus menggunakan kalimat "*ankahtu-ka*" dan atau "saya nikahkan anakku kepadamu" adalah masalah fiqh. Tentang pencatatan pernikahan bagi orang Islam Indonesia dengan demikian masuk dalam ranah fiqh atau syar'iyat bukan syariat.

Uraian tentang hukum baru ini penting untuk dan merupakan analisa singkat sebagai pendapat hukum dalam bentuk kajian aspek yuridis epistemologis. Dengan harapan kajian ini dapat lebih factual, efektif, efisien dan komprehensif. Syukur jika pendapat hukum ini bisa menengahi silang pendapat tentang hukum pencatatan perkawinan tentang hukum pencatatan perkawinan bagi masyarakat muslim khususnya ummat Islam Indonesia sehingga ada kesamaan pandangan antara para ulama, hakim dan umat Islam, terutama dalam masalah pencatatan perkawinan bagi perkawinan antara orang-orang yang beragama Islam di lakukan di wilayah Negara Republik Indonesia.

3. Pencatatan sebagai syarat sah Nikah

Sejak zaman penjajahan Belanda, di Indonesia telah diterapkan ordonantie tentang pencatatan perkawinan, talak dan rujuk, sebagaimana termuat di dalam huwelijks ordonantie tersebut. 1929 Nomor 347 sbt. 1931 Nomor 467, Vorstenlandsche huwelijk ordonantie 1932 Nomor 98 dan huwelijks ordonantie Buiten gevesten 1932 Nomor 482. Namun karena dipandang tak sesuai lagi dengan keadaan saat awal kemerdekaan R.I, maka ordonasi-ordonasi itu kemudian dicabut dan diganti dengan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk. Undang-undang ini berlaku pada Tanggal 21 November 1946. Untuk daerah luar Jawa dan Madura, mulai berlaku pada Tanggal 26 oktober 1954 melalui undang-undang Nomor 32 Tahun 1954.

Cita-cita umat Islam seperti itu tidak terwujud sampai seka-rang. Umat Islam tidak cukup argumentasi untuk menyebutkan bahwa pencatatan itu bagian dari kewajiban agama. Sebagaimana umat masih bertahan pendapatnya, bahwa yang seperti itu tidak diperintahkan oleh agama. Semua kitab fiqh yang mukhtabar zaman dahulu tidak menyebutkan kewajiban itu. Justeru itu ketika ada ajaran untuk membuat catatan tentang perbuatan hukum nikah disebut tidak ada perintah agama. Bahwa pencatatan adalah bagian dari kemaslahatan tidak berkembang dalam pemahaman masyarakat. Narasi keilmuan tentang itu mati langkah dalam menjelaskan tentang pentingnya pencatatan.

Menurut Pasal 1 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946, undang-undang tersebut pencatatan nikah, talak dan rujuk dimaksudkan supaya nikah, talak dan rujuk menurut agama Islam mendapat kepastian hukum. Sebab dalam tata laksana negara, mestinya segala hal yang bersangkutan paut dengan penduduk dicatat dalam rangka menjaga jangan sampai ada kelainan pendataan. Kendati demikian, akibat dari pelanggaran terhadap pencatatan nikah bukan berarti

nikah menjadi batal. Ketentuan ini kemudian ditegaskan kembali dalam Pasal 2 ayat (21) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.¹⁴ “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku” dengan tata cara sebagaimana prosedur pencatatan yang ditentukan dalam Pasal 2 sampai Pasal 13 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, sebagai berikut:

- a. Setiap orang yang akan melangsungkan perkawinan memberitahukan kehendaknya kepada Pegawai Pencatat Nikah (PPN) tempat perkawinan akan dilangsungkan.
- b. PPN meneliti syarat-syarat perkawinan;
- c. Pegawai Pencatatan Nikah mengumumkan adanya kehendak perkawinan
- d. Melaksanakan perkawinan di hadapan PPN;
- e. Penanda tangan akte Perkawinan oleh pihak-pihak terkait; dan
- f. PPN memberikan kutipan akta Perkawinan kepada suami dan isteri.

Selanjutnya, ketentuan tentang pencatatan perkawinan ini dikuatkan oleh instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tanggal 10 Juni 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam sebagai hasil kesepakatan para ulama Indonesia yang intinya sebagai berikut:

- a. Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam, setiap perkawinan harus dicatat (Pasal 5 ayat (1) KHI).
- b. Pencatatan tersebut dilakukan oleh PPN sebagaimana diatur dalam, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 dan UU Nomor 32 Tahun 1954 (Pasal 5 ayat (2) KHI).
- c. Perkawinan harus dilangsungkan dihadapan dan di bawah pengawasan PPN (Pasal 6 ayat (1) KHI)

¹⁴ Perintah undang-undang sebagaimana disebutkan dalam regulasi tidak pernah disinggung dalam Putusan Mahkamah Konstitusi: Pengabai-an oleh Termohon tidak dipertimbangkan dengan baik. Termohon sebagai orang terpelajar dan berpengalaman dibidang manajemen ilmu bagi dunia hukum di Indonesia.

d. Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan PPN tidak mempunyai kekuatan hukum (Pasal 6 ayat (2) KHI.

Persoalan mendasar yang hingga kini menjadi pendekatan dan tak pernah kunjung tuntas terletak pada ketentuan Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) KHI tersebut di atas. Pasalnya sampai saat ini masih ada masyarakat Islam tertentu yang memahami secara dikotonis antara perkawinan sah menurut agama dan sah menurut negara. Mereka memahami rukun nikah berupa sebagaimana dikemukakan dalam Pasal 14 KHI, yakni adanya calon mempelai, wali nikah, dua orang saksi dan ijab kabul sebagai rukun sahnya suatu pernikahan menurut Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 sebagai syariat yang tidak boleh dikurang ditambah, sehingga timbul pemahaman jika perkawinan telah memenuhi rukun tersebut di atas, maka perkawinan tersebut sah menurut agama. Menurut mereka pencatatan hanyalah persoalan administrasi yang tidak ada hubungan dan konsekuensi hukumnya dalam agama. Akibatnya perkawinan tidak tercatat yang dilaksanakan menurut hukum Islam tersebut statusnya dianggap sah, tetapi tidak mempunyai kekuatan hukum. *Sah tetapi tidak mempunyai kekuatan hukum.*

Secara historis dapat dipahami bahwa pada masa Imam Mazhab berijtihad menentukan syarat, rukun nikah masalah pencatatan belum menjadi persoalan serius karena umat pada saat itu masih cukup amanah teratur dan tertip dalam hal perkawinan serta tidak ditemukan pihak-pihak yang dirugikan atau mendapat mudharat yang tidak adanya pencatatan nikah tersebut. sementara sistem kenegaraan saat itu juga belum merasa penting menjadikan lembaga pencatatan kependudukan warga negaranya karena batas-batas nasional antar negara belum ditegakkan. Namun para ulama pengikut mazhab besar yang hidup pada zaman ketatanegaraan modern yang mencermati perkembangan kehidupan sosial kema-syarakatan yang telah berubah memiliki pendapat yang berbeda. Misalnya ulama pengikut mazhab Maliky (Malikiyah)

berpendapat nikah sirri/diam-diam/ tidak resmi (tidak tercatat) dapat dibatalkan, Ulama penganut mazhab Syafi'i (Syafi'iyah) dan ulama pengikut mazhab Hanafi (Hanafiyah) tidak membolehkan nikah dengan cara tersebut serta ulama pengikut mazhab Hanbali (Hanbaliyah) berpendapat hukum pernikahan tersebut adalah makruh.

Para fuqaha, baik yang berasal dari negara-negara Islam, Negara-negara yang berpenduduk mayoritas muslim ataupun negara-negara non muslim sejak munculnya ide pembaharuan hukum Islam termasuk Indonesia berpandangan bahwa pencatatan perkawinan adalah suatu lembaga untuk menyempurnakan kualitas sebuah perkawinan. Penyempurnaan kualitas perkawinan ini berkaitan erat dengan status perkawinan seorang agar mendapat kepastian hukum dan perlindungan hukum dari negara. Negara manapun termasuk Indonesia telah menetapkan keharusan adanya pencatatan peristiwa-peristiwa penting bagi warga negaranya seperti perkawinan, sehingga perkawinan warga negara Indonesia tidak sempurna tanpa pencatatan. Oleh karena itu pencatatan perkawinan adalah kewajiban bernegara sekaligus sebagai kewajiban agama yang tidak boleh dibedakan hukumnya sesuai dengan kaedah fiqh "*ma la yatimmu al-wajib illa bihi fahuwa wajib*" (kewajiban yang tidak sempurna kecuali dengan sesuatu, maka sesuatu itu hukumnya wajib).

Perkataan lain yang harus juga digunakan adalah pendekatan kemaslahatan dan keadilan. Sebagian masyarakat masih berpandangan perkawinan siri/di bawah tangan/tidak tercatat di PPN atau istilah lain yang semakna adalah sah menurut agama. Menurut pandangan ini tidak tepat. Pernikahan dengan cara itu hanya sah menurut fiqh. Sedang kita tahu fiqh itu sejak awal difarmulasikan oleh fuqaha berdasarkan ruang dan waktu, sehingga dapat saja ketentuan fiqh akan bertambah dengan berubahnya ruang dan waktu tersebut. Oleh karena itu sering disaksikan banyak hasil ijtihad fuqaha yang tepat untuk masa dahulu, tetapi tidak lagi tepat

menurut kondisi kekinian dan banyak ijthid fuqaha yang sangat tepat untuk masa kini akan tetapi mungkin tidak tepat untuk masa-masa yang akan datang. Apalagi berdasarkan fakta dari perkara yang diajukan di pengadilan Agama, akibat dari perkawinan yang tidak tercatat di Pegawai Pencatat Nikah ini telah nyata-nyata menimbulkan kesengsaraan dan kemudharatan yang berkepanjangan bagi pihak isteri dan anak-anaknya ketika pihak suami tidak bertanggung-jawab.

Sementara negara tidak dapat memberikan perlindungan kepada mereka karena perkawinannya tidak dicatat di Pegawai Pencatatan Nikah. Oleh karena itu keharusan adanya pencatatan perkawinan adalah keputusan negara yang tepat dan benar karena mempunyai tujuan lurus dalam rangka menjamin ketertiban pelaksanaan perkawinan, memelihara ketertiban umum dan menghindarkan warga negara dari kemudharatan.

Sistem pemerintahan Islam yang disepakati dan dijalankan oleh negara-negara Islam dikenal suatu teori atau kaedah hukum; “Khalifah berhak menentukan *Nidham al-idari* (sistem administrasi) dan seluruh rakyat wajib taat dan melaksanakan”. Sudah barang tentu dengan syarat ketentuan administrasi itu tidak bertentangan dengan syariat. Diriwayatkan dalam kitab *nidham al hukmi fi al-Islam* bahwa orang yang mula-mula membuat dewan dalam pemerintahan Islam dalam Khalifah Umar Ibnu khattab yang membutuhkan dewan (lembaga administrasi) dengan anggota Aqil Ibnu Abi Thalib, Mukhrimah Ibnu Naufal dan Jubair Ibnu Muth’im dengan tugas membuat catatan semua orang menurut tempat tinggal mereka. Sedang latar belakang didirikannya dewan tersebut adalah adanya kekhawatiran terhadap warga negara Khilafah Islam yang terlupa dalam pembagian harta rampasan perang karena tidak ada catatan data kependudukan yang jelas. Kemudian setelah Khalifah Umar meminta pendapat dari tokoh sahabat, maka diputuskanlah pendirian dewan yang bertugas mendata penduduk atau semacam dapertemen sensus dengan

mencontoh dewan sensus yang dilakukan oleh raja-raja syam/ Syiria yang mempergunakan gaya Romawi. Dengan demikian pembentukan lembaga atau instansi pencatatan penduduk warga negara menurut hukum Islam adalah kewenangan dan tanggung jawab negara dan wajib diikuti oleh umat Islam karena mempunyai landasan dan dasar istinbat hukum yang kuat.

Tentang keharusan pencatatan nikah di Indonesia bukan saja menjadi kebijakan negara, tetapi juga telah mendapat kesempatan Juhur Ulama Indonesia. Negara telah mewajibkan adanya pencatatan perkawinan tersebut sejak awal kemerdekaan, sebagaimana Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946. Para ulama Indonesia terdahulu juga telah sepakat tentang hal tersebut sebagai termuat di dalam KHI, hingga akhirnya kewajiban pencatatan telah dikuatkan dengan UU Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, bahkan teknis telah pula di atur di dalam peraturan perundang-undangan organiknya yang telah ditetapkan oleh Menteri Agama R.I. Maka tidak ada alasan syar'iy yang lebih kuat untuk, menolak kewajiban pencatatan pernikahan sebagai fiqh baru Indonesia, sehingga perkawinan yang tidak tercatat hukumnya tidak sah menurut fiqh. Dengan demikian tidak ada lagi dikotonis antara sah menurut agama dan atau sah menurut negara. Tidak ada lagi istilah “perkawinan sah tetapi tidak mempunyai kekuatan hukum”.

4. Akibat Hukum Perkawinan tidak Tercatat

Betapa banyak implikasi hukum dan akibat buruk serta dam-pak sosial yang menimpa pasangan suami-isteri yang pernikahan-nya tidak tercatat pada instansi pemerintah yang berwenang Pegawai Pencatatan Nikah (Kantor Urusan Agama Kecamatan), antara lain:

- a. Dipandang oleh masyarakat sekitarnya sebagai kumpul kebo atau isteri simpanan.
- b. Secara hukum perkawinan tersebut dianggap tidak sah, sehingga anak-anaknya dianggap pula anak tidak sah;
- c. Isteri tidak dapat menuntut hak mendapat nafkah;

- d. Isteri dan anak-anak yang dilahirkan tidak mendapat warisan dari suaminya dan begitu pula sebaliknya;
- e. Antara suami-isteri tidak berhak atas harta gono-gini;
- f. Anak hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibu dan keluarga ibunya;
- g. Secara psikologis hubungan anak-anak dengan bapaknya lemah dan tidak kuat;
- h. Status anak-anak dapat disangkal sebagai anak bapaknya dan begitu pula sebaliknya;
- i. Anak tidak dapat menuntut hak-hak mendapat biaya hidup dan biaya pendidikan dari ayahnya
- j. Anak-anaknya yang perempuan tidak memiliki wali nasab dalam pernikahannya, wali yang dapat menikahnya awalah wali hakim setelah mendapat penetapan dari pengadilan.
- k. Ayah tidak mempunyai hubungan hukum dengan anak-anak perempuannya, sehingga bukan muhrim dan dapat dimungkinkan menikah dengan anak biologisnya sendiri apabila isterinya telah meninggal dunia atau terpisah.
- l. Suami terbebas dari tanggung-jawab sebagai suami;
- m. Isteri tidak mendapatkan perlindungan hukum dalam persoalan rumah tangga;
- n. Isteri dan anak-anaknya menemui kesulitan untuk memperoleh dokumen keimigrasian;

Pasal 6 KHI menyatakan “Setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan PPN dan perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan PPN tidak mempunyai kekuatan hukum, Maksud ketentuan pasal tersebut dimaksudkan dalam rangka merealisasikan ketentuan tentang pencatatan perkawinan se-bagaimana ditentukan dalam Pasal 5 KHI. Namun sikap ulama yang menyepakati rumusan KHI ini tidak tegas dan tampak ambivalen sama dengan sikap MUI dalam keputusan ijtima’ ulama komisi Fatwa di Indonesia II Tahun 2006 yang bersepakat, bahwa pernikahan di bawah tangan (pernikahan tidak tercatat resmi di instansi berwenang) hukumnya sah, karena telah memenuhi syarat

dan rukun nikah, tetapi haram jika mendapat mudharat.

Pada hal kesepakatan itu dilandasi dengan al-Qur'an, al-Hadist dan kaedah-kaedah fiqh serta statemen-statementen ijtima' yang kuat dan pasti sebagai berikut:

- a. Taatilah Allah, Rasul dan ulil amri (Q.S. an-nisa' 59)
- b. Wajib bagi hakim untuk taat kepada pemimpin, meskipun yang memimpin kalian itu seorang hamba sahaya Habsyi (Hadist, Imam Bukhary)
- c. Jika pemerintah mewajibkan sesuatu yang jawaban jika mengandung masalah, wajib diikuti (pendapat Imam Nawawi al Bantani)
- d. Umumkanlah nikah itu (hadits, riwayat (Turmuzi);
- e. Perkawinan di bawah tangan dipandang tidak memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan;
- f. Perkawinan di bawah tangan sering kali menimbulkan dampak negative (mudharat) terhadap isteri dan anak yang dilahirkannya;
- g. Tuntutan hak-hak isteri dan atau anak-anaknya sulit dipenuhi akibat tidak adanya bukti catatan resmi pernikahan yang sah,
- h. Peserta ijtima' ulama sepakat, bahwa pernikahan harus dicatat secara resmi pada instansi berwenang sebagai langkah preventif untuk menolak dampak negative/mudharat (*saddan lida-dzari'ah*).

Dampaknya dalam mengambil keputusan tentang hukum pencatatan perkawinan itu, para ulama membedakan pengertian antara "sah" dan "berkekuatan hukum", ketika membahas soal perkawinan sirri, para ulama terutama yang tergabung dalam ijtima' ulama fatwa MUI berpendapat. Oleh karena perkawinan sirri tersebut telah memenuhi syarat dan hukum nikah menurut fiqh, maka perkawinan itu sah, tetapi ketika membahasan tentang pencatatannya, oleh karena masalah pencatatan hanya masalah administrasi negara, maka perkawinan itu tidak mempunyai kekuatan hukum. Pendapat ulama dan MUI tersebut sangat sulit dipahami, bahkan ahli-ahli hukum sekalipun. Terkesan tidak konsisten,

terkesan mentolerir dan melindungi pelaku nikah sirri, pada hal illat keharamannya telah jelas, yakni adanya mudharat yang berat dan berkepanjangan bagi mayoritas para pelaku dan anak keturunannya. Jika ada sebagian yang cukup aman dengan nikah sirri tentu tidak tepat untuk dijadikan dasar dan pertimbangan hukum untuk meniadakan kewajiban pencatatan nikah;

Dampak sosial yang menimpa mayoritaslah yang seharusnya menjadi dasar penentuan hukum tentang pencatatan nikah, bukan kemauan nikah sirri bagi beberapa orang, kalimat “jika terdapat kemudharatan maka hukumnya haram” dalam menentukan kewajiban pencatatan nikah atau kebolehan nikah sirri harus dihilangkan. Agar MUI terkesan menggunakan standar ganda dan bersayap dalam memberi fatwa. Sepengetahuan penulis hukum Islam tidak pernah membedakan antara menurut agama dan menurut negara. Islam hanya menggunakan standar syari’ah yang di dalamnya termasuk memastikan segala apa yang dilakukan oleh negara itu sendiri. Kompetensi ulama dalam memberikan fatwa hukum tidak lain hanya berdasarkan standar agama dan hanya berdasarkan syari’at, termasuk dalam menentukan apakah pencatatan nikah tersebut wajib atau tidak menurut syari’at Islam, sehingga putusannya tidak membingungkan umat.

Tentang sah tetapi tidak mempunyai kekuatan hukum kiranya perlu dipertimbangkan kembali, bahwa suatu tindakan atau perbuatan hukum dianggap mempunyai kekuatan hukum adalah apabila tindakan atau perbuatan itu dilakukan secara sah. Sedangkan suatu tindakan atau perbuatan dianggap sah apabila dilakukan menurut hukum yang berlaku tidak batal atau dibatalkan dan diakui keabsahannya oleh pihak resmi. Dengan demikian oleh karena perkawinan yang tidak dicatatkan pada instansi yang berwenang oleh MUI sendiri dipandang sebagai pelanggaran terhadap undang-undang dan tidak diakui kebenarannya oleh negara, maka seharusnya MUI tidak ragu untuk menetapkan status hukum perkawinan yang

tidak tercatat tersebut sebagai tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan hukum sudah saatnya para ulama Indonesia termasuk para hakim Peradilan Agama, mengakhiri dikotomi hukum pencatatan perkawinan ini menjadi fiqh baru sebagai syarat sahnya perkawinan umat Islam Indonesia dalam rangka menghindari kemudharatan dan kekacauan lebih meluas yang ditimbulkan oleh adanya perkawinan yang tidak tercatat dan dalam rangka *litahqiqi mashlihi al-ummah* serta meningkatkan ketaatan umat terhadap pemerintahnya.

Mudah-mudahan melalui analisis ini dan dialog serta argumentasi di atas, bisa diakhiri keraguan yang menghinggapi sebagian ulama, hakim Peradilan Agama perihal keharusan pencatatan nikah menjadi fiqh yang wajib ditaati oleh umat Islam Indonesia sebagai hasil ijtihad jama'iy ulama Indonesia, harus pada akhirnya adalah tugas para ulama dan hakim Agamalah untuk menyediakan kepastian hukum bagi umat Islam. Ketika seseorang mengatakan ketidak wajiban pencatatan nikah, keuntungan apa yang diperoleh. Sebagai contoh mungkin dapat diberikan untuk kita pahami, walaupun sebetulnya semua orang telah memahaminya. Batas aurat laki-laki didalam dan diluar shalat adalah antara pusat dan lutut. Kalau sekarang ini ada laki-laki muslim yang melakukan salat dengan mengamati pakaiannya dengan menggunakan batas aurat, antara pusat dan lutut. Peristiwa ini dapat menentawakan, karena sekarang ini telah diperaktekkan oleh umat berpakaian dengan selengkap-lengkapny. Demikian juga perbuatan akad nikah tentu saja pihak yang bersangkutan akan melakukannya dengan selengkap-lengkapny.

F. Status Anak di Luar Pencatatan Nikah menurut Hukum Islam

1. Putusan Mahkamah Konstitusi RI. Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Hukum Islam merupakan salah satu bahan hukum di Indonesia yang menjadi rujukan umat Islam. Ajaran

hukum mengatur hidup dan kehidupannya di tengah-tengah masyarakat. Hukum Islam diakui berlaku di wilayah negara Republik Indonesia. Hukum Islam sebagian materinya merupakan ketetapan hukum Allah swt. dan Rasulullahnya yang disampaikan melalui al-Qur'an dan hadis Nabi saw. Sebagian lainnya merupakan hasil ijtihad para ahli hukum Islam yang disandarkan pada nilai-nilai pokok al-Qur'an dan hadis Nabi saw. yang dikenal dengan istilah fikih atau hukum Islam. Hukum Islam dapat digunakan sebagai sistem hukum yang mengatur tatacara manusia hidup dan tatacara melangsungkan kehidupan, termasuk bagaimana memperbaiki dan memelihara keturunan manusia. Untuk memperbaiki dan memelihara keturunan manusia, syariat nikah merupakan salah satu hukum yang ditetapkan Allah swt. demi kemaslahatan seluruh umat manusia sesuai kodratnya dalam menyalurkan nafsu birahi secara benar untuk mewujudkan suasana rumah tangga yang *sakinah, mawaddah dan warahmah*, sebagaimana hal ini ditegaskan dalam QS. al-Rum (30) ayat 21.

Karena itu, dilarang keras umat Islam melakukan perbuatan zina dan pelakunya akan diberi sanksi yang sangat berat. Sebab perbuatan zina akan mengakibatkan ketidakjelasan asal-usul keturunan manusia. Anak yang lahir akibat perbuatan zina akan kabur asal-usulnya, dan tidak jelas siapa bapaknya, tidak akan mendapat pengakuan dari masyarakat di sekelilingnya sebagai orang yang baik-baik. Pada dasarnya menurut hukum Islam setiap anak yang lahir dari hubungan pernikahan yang sah, mutlak menjadi anak dari suami tanpa memerlukan pengakuannya, walaupun lahir dari pernikahan yang tidak tercatat. Artinya ada dua macam anak yang lahir dari pernikahan yang sah, yaitu: (1) Anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan sah menurut undang-undang; dan (2) anak yang lahir dari pernikahan yang sah menurut hukum Islam dan tidak tercatat. Adapun anak yang lahir dari pernikahan yang sah secara syariat dan sah berdasarkan Undang-undang

adalah: anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan mengikuti prosedur Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1974. Sedangkan anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan tidak tercatat, adalah anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan dilakukan di luar prosedur Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Adapun anak yang lahir dari perkawinan yang sah menurut hukum Islam dan tidak tercatat ini tidak masuk dalam kategori anak lahir di luar nikah. Sebab anak yang lahir diluar nikah adalah anak yang lahir dari hubungan antara pria dengan wanita tanpa ada ikatan perkawinan. Sedangkan dimaksud dengan hubungan suami isteri yang tidak sah adalah hubungan badan antara dua orang yang tidak terikat dengan pernikahan yang memenuhi rukun dan syarat nikah yang telah ditentukan secara syar'i. Walaupun dalam Kompilasi Hukum Islam anak yang lahir dari hubungan di luar nikah yang dilakukan atas dasar suka sama suka ataupun karena pemerkosaan dan pernikahannya dilakukan di saat wanita itu hamil, maka anak itu dianggap lahir dalam perkawinan yang sah (Pasal 53 ayat (3): dengan dilangsungkannya pernikahan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan lagi pernikahan setelah anak yang dikandung itu lahir).

Menurut Abdul Manan, dalam hukum Islam seorang anak yang lahir dari hubungan seorang laki-laki dan seorang perempuan di luar pernikahan yang sah memiliki status yang sama dengan seorang anak yang lahir dari hubungan pernikahan yang sah. Sebab anak tersebut lahir sesuai fitrahnya yang mempunyai kedudukan yang sama dengan anak-anak yang lainnya sebagai hamba Allah swt. dan hanya dapat mempertanggungjawabkan amal baik, maupun amal buruk pribadinya sendiri di sisi-Nya, bukan orang yang termasuk mempertanggungjawabkan perbuatan dosa ibu dan dan dosa bapaknya. Padahal seharusnya yang hina dan berdosa di hadapan Allah swt., bukan anak tersebut melainkan kedua ibu dan bapaknya yang telah melakukan perbuatan zina.

Inilah sebabnya Islam memberikan pengakuan status yang sama, antara seorang anak yang lahir di luar nikah dengan seorang anak yang lahir dalam hubungan pernikahan yang sah, walaupun ada perbedaan dalam bernasab dan hak untuk mendapatkan warisan. Seorang anak yang lahir dari hubungan zina nasabnya dinisbahkan kepada ibunya dan hanya dapat mewarisi harta warisan dari ibunya dan kerabat ibunya. Sedangkan seorang anak yang lahir dalam hubungan pernikahan yang sah secara syar'i dapat bernasab dengan nasab ayahnya, dan dapat mewarisi harta warisan dari bapak dari ibunya dan kerabat bapak dan ibunya. Artinya status keduanya di hadapan Allah swt. sama dalam hal ibadah dan hak untuk mendapatkan pahala dan syurga. Keduanya sama-sama diperhitungkan Allah swt., apakah mereka termasuk orang-orang beriman dan bertaqwa kepada Allah swt. atau tidak, itu tergantung kepada ikhtiar mereka masing-masing. Hal ini dapat dipahami bahwa seorang anak walaupun dia lahir dari hubungan zina, di sisi Allah swt. termasuk manusia yang mulia, jika dia beriman, bertaqwa, dan beramal saleh, bukan seorang yang ikut menanggung hina dan dosa akibat perbuatan zina yang dilakukan oleh kedua orang tuanya. Terhadap perbuatan zina tersebut itu, kedua orang tuanya sebagai pelaku yang bertanggungjawab di hadapan Allah swt., bukan anaknya yang lahir dari hubungan zina tersebut yang ikut menanggung perbuatan dosa zina kedua orang tuanya.

Berdasarkan hukum Islam, perbuatan zina tersebut dilarang dengan tegas dan Islam memberi sanksi terhadap pelakunya dengan hukuman dera bagi pelaku yang belum berkeluarga (belum bersuami atau beristri) dan hukuman rajam bagi pelaku yang sudah berkeluarga (sudah bersuami atau beristri). Jadi yang bertanggungjawab untuk menerima hukuman dera atau rajam adalah pelakunya, adalah: kedua orang tuanya, bukan anak yang lahir dari hubungan zina tersebut. Menurut M. Quraish Shihab, agama menilai pezina tidak menghargai sperma yang ditumpahkannya secara tidak

sah, sehingga dia tidak berhak memperoleh kehormatan melalui penyandangan namanya pada anaknya yang lahir dari hubungan zina itu. Anak yang lahir dari hubungan zina hanya dinisbahkan kepada ibu yang mengandungnya, itu pun bukan hakekatnya. Sementara ulama berpendapat, bahwa di hari kemudian kelak, manusia akan dipanggil dengan nama yang dinisbahkan kepada ibunya. Hal ini bukan saja sebagai penghormatan kepada 'Isra putra Maryam a.s., tetapi juga untuk menutup malu anak-anak yang dari hubungan zina. Pendapat ini didasarkan pada pemahaman QS. al-Isra' (17) ayat 71 dengan kata *imam* pada ayat tersebut dalam arti bentuk jamak dari *umm* (ibu).

Adapun terkait status anak yang lahir di luar nikah menurut Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Februari 2012 adalah: bahwa menurut Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara RI. Nomo. 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. Ketua Mahkamah Konstitusi Mahfud MD., menyatakan: bahwa yang dimaksud majelis dengan frasa "anak di luar perkawinan" bukan anak hasil zina, melainkan anak hasil nikah *sirri* yang sah menurut agama walaupun tidak tercatat. Anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat dan sah menurut agama tidak bertentangan dengan nasab, waris, dan wali nikah. Apa yang dikatakan oleh Ketua Mahkamah Konstitusi Mahfud MD itu sudah benar, karena putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012 sesuai Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat (1).

Oleh karena putusan MK tersebut mengabulkan permohonan Machica yang sudah menikah dengan Moerdiono sangat naïf bila diterapkan untuk kasus perzinahan. Hal ini sesuai dengan Kaidah Ushul Fikih yang mengatakan: bahwa perintah pada sesuatu maka perintah juga atas sarananya dan bagi sarananya hukumnya sama dengan hal yang dituju. Kasus ini adalah pernikahan yang tidak tercatat dan dapat diterapkan dalam kasus lain sepanjang kasus posisinya sama dengan kasus itu. Jika kasus Machica diterapkan pada kasus perzinahan maka penerapannya menjadi salah.

2. Anak Lahir menurut Hukum Islam dan Hukum Positif

a. Anak yang Lahir dari Perkawinan yang Sah Secara Syariat dan Tercatat Berdasarkan Undang-Undang Perkawinan

Anak yang lahir dari perkawinan yang sah adalah anak yang lahir dari perkawinan yang mengikuti prosedur Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1974. Kedudukan anak yang sah dapat dilihat dari ketentuan-ketentuan antara lain:

- a. Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945, pada Pasal 28-B ayat (1), menyatakan bahwa setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah;
- b. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pada Pasal 42 menyatakan bahwa “anak sah adalah anak yang lahir dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah;
- c. Pasal 2 ayat (1) menyatakan bahwa “perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; (d) dan Pasal 2 ayat (2), yaitu: “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Oleh karena anak yang lahir dalam atau akibat perkawinan yang sah ini bukan merupakan titik pembahasan, maka penulis memandang tidak perlu diperluas pembahasannya, kecuali dua macam anak yang akan diuraikan di bawah ini.

b. Anak yang Lahir dari Perkawinan yang Sah Secara Syariat dan tidak Tercatat Berdasarkan Undang-Undang Perkawinan

Pada konteks pencatatan perkawinan, banyak istilah yang digunakan untuk menunjuk sebuah perkawinan yang tidak tercatat, ada yang menyebut kawin di bawah tangan, kawin syar'i, kawin modin, kawin Bale giri, kawin Mamplam golek dan kerap pula disebut kawin kiyai. Perkawinan tidak tercatat ialah perkawinan yang secara material telah memenuhi ketentuan syari'at sesuai dengan maksud Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tetapi tidak memenuhi ketentuan ayat(2) pasal tersebut jo pasal 10 ayat 3 PP Nomor 9 Tahun 1975.

Pada umumnya yang dimaksud perkawinan tidak tercatat adalah perkawinan yang tidak dicatat oleh PPN. Perkawinan yang tidak berada di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah, dianggap sah secara agama tetapi tidak mempunyai kekuatan hukum karena tidak memiliki bukti-bukti perkawinan yang sah menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Rumus seperti adalah rumus skuler. Pada hal tadi di atas telah disebutkan bahwa bahan hukum Islam menjadi sumber hukum nasional. Undang-Undang Perkawinan dan turunannya adalah penjelmaan dari hukum Islam di Indonesia. Pemisahan dengan menggunakan istilah sah menurut agama belum diakui oleh negara adalah sebuah penyimpangan dari ajaran agama.

Perkawinan tidak tercatat termasuk salah satu perbuatan hukum yang tidak dikehendaki oleh undang-undang; karena terdapat kecen-derungan kuat dari segi sejarah hukum perkawinan, bahwa perkawinan tidak tercatat termasuk perkawinan ilegal. Meskipun demikian, dalam Pasal 5 ayat (1) KHI terdapat informasi implisit bahwa pencatatan perkawinan bukan sebagai syarat sah perkawinan; tetapi sebagai alat untuk menciptakan ketertiban perkawinan. Oleh karena itu, dalam Pasal 7 ayat (3) KHI diatur mengenai itsbat nikah bagi

perkawinan tidak tercatat. Dengan kata lain, perkawinan tidak tercatat adalah sah; tetapi kurang sempurna. Ketidaksempurnaan itu dapat dilihat dari ketentuan Pasal 7 ayat (3) KHI. Dalam penjelasan umum Pasal 7 KHI bahwa pasal ini diberlakukan setelah berlakunya undang-undang peradilan agama.

Aqad pada perkawinan tidak tercatat biasanya dilakukan di kalangan terbatas, di muka Pak Kiai atau tokoh agama, tanpa kehadiran petugas KUA, dan tentu saja tidak memiliki surat nikah yang resmi. Dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 ditegaskan bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Perkawinan tidak tercatat secara agama adalah sah manakala memenuhi syarat dan rukun perkawinan. Meskipun demikian, karena pernikahan tersebut tidak tercatat maka dalam hukum positif dianggap tidak sah karena tidak diakui negara (dasarnya Pasal 1 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974).

Suatu perkawinan yang tidak tercatat akan menghilangkan hak istri untuk menuntut secara hukum. Dengan kata lain, wanita tidak mendapat perlindungan hukum. Perkawinan yang demikian bertentangan dengan aspek kesetaraan jender. Karena itu menurut M. Quraish Shihab, perkawinan yang tidak tercatat merupakan salah satu bentuk pelecehan terhadap perempuan karena dapat menghilangkan hak-hak kaum perempuan. Pernikahan apa pun selain yang tercatat secara resmi di negara hukumnya tidak sah.

Permasalahannya jika perkawinan harus tercatat maka kaum pria merasa keberatan terutama pria yang sudah memiliki istri, karena untuk poligami prosedurnya dianggap terlalu memberatkan. Sebaliknya bagi kaum wanita perkawinan tidak tercatat bukan saja merugikan yaitu tidak memiliki hak menuntut harta gono gini, juga akan kehilangan hak-haknya untuk menuntut kewajiban suami. Kondisi ini dianggap

dilematis, di satu pihak keharusan pencatatan perkawinan memberatkan kaum pria, di lain pihak perkawinan tidak tercatat merugikan kaum wanita dan anak.

Adapun anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat adalah anak yang lahir dari perkawinan yang dilakukan menurut masing-masing agama dan kepercayaannya. Pengertian ini menunjukkan adanya perkawinan, dan jika dilakukan menurut agama Islam, maka perkawinan yang demikian "sah" dalam perspektif fikih Islam sepanjang memenuhi syarat dan rukun perkawinan. Dengan demikian anak tersebut sah dalam kacamata agama, yaitu sah secara materiil, namun karena tidak tercatat baik di Kantor Urusan Agama (KUA) maupun di Kantor Catatan Sipil (anak hasil nikah sirri, seperti halnya Machica Mochtar dengan Moerdiono), maka tidak sah secara formil. Untuk istilah "anak yang lahir di luar perkawinan", maka istilah ini yang tepat untuk kasus Machica, mengingat anak yang lahir itu sebagai hasil perkawinan dengan memenuhi syarat dan rukun secara agama, namun tidak tercatat.

Jadi bukanlah sebagaimana berkembangnya persepsi yang salah yang menganggap kasus anak dari Machica dengan Moerdiono sebagai anak hasil zina. Kasus tersebut merupakan anak yang lahir dari perkawinan yang sah menurut hukum Islam dan hukum Positif, karena telah terpenuhinya prosedur Pasal 2 ayat (1) yang menyatakan: "bahwa perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu", walaupun pernikahan ini belum memenuhi prosedur Pasal 2 ayat (2) yang mengatakan: "bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku".

Sekalipun pada dasarnya perkawinan di Indonesia harus dilaksanakan dengan prosedur sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, itulah yang dimaksud dengan perkawinan yang sesungguhnya menurut UU No. 1 Tahun 1974 tentang

perkawinan. Jika perkawinan dilakukan hanya mengikuti Pasal 2 ayat (1) saja, maka perkawinan itu disebut tetap sah menurut hukum Islam. Tetapi karena tidak terpenuhinya pasal 2 ayat 2 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, maka anak yang lahir dari perkawinan ini dianggap lahir di luar perkawinan yang sah menurut pasal 43 ayat 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan perkawinan ini dilindungi Undang-undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat (1), karena perkawinan tersebut telah dilakukan dengan menggunakan prosedur hukum Islam.

Perkawinan yang dilakukan menurut Pasal 43 ayat 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan itu tidak berdiri sendiri, sangat berkaitan dengan adanya perkawinan yang dilakukan berdasarkan Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Perkawinan ini disebut luar perkawinan, karena perkawinan itu dilakukan di luar prosedur pada Pasal 2 ayat (2). Namun perkawinan itu tidak boleh diartikan sebagai perzinahan, karena perkawinan yang masuk dalam kategori zina adalah perkawinan yang dilakukan dengan tidak terpenuhinya rukun dan syarat menurut hukum Islam, bukan menurut Undang-Undang. Dengan demikian, anak yang lahir dari perkawinan yang sah menurut hukum Islam dan tidak tercatat menurut Undang-Undang Perkawinan, tidak masuk dalam kategori anak zina atau anak lahir di luar nikah karena zina, anak tersebut tetap lahir dari perkawinan yang sah yang juga dilindungi oleh undang-undang.

c. Anak yang Lahir di Luar Perkawinan yang Sah Menurut Hukum Islam

Anak yang lahir tanpa perkawinan yang sah adalah anak yang dilahirkan dari hubungan antara pria dengan wanita tanpa ada ikatan perkawinan. Terkait dengan anak yang dibuahi sebelum pernikahan dan dilahirkan setelah pernikahan yang sah. Pada perkawinan seperti ini Imam Malik dan imam syafi'i berpendapat:

“Jika anak itu lahir setelah enam bulan dari perkawinan ibu dan ayahnya, maka anak itu dinasabkan kepada ayahnya. Jika anak itu dilahirkan sebelum enam bulan, maka anak itu dinasabkan kepada ibunya saja”.¹⁵ Prosedur seperti ini adalah prosedur yang modern. Pesan Mahkamah Konstitusi dapat mengaburkan pemahaman yang telah mantap dalam masyarakat. Kalau hanya mencari peluang petanggung-jawaban nafkah, masyarakat juga mengenal anak angkat, anak gantung, anak dipelihara. Pengambil alihan secara alamiah, lebih terhormat dari pengambil alihan secara rumus ketentuan peraturan.

Pendapat Imam Syafi’i ini berbeda dengan pendapat Imam Abu Hanifah yang mengatakan:

“Bahwa anak lahir di luar nikah itu tetap dinasabkan kepada ayahnya sebagai anak yang sah, apapun kondisi kelahirannya”.

Perbedaan pendapat ini disebabkan karena terjadinya perbedaan ulama dalam mengartikan *lafaz* “*firasy*”, dalam hadis Nabi saw.: “*anak itu bagi pemilik tilam dan bagi pezina adalah hukum rajam*”. Mayoritas ulama mengartikan *lafaz* “*firasy*” menunjukkan kepada “perempuan” (ibunya), yang diambilkan ibarat dari tingkah *iftirasy* (duduk berlutut). Namun ada juga ulama yang mengartikan kepada “laki-laki (bapaknya)”.¹⁶

Hal di atas disandarkan pada beberapa hadis di bawah ini:

Dari ‘Aisyah ra. Bahwasanya ia berkata: Sa’ad ibn Abi Waqqash dan Abd ibn Zam’ah berebut terhadap seorang anak lantas Sa’ad berkata: Wahai Rasulullah, anak ini adalah anak saudara saya ‘Utbah ibn Abi Waqqash dia sampaikan ke saya bahwasanya ia adalah anaknya, lihatlah kemiripannya. ‘Abd ibn Zam’ah juga berkata: “Anak ini saudaraku wahai Rasulullah, ia terlahir dari pemilik kasur (firasy) ayahku dari ibunya. Lantas Rasulullah saw melihat rupa anak tersebut dan beliau melihat keserupaan yang jelas den-

¹⁵Mohammad Daud Ali, *Asas-Asas Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Raja wali Press, 1997), h. 81

gan 'Utbah, Rasulullah bersabda: "Anak ini saudaramu wahai 'Abd ibn Zam'ah. Anak itu adalah bagi pemilik kasur perempuan yang melahirkan (*firasy*) dan bagi pezina adalah (*dihukum*) batu, dan berhijablah darinya wahai Saudah Binti Jam'ah. Aisyah berkata: ia tidak pernah melihat Saudah sama sekali.

Berdasarkan hadis di atas, para ulama berbeda pendapat dalam memahami dan mengartikan *lafaz* "firasy" dalam redaksi hadis: "Anak itu bagi pemilik tilam dan bagi pezina adalah hukum rajam". Mayoritas ulama mengartikan *lafaz* "firasy" tersebut menunjukkan kepada "perempuan" (ibunya), yang diambilkan ibarat dari tingkah *iftirasy* (duduk berlutut), dengan dasar ini anak tersebut dinasabkan pada nasab ibunya. Sedangkan ulama yang lain memahami dan mengartikan kepada "laki-laki (bapaknya)", dengan dasar ini, mereka mengatakan anak yang lahir dari hasil zina tetap dinasabkan pada nasab bapaknya.

Namun yang penting untuk diketahui adalah: bahwa dalam istinbat hukum, ulama menetapkan dan menghukumi suatu masalah pada dasarnya harus merujuk pada pendapat mayoritas. Karena pendapat mayoritas lebih diterima keabsahannya dibandingkan pendapat yang minoritas. Dengan demikian, berdasarkan pendapat mayoritas ulama di atas, maka anak yang lahir dari hasil zina harus dinasabkan pada ibunya, bukan dinasabkan pada bapaknya.

Berdasarkan hadis lain yang diriwayatkan Abu Daud menerangkan: bahwa anak hasil dari hubungan zina dinasabkan kepada ibunya:

Nabi saw. bersabda: "Bahwa anak hasil zina hanya dinasabkan pada pada ibunya saja".

Menurut Imam Syafi'i anak yang lahir dari hubungan zina tidak dinasabkan kepada bapaknya, tetapi kepada ibunya, berkata Imam Syafi'i:

"Sesungguhnya Allah swt menegaskan dalam Kitab-Nya, bahwasanya anak yang lahir dari hasil zina tidak dinasabkan pada bapaknya, tetapi dinasabkan pada ibunya, tetap akan mendapatkan kenikmatan dari Tuhannya sesuai dengan ketaatannya, bukan ikut menanggung dosa perbuatan orang tuanya".

Sejalan dengan Imam Syafi'i, Imam Nawawi menjelaskan:

"Sesungguhnya hukum anak lahir hasil zina adalah anak li'an, karena ketetapan nasabnya adalah nasab ibunya, bukan dengan nasab bapaknya. Maka status hukumnya adalah anak yang diingkari disebut "Li'an". Ketika ada laki-laki yang membuat pengakuan tentu saja laqab anak li'an akan hilang. Proses dan prosedur seperti itu adalah prosedur dunia. Allah akan menetapkan ketentuan yang sebenarnya di hari akhirat nanti. Apakah itu anak zina atau anak dilahirkan atas dasar pernikahan.

Berdasarkan hadis Nabi saw. dan pendapat Syafi'i di atas, anak yang lahir seperti ini akan mempunyai akibat hukum sebagai berikut:

- a. Tidak adanya hubungan nasab dengan bapaknya. Anak itu hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya.
- b. Bapaknya tidak wajib memberikan nafkah kepada anak itu, namun secara biologis ia tetap anaknya. Jadi hubungan yang timbul hanyalah secara manusiawi, bukan secara hukum.
- c. Tidak ada saling mewarisi dengan bapaknya, karena hubungan nasab merupakan salah satu penyebab kerwarisan.
- d. Bapak tidak dapat menjadi wali bagi anak di luar nikah. Apabila anak di luar nikah itu kebetulan seorang perempuan dan sudah dewasa lalu akan menikah, maka ia tidak berhak dinikahkan oleh bapak biologisnya.

Hal ini sesuai dengan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 42 yang berbunyi: "*anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah*". Dengan demikian, anak yang lahir di luar pernikahan yang sah hanya bernasab dengan nama ibunya saja.

d. Anak yang Lahir di Luar Perkawinan Menurut Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010

Pada Tanggal 17 Februari 2012, Mahkamah Konstitusi (MK) membuat keputusan No. 46/PUU-VIII/2010 terkait kedudukan hukum bagi anak luar nikah. Pada dasarnya

putusan ini sebagai jawaban atas permohonan uji materi Undang-undang perkawinan No. 1 Tahun 1974 yang diajukan Machica Mochtar. Machica menikah sirri dengan mantan Mensesneg Moerdiono pada 20 Desember 1993. Adapun dari pernikahan mereka dikaruniai seorang anak laki-laki, M. Iqbal Ramadhan. Namun, pernikahan ini tidak berlangsung lama, berakhir 1998 dan Moerdiono tidak mengakui Iqbal sebagai anak Moerdiono. Hal inilah yang mendorong Machica untuk mengajukan uji materi UU. Nomor. 1 Tahun 1974 ke Mahkamah Konstitusi untuk mendapatkan pengakuan tentang status hukum Iqbal. Latar belakang putusan ini adalah anak yang dilahirkan mengalami diskriminasi dan tidak mendapatkan pengakuan hubungan keperdataan sebagai anak dari ayah dan keluarga ayahnya karena pernikahan ibunya tidak dicatatkan. Hal ini disebutkan dalam Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 yang menyatakan bahwa *“anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”*.

Ketentuan ini menimbulkan kesan, seakan-akan kedudukan wanita yang melahirkan anak tersebut tidak seimbang dengan kedudukan pria yang menghamilinya. Jika ditinjau dari segi si anak, malah menimbulkan kesan tidak adil dan tidak manusiawi. Hukum kita memang tidak mengenal

lembaga pengakuan dan pengesahan anak. Ini merupakan dilema yang sulit dipecahkan. Sebab, jika anak yang dilahirkan di luar perkawinan diberi juga status hukum terhadap bapak alaminya, maka seluruh lembaga perkawinan yang begitu luhur akan berantakan sama sekali.²² Akibat pasal ini, maka seorang anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak dicatatkan melalui Kantor Urusan Agama (KUA), tidak mempunyai hubungan keperdataan dengan ayahnya. Meskipun anak tersebut lahir dari suatu perkawinan yang sah secara agama. Akibat adanya pasal ini, anak yang lahir dari pernikahan sirri tidak mempunyai hak atas statusnya sebagai anak yang lahir dari sebuah perkawinan yang sah

menurut hukum agama. Padahal perkawinan semacam ini, dianggap sah berdasarkan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 yang menyatakan: *“perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.”*

Sedangkan berdasarkan Pasal 2 ayat (2) UU. No. 1 Tahun 1974, apabila perkawinan itu tidak dicatatkan akan menimbulkan berbagai konsekuensi, antara lain:

- a. Negara tidak memberikan perlindungan serta merugikan bagi perempuan dan anak.
- b. Bagi perempuan dianggap bukan istri yang sah karena tidak memiliki bukti otentik.
- c. Istri tidak berhak atas nafkah, harta gono-gini dan warisan.
- d. Anak tidak berhak atas nafkah dan warisan.
- e. Tidak diakuiinya hubungan dengan bapak biologis.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 ini dikeluarkan dengan berbagai pertimbangan, yaitu: pertimbangan moral, pertimbangan hukum dan pertimbangan kemaslahatan. Pertimbangan-pertimbangan tersebut menjamin hak setiap warga negara agar tidak dilanggar oleh pihak lain, terutama oleh negara, karena hak hidup dan mendapat penghidupan yang layak setiap warga negara dijamin dan dilindungi oleh Undang-Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan bentuk pembaruan hukum keluarga di Indonesia yang bisa dilakukan dengan berbagai putusan pengadilan. Hal ini juga terjadi di India yang melakukan pembaruan hukum keluarga dengan putusan pengadilan dengan cara yang digunakan dalam tradisi hukum adat.

Menurut Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012 menyatakan: bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara RI. 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. Karena itu, putusan Mahkamah Konstitusi tidak perlu dipertentangkan atau dinyatakan sesuai dengan syari’at, karena secara hakiki tidak ada yang tidak sesuai dan tidak ada yang bertentangan dengan syari’at. Ketua Mahkamah Konstitusi Mahfud MD., menyatakan: bahwa yang dimaksud majelis dengan frasa “anak di luar perkawinan” bukan anak hasil zina, melainkan anak hasil nikah *sirri* anak yang lahir di luar perkawinan yang tercatat. Karena itu, anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat dan sah menurut agama tidak bertentangan dengan nasab, waris, dan wali nikah.²⁴

Apa yang dikatakan oleh Ketua Mahkamah Konstitusi Mahfud MD itu sudah benar, karena putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Februari 2012 memberikan putusan atas permohonan Machica yang telah menikah dengan Moerdiono sesuai Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat (1). Jadi oleh karena putusan MK tersebut mengabulkan permohonan Machica yang sudah menikah dengan Moerdiono sangat naif bila diterapkan untuk kasus perzinahan. Hal ini sesuai dengan Kaidah Ushul Fikih²⁵ yang mengatakan: bahwa perintah pada sesuatu maka perintah juga atas sarananya dan bagi sarananya hukumnya sama dengan hal yang dituju. Kasus ini adalah pernikahan yang tidak tercatat dan dapat diterapkan dalam kasus lain sepanjang kasus posisinya sama dengan kasus itu. Jika kasus Machica diterapkan pada kasus perzinahan maka penerapannya menjadi salah.

Berdasarkan hukum Islam, apabila terjadi perkawinan antara suami dan istri secara sah, kemudian istri mengandung dan melahirkan anaknya, maka suami dapat mengingkari

keberadaan anak itu apabila: (1) Istri melahirkan anak sebelum masa kehamilan; (2) dan melahirkan anak setelah lewat batas maksimal masa kehamilan dari masa perceraian.

Hukum Islam menegaskan bahwa seorang anak supaya dapat dianggap sebagai anak yang sah dari suami ibunya, anak itu harus lahir sekurang-kurangnya enam bulan sesudah pernikahan atau di dalam tenggang *'iddah* selama empat bulan sepuluh hari sesudah perkawinan terputus.²⁷ Sedangkan mengenai tenggang waktu ini, ada aliran di antara ahli fikih yang berpendapat: “seorang anak lahir setelah melampaui tenggang *'iddah* sesudah perkawinan terputus, adalah anak sah dari bekas suaminya asal dapat dianggap bahwa kelahirannya disebabkan oleh perbuatan bersetubuh antara bekas suami istri itu”. Dengan adanya perbedaan pandangan tersebut, ditetapkanlah tenggang waktu maksimum selama empat tahun, asal saja nyata bahwa dalam waktu empat tahun tadi ibunya tidak mengeluarkan kotoran.

Dengan demikian, apabila bayi lahir kurang dari enam bulan sejak masa perkawinan, maka anak tersebut tidak dapat dihubungkan kekerabatannya dengan bapaknya kendatipun lahir dalam perkawinan yang sah. Ia hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya saja, di sinilah perbedaannya, antara pandangan fikih dengan dengan Undang-undang Perkawinan di Indonesia. Karena, pandangan fikih tidak mengenal pencatatan nikah, maka pengertian luar perkawinan yang tercatat menurut Undang-undang Perkawinan sama pengertiannya dengan zina, sedangkan dalam fikih (hukum Islam) bukan anak zina selama selama terpenuhi rukun dan syarat nikah secara syar'i. Karena itu, benar putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Februari 2010 menyatakan bahwa: tidak dapat disamakan antara anak yang lahir di luar perkawinan yang tercatat dengan anak yang lahir karena zina. Sebab anak lahir dari perkawinan yang tidak tercatat dan terpenuhi rukun dan syaratnya adalah sah menurut agama. Sedangkan anak zina adalah anak yang lahir

dari perkawinan yang tidak sah menurut agama, walaupun tercatat menurut undang-undang.

Anak yang lahir dari perkawinan yang sah adalah anak yang lahir dari perkawinan yang mengikuti prosedur Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1974 dan sah secara syari'at Islam (hukum Islam). Tenggang waktu kehamilan yang cukup telah memudahkan pertanggung-jawaban nafkah anak.

Anak yang Lahir dari Perkawinan yang Sah secara Syariat dan tidak Tercatat Berdasarkan Undang-Undang Perkawinan. Perkawinan yang dilakukan menurut Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan itu tidak berdiri sendiri, sangat berkaitan dengan adanya perkawinan yang dilakukan berdasarkan Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Perkawinan ini disebut luar perkawinan, karena perkawinan itu dilakukan di luar prosedur pada Pasal 2 ayat (2). Namun perkawinan itu tidak boleh diartikan sebagai perzinahan, karena perkawinan yang masuk dalam kategori zina adalah perkawinan yang dilakukan dengan tidak terpenuhinya rukun dan syarat menurut hukum Islam, bukan menurut undang-undang. Dengan demikian, anak yang lahir dari perkawinan yang sah menurut hukum Islam dan tidak tercatat menurut Undang-Undang Perkawinan, tidak masuk dalam kategori anak zina atau anak lahir di luar nikah karena zina, anak tersebut tetap lahir dari perkawinan yang sah yang juga dilindungi oleh undang-undang. Tenggang waktu kehamilan yang cukup telah memudahkan pertanggung-jawaban nafkah anak.

Anak yang lahir tanpa perkawinan yang sah adalah anak yang dilahirkan dari hubungan antara pria dengan wanita tanpa ada ikatan perkawinan. Anak yang dibuahi sebelum pernikahan dan dilahirkan setelah pernikahan yang sah menurut pendapat Imam Malik dan Imam Syafi'i, "jika anak itu lahir setelah enam bulan dari perkawinan ibu dan bapaknya, maka anak itu dinasabkan kepada bapaknya. Jika anak itu

dilahirkan sebelum enam bulan, maka anak itu dinasabkan kepada ibunya saja”.

Para ulama berbeda pendapat dalam memahami dan mengartikan *lafaz* “*firasy*” dalam redaksi hadis: “*Anak itu bagi pemilik tilam dan bagi pezina adalah hukum rajam*”. Mayoritas ulama mengartikan *lafaz* “*firasy*” tersebut menunjukkan kepada “perempuan” (ibunya), yang diambilkan ibarat dari tingkah *iftirasy* (duduk berlutut), dengan dasar ini anak tersebut dinasabkan pada nasab ibunya. Sedangkan ulama yang lain memahami dan mengartikan kepada “laki-laki (bapaknya)”, dengan dasar ini, mereka mengatakan anak yang lahir dari hasil zina tetap dinasabkan pada nasab bapaknya. Namun yang penting untuk diketahui adalah: bahwa dalam istimbat hukum, ulama menetapkan dan menghukumi suatu masalah pada dasarnya harus merujuk pada pendapat mayoritas. Karena pendapat mayoritas lebih diterima keabsahannya dibandingkan pendapat yang minoritas.

Menurut pendapat Syafi’i, anak yang lahir di luar nikah akan mempunyai akibat hukum, yaitu: tidak adanya hubungan nasab dengan bapaknya. Anak itu hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya; bapaknya tidak wajib memberikan nafkah kepada anak itu, namun secara biologis ia tetap anaknya, hubungan yang timbul hanyalah secara manusiawi, bukan secara hukum; tidak ada saling mewarisi dengan bapaknya, karena hubungan nasab merupakan salah satu penyebab kerwarisan; bapak tidak dapat menjadi wali bagi anak di luar nikah bila anak di luar nikah itu kebetulan seorang perempuan dan sudah dewasa lalu akan menikah, maka ia tidak berhak dinikahkan oleh bapak biologisnya. Hal ini sesuai dengan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 42 yang berbunyi: “*anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah*”. Artinya anak yang lahir di luar pernikahan yang sah hanya bernasab dengan nama ibunya saja.

Status anak yang lahir di luar nikah menurut Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Februari 2010 adalah: bahwa menurut Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara RI. No. 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. Ketua Mahkamah Konstitusi Mahfud MD., menyatakan: bahwa yang dimaksud majelis dengan frasa “anak di luar perkawinan” bukan anak hasil zina, melainkan anak hasil nikah *sirri* yang sah menurut agama walaupun tidak tercatat. Anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat dan sah menurut agama tidak bertentangan dengan nasab, waris, dan wali nikah. Apa yang dikatakan oleh Ketua MK Mahfud MD itu sudah benar, karena putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2010 sesuai Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat 1. Oleh karena putusan MK tersebut mengabulkan permohonan Machica yang sudah menikah dengan Moerdiono sangat naif bila diterapkan untuk kasus perzinahan. Hal ini sesuai dengan Kaidah Ushul Fikih²⁹ yang mengatakan: bahwa perintah pada sesuatu maka perintah juga atas sarananya dan bagi sarananya hukumnya sama dengan hal yang dituju. Kasus ini adalah pernikahan yang tidak tercatat dan dapat diterapkan dalam kasus lain sepanjang kasus posisinya sama dengan kasus itu. Jika kasus Machica diterapkan pada kasus perzinahan maka penerapannya menjadi salah.

G. Perlindungan Hak Anak dalam Hukum Islam, Adat dan UUD 1945,

1. Putusan Mahkamah Konstitusi RI. Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Anak adalah amanah sekaligus karunia Tuhan Yang Maha Esa, yang senantiasa harus dijaga karena dalam dirinya melekat harkat, martabat, dan hak-hak sebagai manusia yang harus dijunjung tinggi. Hak asasi anak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang termuat dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945) dan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Anak. Dari sisi kehidupan berbangsa dan bernegara, anak adalah masa depan bangsa dan generasi penerus cita-cita bangsa, sehingga setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan.¹⁶

Anak sebenarnya merupakan harta yang tak ternilai harganya baik dilihat dari perspektif sosial, budaya, ekonomi, politik, hukum maupun perspektif keberlanjutan sebuah generasi keluarga, suku dan bangsa. Dilihat dari sosial sebagai kehormatan harkat martabat keluarga tergantung pada sikap dan perilaku anak untuk berprestasi, dari budaya anak merupakan harta dan kekayaan yang harus dijaga dan sekaligus merupakan lambang kesuburan sebuah keluarga, dari politik anak merupakan penerus suku dan bangsa, dari ekonomi ada anggapan bahwa banyak anak banyak rejeki, dan dari segi hukum, anak mempunyai posisi dan kedudukan strategis di depan hukum, tidak saja sebagai penerus dan ahli waris keluarga tetapi juga sebagai bagian dari subyek hukum dengan segala hak dan kewajiban yang mendapat jaminan hukum.¹⁷

¹⁶Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Pe - lindungan Anak.

¹⁷Fifik Wiryani, "Perlindungan Hukum Bagi Pekerja Anak", Jurnal Legality, Vol. 11 No. 2 September 2003-Februari 2004, h. 288

Anak terlantar identik dengan kemiskinan sehingga bertam-bahnya populasi mereka dapat menjadi indikator bertambahnya keluarga miskin. Kemiskinan memunculkan gelandangan dan pe-ngemis (gepeng), mereka menjadikan tempat apapun sebagai arena hidup termasuk pasar, kolong jembatan, trotoar ataupun ruang terbuka yang ada. Penanganan anak, seperti anak terlantar sering dimanfaatkan oleh orang-orang yang tidak bertanggung jawab. Ada yang memelihara untuk dijadikan sebagai pengemis jalanan, ada yang memelihara untuk disodomi dan tragisnya ada yang memutilasinya. Sementara anak terlantar juga berhak untuk hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar, sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Negara menjamin hak dan kewajiban warga negaranya, sesuai dengan UUD NRI 1945, yaitu dalam Pasal 34 ayat (1), yang berbunyi, "*Fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara*". Dalam hal ini jelas, negara sebagai pengayom dan pelindung serta harus bertanggung jawab langsung dalam penanganan dan pembinaan terhadap anak-anak terlantar. Pasal ini pada dasarnya merupakan hak konstitusional bagi seluruh warga miskin dan anak-anak yang terlantar di seluruh bumi Indonesia sebagai subyek hak asasi yang dijamin pemenuhannya oleh Negara.

Indonesia sudah memiliki sederet aturan untuk melindungi, mensejahterakan dan memenuhi hak-hak anak. Misalnya saja jauh sebelum Ratifikasi Konvensi Hak Anak (KHA) Tahun 1990, Indonesia telah mengesahkan Undang-Undang Nomor. 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak. Seharusnya sudah dapat menjadi rujukan dalam pengambilan kebijakan terhadap perlindungan anak, namun harapan hanya tinggal harapan, kondisi anak-anak di Indonesia masih saja mengalami berbagai masalah. Sampai akhirnya Indonesia meratifikasi Konvensi International Mengenai Hak Anak (*Convention on the Raight of the Child*), Konvensi yang

diratifikasi melalui Keputusan Presiden No. 36 Tahun 1990 ternyata belum mampu mengangkat keterpurukan situasi anak-anak Indonesia. Kemudian setelah Ratifikasi KHA Indonesia mengesahkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Peradilan Anak dan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Pasal 2 Undang-Undang No.23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak tersebut jelas menunjukkan bahwa prinsip-prinsip dasar perlindungan untuk anak yang terdapat dalam konvensi hak-hak anak, yaitu prinsip nondiskriminasi, prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak, prinsip hak hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan, harus dijadikan dasar atau landasan penyelenggaraan perlindungan anak. Hal ini berarti bahwa peraturan perundang-undangan sebagai bagian dari penyelenggaraan perlindungan anak harus berlandas pada prinsip-prinsip yang terdapat dalam konvensi hak-hak anak.

Ada konstruksi hukum tertentu jika konvensi hak-hak anak, Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990, dan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 dihubungkan. Pertama, Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 meratifikasi konvensi hak-hak anak. Kedua, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 menunjuk langsung prinsip-prinsip yang ada di dalam konvensi hak-hak anak sebagai landasan atau dasar penyelenggaraan perlindungan anak. Hal yang dapat ditegaskan dari konstruksi tersebut adalah bahwa secara tekstual prinsip-prinsip yang terdapat di dalam konvensi Hak-hak Anak dalam penyelenggaraan perlindungan anak yaitu prinsip non diskriminasi, prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak, prinsip hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan, serta prinsip penghargaan terhadap pendapat anak, di tambah prinsip perlindungan aktif, harus menjadi landasan atau dasar bagi peraturan perundang-undangan dalam penyelenggaraan perlindungan anak.¹⁸

¹⁸Abdul Rachmad Budiono, *Hukum Pekerja Anak*, (Malang: UM Press, 2008), h. 69-70

Masalah keterlantaran yang dialami oleh bayi dan anak-anak semakin meningkat. Keterlambatan terjadi karena kelalaian dan atau ketidakmampuan orang tua dan atau keluarga melaksanakan kewajibannya, sehingga kebutuhan jasmaniah, rohaniah maupun sosial mereka tidak terpenuhi secara wajar. Masalah keterlantaran semakin nampak dalam situasi terbatasnya/minimnya ketersediaan sumber daya yang dimiliki oleh keluarga dan masyarakat untuk mengatasi permasalahan sosial. Padahal, upaya perlindungan anak perlu dilaksanakan sedini mungkin, yakni sejak dari janin dalam kandungan.

Data Badan Pusat Statistik (BPS) dan Pusdatin Kementerian Sosial RI mencatat, dari tahun ke tahun, jumlah anak dengan berbagai permasalahannya semakin meningkat. Tahun 2008 tercatat sebanyak 2.250.152 anak terlantar, anak yang berhadapan dengan hukum sebanyak 189.075, anak dengan kecacatan sebanyak 295.763 anak korban kekerasan sebanyak 182.406 jiwa, anak yang bekerja sebanyak 5.201.1452 jiwa yang bekerja rata berusia 10-18 tahun dan anak jalanan sebanyak 231.894 jiwa.¹⁹

Pada tahun 2009, jumlah anak terlantar tersebut berdasarkan data yang ada sebanyak 3.488.309, Balita Terlantar sebanyak 1.178.824, Anak Rawan Terlantar sebanyak 10.322.674, sementara Anak Nakal sebanyak 193.155 anak dan Anak Cacat sebanyak 367.520 anak.²⁰ Berbeda pada tahun 2010 ini, sampai bulan Juli, data anak terlantar menurut Kemsos sudah mencapai 5,4 juta jiwa, ini terdiri dari jumlah anak terlantar sebanyak 3.939.400 Jiwa dan Balita Terlantar sebanyak 1.467.000 Jiwa.²¹

Peningkatan jumlah anak terlantar yang fantastik ini tak sepadan dengan klaim pemerintah tentang menurunnya tingkat kemiskinan di Indonesia. Tahun 2009 lalu, pemerin-

¹⁹Data BPS dan Kementerian Sosial Tahun 2008, www.depsos.go.id, diakses tanggal 25 agustus 2010.

²⁰Data Kementerian Sosial Tahun 2009, www.depsos.go.id, diakses pada tanggal 25 agustus 2010

²¹Data Kementerian Sosial Juli 2010, www.depsos.go.id, diakses pada tanggal 25 agustus 2010

tah mengklaim telah berhasil menurunkan angka kemiskinan hingga level 14,15%, bahkan berani memprediksi angka ini turun menjadi 13,5% di tahun 2010. Logikanya, jika tingkat kemiskinan benar menurun, berarti tingkat kesejahteraan masyarakat seharusnya meningkat. Sementara, tak bisa dipungkiri jika problem anak terlantar justru menjadi potret atau cerminan bagi realitas masyarakat dengan tingkat kesejahteraan rendah. Itulah kenapa Kementerian Sosial sendiri mengkatagorikan anak terlantar ke dalam kelompok penyandang masalah kesejahteraan sosial (PMKS). Pertanyaannya, jika klaim pemerintah soal menurunnya tingkat kemiskinan yang berarti meningkatnya tingkat kesejahteraan itu benar, lantas siapa yang menikmatinya? Atau, jangan-jangan hitungannya memang salah?²²

Banyak Anak yang diterlantarkan oleh orang tua disebabkan oleh berbagai alasan, terutama masalah kemiskinan dan kurangnya tanggung jawab orang tua terhadap pola pengasuhan dan perawatan anak, kecenderungan orang tua melepaskan tanggung jawab pengasuhan atas anak mereka ketika beban ekonomi menghimpit.

Seperti yang terjadi di Depok Jawa Barat beberapa bulan yang lalu, kasus penelantaran anak yang dilakukan oleh pasangan suami istri Warsinem dan Dadan berawal dari kejaran PJTKI karena membawa kabur uang perusahaan sebesar Rp. 4 juta. Dan akhirnya keduanya tega meninggalkan Windy (8), Rizky(4), Lina (3), dan Siti (5 bulan) di rumah kontraknya, di Jalan Raya Bogor Km 37,7. Rt 1 Rw 03 Kelurahan Sukamaju, Sukmajaya.²³

Arif Gosita mengatakan bahwa anak wajib dilindungi agar mereka tidak menjadi korban tindakan siapa saja (individu atau kelompok, organisasi swasta maupun pemerintah) baik

²²Siti Nafidah, *Anak Terlantar Bukti Pemerintah Abai*, artikel sabtu 27 maret 2010, diakses dari <http://sitinafidah.blogspot.com>, tanggal 9 November 2010.

²³Berita, *Penanganan Bersama 4 (empat) anak terlantar di Depok (dipublikasikan tanggal 29 Desember 2009)*, diambil dari <http://yanrehsos.depsos.go.id>, diakses tanggal 3 juni 2010.

secara langsung maupun secara tidak langsung. Yang dimaksud dengan korban adalah mereka yang menderita kerugian (mental, fisik, sosial), karena tindakan yang pasif, atau tindakan aktif orang lain atau kelompok (swasta atau pemerintah) baik langsung maupun tidak langsung.²⁴ Selain itu anak khususnya anak terlantar rentan terhadap perlakuan diskriminasi dan eksploitasi.

Awal tahun 2010 kita dikejutkan oleh peristiwa kekerasan terhadap anak secara beruntun. Di Depok Jawa Barat seorang guru ngaji menyiksa 3 santrinya dengan air keras. Di Jakarta Utara seorang homoseksual dan paedofil telah memutilasi 3 anak. Di Tangerang seorang Ibu membekap bayinya yang berusia 9 bulan hingga tewas. Terakhir, KPAI menerima laporan kekerasan yang dilakukan oleh seorang guru Sekolah Dasar di Jakarta Selatan, terhadap seorang siswanya sehingga korban merasa trauma dan tidak mau masuk sekolah. Sebelumnya diberitakan seorang bayi di Semarang hilang diculik dari Rumah Sakit daerah, demikian juga seorang bayi lainnya diculik dari Puskesmas Kembangan, Jakarta Barat.²⁵

Di Indonesia sendiri, angka-angka kekerasan terhadap anak tidak pernah menunjukkan angka menurun, kecenderungannya selalu meningkat, baik dalam hal kuantitas maupun kualitas. Angka pastinya sulit diperoleh karena banyak kasus kekerasan yang tidak dilaporkan, terutama apabila kekerasan tersebut terjadi di rumah tangga. Banyak masyarakat menganggap, kekerasan di rumah tangga adalah urusan domestik, sehingga tidak selayaknya orang luar, aparat hukum sekali pun ikut campur tangan. Beberapa data yang terserak bisa menjadi gambaran betapa eskalatifnya kekerasan terhadap anak di tanah air. World Vision yang melakukan pendataan ke berbagai daerah menemukan angka 1.891 kasus

²⁴Arif Gosita, *Masalah Perlindungan Anak; Kumpulan Karangan*, (Jakarta : PT Bhuna Ilmu Populer, 2004), hlm. 37

²⁵Hadi Suseno, *Kekerasan Terhadap Anak*, diambil dari www.kpai.go.id, diakses tanggal 7 November 2010.

kekerasan selama tahun 2009, pada tahun 2008 hanya ada 1600. Kompilasi dari 9 surat kabar Nasional menemukan angka 670 kekerasan terhadap anak selama tahun 2009, sementara tahun 2008 sebanyak 555 kasus. Sementara Pengaduan langsung ke KPAI tahun 2008 ada 580 kasus dan tahun 2009 ada 595 kasus, belum termasuk Laporan melalui E-mail dan telepon. Dari Bareskrim Polri, selama tahun 2009 terjadi tindak kekerasan terhadap anak sebanyak 621 yang diproses hingga tahap P-21 dan diputus pengadilan.²⁶

Persoalan anak terlantar bukan semata tanggung jawab pemerintah, tetapi masyarakat, baik secara individu maupun kelompok memiliki kewajiban moral untuk peduli dan berperan serta dalam mengentaskan anak-anak terlantar sesuai dengan kemampuan masing-masing. Namun dilihat dari sisi keberadaan penguasa/pemerintah sebagai pengatur urusan masyarakat yang berfungsi sebagai pelindung, maka porsi tanggungjawab pemerintah tentu jauh lebih besar dan jauh lebih strategis dalam penanganan anak terlantar. Terlebih, persoalan anak terlantar bukan hanya menyangkut persoalan sosial semata, melainkan terkait dengan persoalan lainnya secara sistemik, seperti persoalan ekonomi (kemiskinan beserta penanganannya), kebijakan politik (political will), kebijakan budaya, pendidikan, hukum dan lain-lain.

Berdasarkan latar belakang di atas, pokok permasalahan yang akan menjadi pembahasan adalah Mengapa tanggung jawab negara terhadap anak terlantar kurang terealisasi dalam operasionalisasi pemerintah?

2. Metode Analisis Putusan Pengadilan

Penelitian ini adalah jenis penelitian hukum normatif, karena ingin mengkaji tentang konstruksi hukum pengaturan mengenai tanggung jawab negara terhadap anak terlantar dalam operasionalisasi pemerintah sebagai amanah dari Pasal 34 ayat (1) UUD NRI 1945. Menurut Soerjono Soekanto, penelitian hukum normatif adalah penelitian yang dilakukan

²⁶*Ibid.*

dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.²⁷

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua regulasi atau peraturan perundang-undangan yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang akan diteliti, yaitu penelitian terhadap norma-norma yang terdapat dalam UUD NRI 1945, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak dan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 36 Tahun 1990 tentang Ratifikasi *Convention in The Right of The Child* (Konvensi Hak-Hak Anak).

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum, untuk menemukan ide-ide yang melahirkan konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu hukum.²⁸ Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) merupakan suatu pendekatan yang digunakan untuk memperoleh kejelasan dan pembenaran ilmiah berdasarkan konsep-konsep hukum yang bersumber dari prinsip-prinsip hukum.²⁹ Konsep hukum yang dibangun dalam penelitian ini adalah kurang terealisasinya tanggung jawab negara terhadap anak terlantar dalam operasionalisasi pemerintah dan implikasi hukum tanggung jawab Negara dalam pelaksanaan perlindungan hukum terhadap anak terlantar.

²⁷Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif* (Jakarta: Rajawali Pers, 1985), hlm.18.

²⁸Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2005), hlm. 95.

²⁹*Ibid*, hlm. 138.

Bahan hukum yang sudah terkumpul baik bahan hukum primer, sekunder maupun bahan hukum tersier dianalisis dengan menggunakan instrument teori dan konsep sebagaimana yang terdapat dalam kerangka teoritik untuk membahas atau memberikan jawaban terhadap permasalahan yang diteliti dengan menggunakan metode “analisis kualitatif yuridis” yang bertitik tolak pada kerja “penalaran yuridis”. Ada tiga acuan dasar yang harus diperhatikan dalam penlaran yuridis:³⁰ (a) Berpretensi untuk mewujudkan positivitas (hukum itu harus memiliki otoritas); (b) Mewujudkan koherensi (hukum sebagai tatanan); (c) Mewujudkan keadilan (hukum sebagai pengaturan hubungan manusia yang tepat).

Analisis bahan hukum merupakan langkah akhir dalam penelitian ini sebelum melakukan penarikan kesimpulan. Analisis bahan hukum termasuk langkah yang sangat penting dalam suatu penelitian, sebab dengan analisis akan dapat diketahui benar tidaknya suatu kesimpulan yang akan diambil.³¹

3. Membangun *Good Governance* untuk Mewujudkan Perlindungan Hak Anak

Pembukaan UUD 1945 Alinea IV menyatakan bahwa kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu disusun dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat. Berdasarkan Pasal 1 Ayat (1) UUD 1945, Negara Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik. Berdasarkan hal itu dapat disimpulkan bahwa bentuk negara Indonesia adalah kesatuan, sedangkan bentuk pemerintahannya adalah republik.

Selain bentuk negara kesatuan dan bentuk pemerintahan republik, Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan

³⁰Lihat H. Ph. Visser't Hooft, *Filosofie Van de Rechtswetenschap*, diterjema - kan oleh Bernard Arief Sidharta. *Filsafat Ilmu Hukum*, (Bandung: Laboratorium Hukum FH Universitas Katholik Parahyangan, 2001), hlm. 50-51.

³¹Jazim Hamidi, *Makna dan Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaran RI*, (Bandung: Disertasi UNPAD, 2005), hlm. 29.

sebagai kepala negara dan sekaligus kepala pemerintahan. Hal itu didasarkan pada Pasal 4 Ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi, “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar.” Dengan demikian, sistem pemerintahan di Indonesia menganut sistem pemerintahan presidensial.

Tujuan pemerintahan negara pada umumnya didasarkan pada cita-cita atau tujuan negara. Misalnya, tujuan pemerintahan negara Indonesia adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Pasca amandemen UUD 1945 sistem pemerintahan NKRI menjadi benar-benar presidensiil. Hal ini dapat teridentifikasi dengan mudah setelah Presiden dan Wakil presiden dipilih langsung oleh Rakyat dalam suatu Pemilihan Umum. Seperti yang telah digambarkan di atas bahwa ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil adalah baik eksekutif maupun legislatif dipilih langsung oleh rakyat dan antara keduanya tidak ada hubungan pertanggungjawaban. Ciri utama yang lain dari sistem pemerintahan Presidensiil adalah bahwa pemegang kekuasaan eksekutif tunggal (presiden) tidak bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat, melainkan langsung kepada rakyat pemilih, karena presiden dipilih langsung oleh rakyat atau dipilih melalui badan pemilih (*electoral college*) seperti di Amerika Serikat. Menurut Sri Soemantri, ciri-ciri sistem pemerintahan presidensiil dalam UUD 1945 antara lain: *pertama*, presiden dan wakil presiden dipilih dalam satu pasangan secara langsung oleh rakyat; *kedua*, Presiden tidak lagi bertanggung jawab kepada MPR, karena lembaga ini tidak lagi sebagai pelaksana kedaulatan rakyat.³²

³²Titik Triwulan Tutik, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*, (Prest - si Pustaka, Jakarta: 2006), hlm.117

Sehubungan dengan sistem pemerintahan ini, amandemen UUD 1945 sudah cukup baik mengadopsi ciri-ciri sistem pemerintah Presidensiil yang semakin menguat jaring-jaring yang akan menjamin stabilitas penyelenggaraan pemerintahan. Hal ini ditandai dengan adanya klausula pemilihan Presiden (dan Wapres) secara langsung oleh rakyat. Presiden tidak lagi tunduk dan bertanggungjawab kepada MPR. Apapun perbedaan pandangan antara Presiden dan MPR, Presiden akan tetap sampai habis masa jabatannya. Satu-satunya cara untuk menjatuhkan Presiden dalam masa jabatannya adalah melalui pranata "*impeachment*". Tetapi dasar "*impeachment*" itu terbatas, baik secara substansial maupun prosedural tidak mudah dilaksanakan. *Impeachment* hanya dapat dilakukan apabila Presiden terbukti melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, perbuatan tercela dan tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden. Dengan demikian, perubahan UUD 1945 telah cukup baik menentukan jaring-jaring yang menjamin stabilitas penyelenggaraan pemerintahan, termasuk kemungkinan memberhentikan Presiden dalam masa jabatannya melalui pranata *impeachment* meskipun tidak mudah dilakukan.

Dengan demikian, ada perubahan-perubahan baru dalam sistem pemerintahan Indonesia. Hal itu diperuntukan dalam memperbaiki sistem presidensial yang lama. Perubahan baru tersebut, antara lain adanya pemilihan secara langsung, sistem bikameral, mekanisme checks and balance, dan pemberian kekuasaan yang lebih besar kepada parlemen untuk melakukan pengawasan dan fungsi anggaran.

Fungsi pemerintah adalah mengayomi warganegaranya melalui pengaturan atau regulasi, pembangunan nasional disegala bidang, pembinaan kemasyarakatan, menjaga ketertiban dan menegakkan negara kesatuan Republik Indonesia dengan membangun pertahanan keamanan yang kokoh. Fungsi pemerintahan tersebut akan dapat

terselenggara apabila pemerintahan menjadi pemerintahan yang *good governance*. *Good governance* adalah cara yang baik mengelola urusan-urusan publik.

Penerapan konsep *Good Governance* ke dalam suatu sistem pemerintahan diyakini sudah menjadi suatu keharusan bagi negara-negara modern. Pada prinsipnya, dengan istilah *Good Governance* berarti bagaimana manajemen pemerintahan mengelola pemerintahan tersebut secara baik, benar dan penuh integritas. Karena itu. Prinsip *Good Governance* melingkupi juga seluruh aspek dari organisasi, bisnis dan budaya. Namun demikian, secara lebih spesifik, *Good Governance* dapat diartikan sebagai suatu proyek sosial, hukum dan pemerintahan yang melibatkan sektor negara, rakyat dan pasar, yang berisikan ketentuan yang mengatur hubungan antara unsur-unsur pemerintah, parlemen, pengadilan dan rakyat, dan lain-lain yang berkaitan dengan pengendalian pemerintahan.

Pemerintahan yang baik adalah pemerintahan yang mampu mempertanggungjawabkan segala sikap, perilaku dan kebijakan yang dibuat secara politik, hukum, maupun ekonomi dan diinformasikan secara terbuka kepada publik, serta membuka kesempatan publik untuk melakukan pengawasan (kontrol) dan jika dalam prakteknya telah merugikan rakyat, dengan demikian harus mampu mempertanggungjawabkan dan menerima tuntutan hukum atas tindakan tersebut.

Membangun **Good Governance** merupakan suatu keharusan dalam sistem pemerintahan kita, sebab membangun masa depan Indonesia sebagai wujud daripada pengamalan tujuan berbangsa dan bernegara sebagaimana tercantum dalam pembukaan UUD 1945 yaitu “melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial”, tidak akan pernah terwujud, jika bangsa Indonesia gagal membangun pemerintah dan tata pemerintahan yang

baik (**Good Government and Good Governance**).

Ada beberapa faktor utama yang berpengaruh yang satu sama lain saling kait mengkait dalam menerapkan prinsip *Good Governance* ke dalam suatu pemerintahan yaitu sebagai berikut:³³(1) Aturan hukum yang baik, yakni seperangkat aturan yang mengatur hubungan antara warga masyarakat, pemerintah, parlemen, pengadilan, pers, lingkungan hidup, serta para stakeholders lainnya; (2) *Law enforcement* yang baik, yakni seperangkat mekanisme yang secara langsung atau tidak langsung mendukung upaya penegakan aturan hukum; (3) Sistem pemerintahan yang efektif, efisien, jujur, transparan, accountable dan berwawasan hak asasi manusia; (4) Sistem pemerintahan yang dapat menciptakan masyarakat yang cerdas dan egaliter; (5) Sistem pemerintahan yang kondusif terhadap pertumbuhan ekonomi dan pemerataan.

Dapat dikatakan bahwa antara konsep *Good Governance* dengan konsep negara hukum, pada prinsipnya berjalan seiring dan memiliki tujuan yang serupa. Pelaksanaan tata kelola pemerintahan yang baik harus mengindahkan prinsip-prinsip negara hukum. Demikian juga sebaliknya bahwa pelaksanaan prinsip negara hukum yang baik harus selalu memperhatikan dan melaksanakan prinsip *Good Governance*.

Dari pengertian dan elemen-elemen dari suatu pemerintahan dengan tata kelola yang baik (*Good Governance*) tersebut di atas, terlihat bahwa beberapa segi dari penerapan *Good Governance* tersebut juga merupakan persyaratan bagi suatu negara hukum. Bahwa dalam suatu negara hukum, setiap orang baik yang memerintah maupun yang diperintah, harus tunduk kepada hukum, dalam hal ini hukum yang adil, yang harus ditegakkan secara adil pula. Hal tersebut merupakan penjabaran dari elemen *fair ness/equity* dan *law enforcement* dari good governance.

³³Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern (Rechstaat)*, (PT. Refika Adit - ma, Bandung: 2009), hlm. 79.

Dalam rangka mewujudkan *good governance* di Indonesia maka perlu dikembangkan penyelenggaraan pelayanan publik yang mencirikan karakteristik yang selama ini melekat dalam *good governance*. Karakteristik tersebut seperti efisiensi, transparansi, akuntabilitas, responsibilitas dan responsivitas dapat diterjemahkan secara relatif mudah dalam penyelenggaraan pelayanan publik.

Responsivitas sebagai salah satu karakteristik *good governance* sangat diperlukan dalam pelayanan publik karena hal tersebut merupakan bukti kemampuan organisasi untuk mengenali kebutuhan masyarakat, menyusun agenda dan prioritas pelayanan serta mengembangkan program-program pelayanan publik sesuai dengan kebutuhan dan aspirasi masyarakat.

Dengan demikian responsivitas pemerintah sebagai salah satu perwujudan *good governance* harus mencakup seluruh kepentingan publik termasuk perlindungan anak. Setiap anak berhak untuk mendapatkan perlindungan, sebagaimana telah diatur dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Pemerintah dapat dikatakan bertanggung jawab jika mereka dinilai mempunyai responsivitas (daya tanggap) yang tinggi terhadap apa yang menjadi permasalahan, kebutuhan, keluhan, dan aspirasi masyarakat yang diwakilinya; mereka cepat memahami apa yang menjadi tuntutan publik, dan berusaha semaksimal mungkin memenuhinya; ia dapat menangkap masalah yang dihadapi publik dan berusaha untuk mencari solusinya; mereka tidak suka menunda-nunda waktu, memperpanjang jalur pelayanan, atau mengutamakan prosedur tetapi mengabaikan substansi.

Dengandemikianresponsivitaspemerintahsebagai salah satu perwujudan *good governance* harus mencakup seluruh kepentingan publik termasuk perlindungan anak. Setiap anak berhak untuk mendapatkan perlindungan, sebagaimana telah diatur dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Dalam bab III Undang-Undang

Perlindungan pasal 4 sampai 19 menjelaskan hak-hak anak sebagai berikut: hak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi, berhak atas suatu nama sebagai identitas diri, berhak untuk beribadah, berhak mengetahui orang tuanya, berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial, berhak memperoleh pendidikan, berhak menyatakan dan didengar pendapatnya, berhak beristirahat, berhak mendapatkan perlindungan hukum.

Dalam menghadapi dan menanggulangi masalah anak secara kompleksitas, berbagai perbuatan perlu ditangani secara lebih serius, sebagai proses untuk mengantisipasi perkembangan fisik, jiwa dan mental maupun kehidupan sosiologis yang lebih baik. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1979 tentang kesejahteraan anak mengatur mengenai hak-hak anak yang terdapat dalam Pasal 2 sebagai berikut: (1) Anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan dan bimbingan berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarganya maupun di dalam asuhan khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar; (2) Anak berhak atas pelayanan untuk mengembangkan kemampuan dan kehidupan sosialnya, sesuai dengan negara yang baik dan berguna; (3) Anak berhak atas pemeliharaan dan perlindungan, baik semasa dalam kandungan maupun sesudah dilahirkan; (4) Anak berhak atas perlindungan terhadap lingkungan hidup yang dapat membahayakan atau menghambat pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar.

Jelas dalam pasal tersebut mendorong perlu adanya perlindungan anak dalam rangka mengusahakan kesejahteraan anak dan perlakuan yang adil dalam rangka mengusahakan kesejahteraan anak dan perlakuan yang adil terhadap mereka. Hal ini penting demi kelangsungan kegiatan perlindungan anak dan mencegah penyelewengan yang membawa akibat negatif yang tidak diharapkan dalam upaya perlindungan anak. Dengan demikian, dituntut adanya suatu rasa tanggung jawab dalam pelaksanaan perlindungan anak dan juga rasa

keadilan yang dapat mempengaruhi kelangsungan kegiatan dalam upaya pelaksanaan perlindungan anak tersebut.

4. Tanggung Jawab Negara di Bidang Perlindungan Hak Anak

Menurut kamus Besar Bahasa Indonesia, operasionalisasi berasal dari kata operasional yang berarti bersangkutan paut dengan operasi. Sementara itu, operasionalisasi sendiri berarti pengoperasian.³⁴

Operasionalisasi pemerintah yang dimaksud disini adalah semua ketentuan yang berkaitan dengan pengoperasian tugas dan wewenang serta kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah (eksekutif) yang berkaitan dengan pemeliharaan dan perlindungan anak (khususnya anak terlantar) selaku tanggung jawabnya dalam mewujudkan kesejahteraan umum. Untuk itu pemerintah harus bertindak secara cermat dan sistemik serta mempunyai respon yang sangat tinggi dalam segala hal yang berkaitan dengan pemeliharaan dan perlindungan anak khususnya anak terlantar karena anak terlantar rentan terhadap perlakuan diskriminasi.

Sedangkan pemerintahan adalah berkenaan dengan sistem, fungsi, cara perbuatan, kegiatan, urusan atau tindakan memerintah yang dilakukan atau diselenggarakan atau dilaksanakan oleh 'pemerintah' dalam arti luas (semua lembaga Negara) maupun dalam arti sempit (presiden beserta jajaran atau aparturnya). Eksekutif adalah cabang kekuasaan Negara yang melaksanakan kebijakan publik (kenegaraan dan atau pemerintahan) melalui peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan oleh lembaga legislatif maupun atas inisiatif sendiri.

Menurut Wirjono Prodjodikoro pengertian "Pemerintah" dibagi dalam arti luas dan sempit. Pemerintah/pemerintahan dalam arti luas meliputi seluruh fungsi atau kenegaraan dalam

³⁴Tim Penyusun Kamus Bahasa Indonesia, *Kamus Besar Bahasa Indonesia (versi offline)*, diambil dari <http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/>, diakses tanggal 19 Mei 2011

negara Republik Indonesia selain fungsi eksekutif. Sedangkan pengertian pemerintah dalam arti sempit yaitu fungsi presiden saja (*eksekutif*), tidak termasuk fungsi lembaga-lembaga negara yang lain (*legislatif dan yudikatif*).³⁵

Pendapat lain dikemukakan oleh Kuntjoro Purbopranoto yang mengatakan bahwa pemerintah dalam arti sempit hanyalah badan pelaksana (*eksekutif; bestuur*), tidak termasuk badan pembentuk undang-undang (*regelgeven*), peradilan (*rechtspraak*) dan kepolisian (*politie*). Pendapat ini mengacu pada “teori residu” dari Van Vollenhoven tentang ruang lingkup kekuasaan pemerintahan dalam arti luas yang meliputi kekuasaan dalam ajaran *catur praja*, yaitu: (1) *regelgeven*, (2) *eksekutif; bestuur*, (3) *rechtspraak*, (4) *politie*.³⁶

Ruang lingkup tanggung jawab pemerintah dipengaruhi oleh karakteristik tugas yang dibebankan kepadanya. Tugas pemerintah adalah mengikuti tugas negara yaitu, menyelenggarakan sebagian tugas negara sebagai organisasi kekuasaan. Tugas pemerintah, menurut Mac Iver dapat digolongkan menjadi tiga yaitu: (1) *cultural function*, (2) *general welfare function*, (3) *economic control function*.³⁷ Di Indonesia tugas pemerintah harus sesuai dengan tujuan dibentuknya pemerintah Indonesia menurut pembukaan UUD 1945 adalah: “..... melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan....”.

Dalam rangka menjalankan tugas sesuai tujuan negara tersebut, pemerintah sebagai salah satu penyelenggara harus diberikan kewenangan yang tepat dan jelas maksud dan tujuannya. Menurut S.F. Marbun, sifat wewenang pemerintahan

³⁵Lutfi Effendi, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, (Malang: Bay - media Publishing, 2004), hlm. 37-38

³⁶Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, (PT Alumni, Bandung: 1985), hlm. 40-41.

³⁷Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, (PT. Alumni, Bandung: 2004), hlm. 30.

yang jelas maksud dan tujuannya itu terikat pada waktu tertentu dan tunduk pada batasan-batasan hukum tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Sedangkan isinya dapat bersifat umum (abstrak) misalnya membuat suatu peraturan dan dapat pula konkrit dalam bentuk keputusan pemberian izin atau suatu rencana.³⁸

Upaya yang dapat dilakukan untuk meningkatkan penyeleng-garaan pemerintahan adalah antara lain dengan mengefektifkan pengawasan baik melalui pengawasan lembaga peradilan maupun masyarakat serta berdasarkan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Pelaksanaan pemerintahan yang baik pada gilirannya juga akan membuat masyarakat memperoleh dan merasakan ketentraman lahir batin, berupa: (a) Kelangsungan hidup dan pelaksanaan hak tidak tergantung pada kekuatan fisik dan non fisik; (b) Sepanjang tidak melanggar hak dan merugikan orang lain maka masyarakat dapat secara bebas menjalankan apa yang diyakininya sebagai kebenaran, serta dapat secara bebas pula mengembangkan bakat dan kesenangannya; (c) Merasakan di-perlakukan secara wajar, berperikemanusiaan, adil dan beradab sekalipun melakukan kesalahan.³⁹

Pemerintah sebagai pemimpin negara mempunyai tugas utama untuk memajukan kesejahteraan rakyat, dalam rangka itu berhak dan berwajib memungut pajak kepada warganya sesuai dengan kemampuan masing-masing. Sebaliknya pemerintah wajib menjamin agar setiap warganya mencapai kesejahteraan dasar atau taraf hidup minimum yang layak bagi kemanusiaan.

Dalam Pasal 34 Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 menyebutkan: “Fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara”. Ini menunjukkan betapa tinggi hasrat dan

³⁸Ibid, hlm.154

³⁹Winahyu Erwiningsih, *Peranan Hukum dalam Pertanggung-Jawaban Perbuatan Pemerintahan (Bestuurshandeling) Suatu kajian dalam Kebijakan Pembangunan Hukum*, Jurisprudence, Vol. 1, No. 2, September 2004, hlm. 140

martabat bangsa Indonesia untuk memajukan bangsanya, demi mewujudkan kesejahteraan rakyat yang merata di semua lapisan masyarakat. Hak-hak asasi anak terlantar, pada hakekatnya sama dengan hak-hak asasi manusia pada umumnya, seperti halnya tercantum dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan Keputusan Presiden RI Nomor 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan *Convention on the Right of the Child* (Konvensi tentang hak-hak Anak). Mereka perlu mendapatkan hak-haknya secara normal sebagaimana layaknya anak, yaitu hak sipil dan kemerdekaan (*civil right and freedoms*), lingkungan keluarga dan pilihan pemeliharaan (*family environment and alternative care*), kesehatan dasar dan kesejahteraan (*basic health and welfare*), pendidikan, rekreasi dan budaya (*education, laisure and culture activities*), dan perlindungan khusus (*special protection*). Konvensi hak anak-anak yang dicetuskan oleh PBB (*Convention on the Rights of the Child*), sebagaimana telah diratifikasi dengan Keppres Nomor 36 Tahun 1990, menyatakan, bahwa karena belum matangnya fisik dan mental anak-anak, maka mereka memerlukan perhatian dan perlindungan.

Anak terlantar sendiri pada umumnya merupakan anak-anak yang berasal dari latar belakang keluarga yang berbeda. Ada yang berasal dari keluarga tidak mampu, sehingga mereka tumbuh dan berkembang dengan latar belakang kehidupan jalanan yang akrab dengan kemiskinan, penganiayaan, dan hilangnya kasih sayang, sehingga memberatkan jiwa dan membuatnya berperilaku negatif. Bahkan yang lebih miris lagi adalah ada anak terlantar yang tidak memiliki sama sekali keluarga (hidup sebatang kara).

Ada anak terlantar yang ibunya tinggal di kota yang berbeda dengan tempat tinggal ayahnya karena pekerjaan, menikah lagi, atau cerai. Ada anak jalan yang masih tinggal bersama keluarga, ada yang tinggal terpisah tetapi masih sering pulang ke tempat keluarga, ada yang sama sekali tak pernah tinggal bersama keluarganya atau bahkan ada anak

yang tak mengenal keluarganya.

Selain itu kegiatan pembangunan yang pesat di perkotaan juga ternyata memberikan efek negatif terhadap kehidupan anak terlantar. Keadaan kota justru mengundang maraknya anak terlantar. Kota yang padat penduduknya dan banyak keluarga bermasalah membuat anak yang kurang gizi, kurang perhatian, kurang pendidikan, kurang kasih sayang dan kehangatan jiwa, serta kehilangan hak untuk bermain, bergembira, bermasyarakat, dan hidup merdeka, atau bahkan mengakibatkan anak-anak dianiaya batin, fisik, dan seksual oleh keluarga, teman, orang lain lebih dewasa.

Anak terlantar, pada hakikatnya, adalah “anak-anak”, sama dengan anak-anak lainnya yang bukan anak terlantar. Mereka membutuhkan pendidikan. Pemenuhan pendidikan itu haruslah memperhatikan aspek perkembangan fisik dan mental mereka. Sebab, anak bukanlah orang dewasa yang berukuran kecil. Anak mempunyai dunianya sendiri dan berbeda dengan orang dewasa. Kita tak cukup memberinya makan dan minum saja, atau hanya melindunginya di sebuah rumah, karena anak membutuhkan kasih sayang. Kasih sayang adalah fundamen pendidikan. Tanpa kasih, pendidikan ideal tak mungkin dijalankan.

Masalah paling mendasar yang dialami oleh anak terlantar adalah kecilnya kemungkinan untuk mendapatkan kesempatan di bidang pendidikan yang layak. Menurut pengamatan, hal ini disebabkan karena beberapa faktor yaitu: (1) Ketiadaan biaya; sebagian besar anak terlantar berasal dari keluarga dengan strata ekonomi yang sangat rendah, sehingga biaya pendidikan yang seharusnya disediakan oleh keluarga tidak tersedia sama sekali; (2) Keterbatasan waktu; untuk memenuhi kebutuhan hidup sehari-hari, sebagian besar anak terlantar bekerja secara serabutan untuk mendapatkan penghasilan, bahkan ada juga yang berusaha untuk mendapatkan penghasilan dari cara-cara yang kurang pantas seperti mengemis, mencuri, mencopet dan lain- lain.

Sehingga waktu mereka sehari-hari banyak tersita di tempat pekerjaan, jalanan, tempat-tempat kumuh dan lain-lain; (3) Rendahnya kemauan untuk belajar; kondisi ini disebabkan oleh keadaan lingkungan di sekitarnya (teman-teman) yang didominasi oleh anak-anak yang tidak bersekolah (putus sekolah), sehingga menyebabkan adanya perspektif dalam diri anak terlantar bahwa tidak mendapatkan pendidikan yang formal bukanlah suatu hal yang perlu dicemaskan; (4) Apatisme terhadap pendidikan, kemampuan mereka untuk menghasilkan uang dalam waktu yang singkat menyebabkan mereka apatis terhadap pendidikan. Sangat disayangkan sebenarnya, karena tidak selamanya mereka harus ada di jalan untuk mengais rejeki, dan pada saat nanti mereka memutuskan untuk keluar dari lingkungan anak jalanan maka modal pendidikan sangat diperlukan; (5) Tidak berjalannya fungsi kontrol oleh keluarga, masyarakat dan pemerintah; kondisi ini disebabkan karena masing-masing disibukkan dengan aktifitasnya masing-masing

Disamping masalah pendidikan diatas, masalah yang tidak kalah pentingnya yang dialami anak terlantar adalah masalah kesehatan. Karena tempat yang mereka tempati adalah sembarang tempat yang tidak layak dihuni, sehingga kalau malam mereka merasa kedinginan, sementara kalau siang mereka kepanasan. Seperti yang kita ketahui bersama salah satu faktor penyebab anak menjadi terlantar adalah kemiskinan. Kemiskinan itu adalah potret sebuah kegagalan bangsa dalam mensejahterakan warganya.

Berdasarkan kondisi anak terlantar yang telah dipaparkan di atas, maka permasalahan yang dialami oleh anak terlantar diantaranya dapat dirumuskan sebagai berikut: (1) Anak terlantar turun ke jalan karena adanya desakan ekonomi keluarga; (2) Rendahnya pendidikan orang tua anak terlantar; (3) Belum adanya payung kebijakan mengenai anak yang turun ke jalanan; (4) Belum optimalnya sosial kontrol di dalam masyarakat; (5) Belum berperannya lembaga-

lembaga organisasi sosial; (6) Lingkungan sosial tempat anak terlantar tinggal tidak mendukung mereka dari sisi mental psikologis untuk masuk ke sekolah formal; (7) Kurangnya apresiasi masyarakat terhadap potensi dan kreatifitas dari anak terlantar.

Pemerintah sebagai salah satu organ penyelenggara negara mempunyai tanggung jawab terhadap pemeliharaan dan pembinaan anak-anak terlantar. Kewajiban dan tanggung jawab Negara dan Pemerintah dalam memberikan perlindungan terhadap anak dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, diantaranya:

Pasal 21

Negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggung jawab menghormati dan menjamin hak asasi setiap anak tanpa membedakan suku, agama, ras, golongan, jenis kelamin, etnik, budaya dan bahasa, status hukum anak, urutan kelahiran anak, dan kondisi fisik dan/atau mental.

Pasal 22

Negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggung jawab memberikan dukungan sarana dan prasarana dalam penyelenggaraan perlindungan anak.

Pasal 23

Negara dan pemerintah menjamin perlindungan, pemeliharaan, dan kesejahteraan anak dengan memperhatikan hak dan kewajiban orang tua, wali, atau orang lain yang secara hukum bertanggung jawab terhadap anak.

Negara dan pemerintah mengawasi penyelenggaraan perlindungan anak.

Pasal 24

Negara dan pemerintah menjamin anak untuk mempergunakan haknya dalam menyampaikan pendapat sesuai dengan usia dan tingkat kecerdasan anak.

Berdasarkan beberapa pasal diatas, jelas bahwa Pemerintah sebagai organ penyelenggara negara harus mampu mengemban amanat pasal ini dan harus siap mengatasi segala

permasalahan dengan sebuah strategi-stetegi dan kebijakan yang jitu sehingga dapat diimplementasikan dengan mudah. Tugas pemerintah adalah harus memberikan perlindungan dan pemeliharaan terhadap anak terlantar karena ini adalah merupakan tanggung jawabnya.

Akan tetapi masalah perlindungan dan pemeliharaan anak khususnya anak terlantar, bukan semata-mata tanggung jawab negara dan pemerintah saja, melainkan tanggung jawab kita bersama. Pasal 20 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menentukan bahwa “negara, pemerintah, masyarakat, keluarga, dan orang tua berkewajiban dan bertanggungjawab terhadap penyelenggaraan perlindungan anak.

Pasal 25 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak mengatur tentang Kewajiban dan tanggung jawab masyarakat terhadap perlindungan anak dilaksanakan melalui kegiatan peran masyarakat dalam penyelenggaraan perlindungan anak.

Sementara Pasal 26 ayat (1) mengatur kewajiban dan tanggung jawab orang tua untuk:

Mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi anak; (b) Menumbuhkembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat, dan minatnya; dan (c) Mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak. Sedangkan Pasal 26 ayat (2) berbunyi “dalam hal orang tua tidak ada, atau tidak diketahui keberadaannya, atau karena suatu sebab, tidak dapat melaksanakan kewajiban dan tanggung jawabnya, maka kewajiban dan tanggung jawab sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat beralih kepada keluarga, yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan yang berlaku”.

Jadi yang mengusahakan perlindungan anak adalah setiap anggota masyarakat sesuai dengan kemampuannya dengan berbagai macam usaha dalam situasi dan kondisi tertentu. Setiap warga negara ikut bertanggungjawab terhadap dilaksanakannya perlindungan anak demi kesejahteraan anak. Kebahagiaan anak merupakan kebahagiaan bersama, kebahagiaan yang dilindungi adalah kebahagiaan yang

melindungi. Tidak ada keresahan pada anak, karena perlindungan anak dilaksanakan dengan baik dan anak menjadi sejahtera. Kesejahteraan anak mempunyai pengaruh positif terhadap orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan negara. Perlindungan anak bermanfaat bagi anak dan orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan negara. Koordinasi kerjasama kegiatan perlindungan anak perlu dilakukan dalam rangka mencegah ketidakseimbangan kegiatan perlindungan anak secara keseluruhan.⁴⁰

5. Faktor-Faktor Yang Menghambat Kurang Terealisasi Tanggung Jawab Negara Terhadap Anak Terlantar Dalam Operasionalisasi Pemerintah Dibidang Perlindungan Hak Anak

Kesejahteraan anak menjadi bagian penting dari pembangunan kesejahteraan sosial. Anak sebagai generasi penerus bangsa perlu dipersiapkan sejak awal agar tujuan anak sebagai pemilik era masa datang dapat tercapai. Berbagai upaya telah dilakukan, mulai dari legalitas tingkat global sampai tingkat nasional. Bahkan Indonesia telah memiliki Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak. Ratifikasi Konvensi Hak Anak (KHA) melalui Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990, telah melahirkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak dan berbagai peraturan perundang-undangan di bawahnya, yang bertujuan untuk mengupayakan tingkat kesejahteraan dan perlindungan anak seoptimal mungkin. Implikasinya adalah berbagai elemen seperti LSM, Orsos, Dunia Usaha dan pemerintah berupaya merealisasikannya dalam berbagai kegiatan. Pemerintah melakukan berbagai aksi, juga memfasilitasi pembentukan Komite Aksi Nasional, Gugus Tugas, Komisi Nasional Perlindungan Anak, Lembaga Perlindungan Anak di daerah yang melibatkan berbagai

⁴⁰Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Sistem per - dilan Pidana Anak Indonesia*, (Refika Aditama, Bandung: 2008), hlm. 38.

instansi pemerintahan dan elemen masyarakat. Departemen Sosial melalui Direktorat Pelayanan Sosial Anak yang telah lama dan berpengalaman dalam membina dan memfasilitasi pelayanan sosial anak baik dalam maupun luar panti, serta kegiatan-kegiatan lainnya yang tidak kalah gencarnya dengan kegiatan lembaga non pemerintahan lainnya.

Pada kenyataannya, kemampuan pemerintah tidak sebanding dengan meningkatnya permasalahan anak, baik secara kuantitas maupun kualitas. Jumlah anak terlantar, termasuk anak jalanan cenderung semakin meningkat, seiring dengan permasalahan kemiskinan yang belum dapat diatasi. Berdasarkan data Pusdatin Kementerian Sosial (Juni 2010) menunjukkan jumlah anak terlantar sebanyak 4,5 juta jiwa. Permasalahan anak tidak terlepas dari berbagai permasalahan yang dihadapi Indonesia, terutama masalah kemiskinan. Upaya penanganan yang dilakukan pemerintah tidak sebanding dengan besaran permasalahan anak, sehingga peran aktif masyarakat sangat diperlukan.

Ada beberapa kendala yang sering terjadi dalam perlindungan Hak-hak Anak Indonesia khususnya terhadap anak telantar, diantaranya adalah:⁴¹ (a) Pelaksanaan penegakan hukum itu sendiri, hal ini menyangkut kemampuan aparat penegak hukumnya, sarana dan prasarana penunjangnya; (b) Program pemerintah belum seluruhnya dapat diwujudkan secara efektif mengingat tingkat kemampuan ekonomi sebagian besar masyarakat Indonesia masih rendah; (c) Kurangnya pengetahuan masyarakat terutama orang tua tentang Hak Anak; (d) Kurangnya pemahaman dan instansi terkait dan masyarakat tentang ketentuan-ketentuan dalam Konvensi Hak Anak Internasional; (e) Kurangnya tenaga terdidik dan profesional dalam menangani masalah anak; (f) Koordinasi antarorganisasi sosial dan pernerintah maupun antar organisasi sosial relatif kurang; (h) Kerja sama lintas

⁴¹Darwan Prist, *Hukum Anak Indonesia*, (Citra Aditya Bakti, Bandung: 2003), hlm. 140-14

sektoral dan internasional kurang terjalin dengan baik.

Dengan demikian, faktor-faktor yang mempengaruhi pene-gakan hak-hak anak dapat diklasifikasikan menjadi:⁴² *Pertama*, faktor eksternal, yaitu menyangkut *political will* dari pemerintah untuk menyusun dan melaksanakan program pembangunan yang berwawasan anak; *Kedua*, faktor internal, yaitu yang meliputi:

Peraturan hukumnya, yang dalam hal ini sangat berkaitan dengan bagaimana proses sebuah peraturan hukum itu dibentuk, yang antara lain mencakup: (i) *Cara pembentukan dan syarat yuridis pembentukannya bagaimana?* (ii) *Materi hukum tersebut apakah telah sesuai dengan semangat, nilai, asas, dan kaidah hukumnya?* (iii) *Peraturan pelaksanaar, yang dikehendaki apakah sudah dipersiapkan untuk menghindari kekosongan hukum?* (2) Aparat penegak hukumnya, yaitu aparat kepolisian, kejaksaan, kehakiman dan pengacara yang terlibat langsung dalam proses penegakan hukum, apakah mereka sudah memahami dengan baik tentang Serta apakah mereka mampu untuk menegakkannya? (3) Budaya hukum masyarakatnya, adalah struktur soal serta pandangan kultural yang menyangkut keyakinan masyarakat pada hukum dan penegakannya; (4) Masyarakat hukum itu sendiri, yaitu masyarakat di tempat bergerakanya hukum dalam kehidupan sehari-hari menyangkut kepedulian masyarakat dan kepatuhan masyarakat terhadap penegakan hukum.

Beberapa upaya yang dilakukan dalam rangka meningkatkan kesejahteraan anak terlantar, diantaranya adalah:⁴³

a. Bebaskan biaya pendidikan bagi anak terlantar dan keluarga miskin. Penyebab utama kurangnya kesempatan bagi anak terlantar untuk bersekolah adalah karena sebagian besar dari anak terlantar berasal dari

⁴²Ibid, hlm. 141-142

⁴³Yudi Harisman, Anak Terlantar: Generasi Harapan Bangsa Yang Terlup - kan, diakses dari www.forester.com, Tanggal 29 Maret 2011

keluarga miskin. Sehingga dampak dari kemiskinan inilah yang memaksa orang tua mereka untuk turut serta memberdayakan anak-anaknya yang sebenarnya masih dalam usia wajib belajar untuk bekerja agar dapat membantu menopang perekonomian keluarga. Selain itu kemiskinan juga menyebabkan pola pikir orang tua dan anak hanya berfokus pada menjadi pemenuhan kebutuhan jangka pendek saja (makan dan minum), tanpa memperhatikan betapa pentingnya faktor pendidikan dalam mengarungi kehidupan di masa yang akan datang, terutama kehidupan yang akan dilalui oleh anak-anaknya.

b. Perbanyak akses untuk mendapatkan beasiswa. Pada dasarnya beasiswa dapat diberikan karena terpenuhinya seluruh atau salah satu persyaratan sebagai berikut: (i) *Siswa berprestasi dari keluarga mampu (beasiswa prestasi)*; (ii) *Siswa berprestasi dari keluarga tidak mampu (beasiswa prestasi dan kondisi)*;

(iii) *Siswa berprestasi rata-rata dari keluarga tidak mampu (beasiswa kondisi)*. Umumnya kriteria pemberian beasiswa ini ditentukan oleh pihak pemberi beasiswa (pemerintah, sponsor dan swasta) yang harus dipenuhi oleh siswa. Namun yang paling sering dilupakan oleh pihak pemberi beasiswa adalah beasiswa pada kriteria nomor tiga, yaitu pemberian beasiswa bagi siswa dengan prestasi rata-rata namun dari keluarga tidak mampu.

c. Tingkatkan Peran Serta Masyarakat, seperti:

1. *Tokoh Agama.* Partisipasi tokoh agama sangat berperan dalam pengentasan anak terlantar. Sesungguhnya Islam memiliki konsep pembinaan keluarga. Islam juga mengajarkan betapa besar tanggungjawab orang tua dalam mendidik anak.
2. *Tokoh Akademisi.* Dalam pandangan akademisi penanganan anak terlantar baik yang dilakukan pemerintah maupun pemerintah belum memperhatikan akar persoalan sesungguhnya,

program-program yang dilakukan bersifat parsial bahkan tumpang tindih, hampir semua Departemen mempunyai program untuk pengentasan anak terlantar tetapi tidak didasari oleh satu jaringan kerjasama yang terkoordinir dengan baik.

LSM (Lembaga Swadaya Masyarakat). Pendekatan yang dilakukan oleh LSM untuk menangani permasalahan anak terlantar, khususnya anak jalanan, antara lain:⁴⁴ (1) *Street Based*. Pendekatan ini merupakan penanganan di jalan atau di tempat-tempat anak jalanan berada, kemudian para *street education* datang melakukan dialog, mendampingi mereka bekerja, memahami, dan menerima situasinya serta menempatkan diri sebagai teman; (2) *Centre Based*. Pendekatan ini merupakan penanganan di lembaga atau panti. Anak-anak yang masuk dalam program ini ditampung dan diberikan pelayanan di lembaga atau panti, seperti pada malam hari diberikan makanan dan perlindungan, serta perlakuan yang hangat dan bersahabat dari pekerja sosial. Pada panti yang permanen disediakan pelayanan pendidikan, keterampilan, kebutuhan dasar, kesehatan kesenian, dan pekerjaan. Dalam penanganan di lembaga atau panti ini terdapat beberapa jenis atau model penampungan, yakni penampungan yang bersifat sementara (*drop in centre*) dan penampungan yang bersifat tetap (*residential centre*). Untuk anak jalanan yang masih bolak-balik ke jalan biasanya dimasukkan ke dalam *drop in centre*, sedangkan untuk anak-anak yang sudah benar-benar meninggalkan jalanan akan ditempatkan di *residential centre*; (3) *Cummunity Based*. Dalam *Cummunity Based*, penanganan melibatkan seluruh potensi masyarakat terutama keluarga atau orang tua anak jalanan. Pendekatan ini bersifat preventif, yakni mencegah anak-anak turun ke jalan. Keluarga diberikan kegiatan penyuluhan pengasuhan anak dan peningkatan taraf hidup, sementara anak diberi kesempatan

⁴⁴Lihat Rosdalina, Aspek Keperdataan Perlindungan Hukum terhadap Anak Jalanan, Jurnal Iqra' Volume 4 Juli - Desember 2007, hlm. 77.

memperoleh pendidikan formal maupun informal, pengisian waktu luang dan kegiatan lainnya. Pendekatan ini bertujuan meningkatkan kemampuan keluarga dan masyarakat agar sanggup melindungi, mengasuh, dan memenuhi kebutuhan anak-anaknya.

Panti Asuhan. Keberadaan panti asuhan sebagai lembaga sosial, menjadi salah satu jawaban terhadap masalah yang dialami anak terlantar. Di panti asuhan, seorang anak bisa mendapatkan dunianya kembali melalui program-program yang diselenggarakan disana. Bahkan si anak bisa mengakses pendidikan, yang menjadi barang mahal bagi keluarga si anak sebelumnya. Tapi Sayangnya, panti-panti asuhan yang ada tidak semuanya milik pemerintah dengan keterjaminan dana. Hal ini karena jumlah anak yang meminta perhatian, lebih dari kemampuan jangkauan panti-panti asuhan milik pemerintah.

Orang Tua Asuh. Sistem orangtua asuh bisa jadi menjadi salah satu jawaban. Bedanya system ini lebih membutuhkan inisiatif pribadi si orangtua asuh. Konsekuensinya pelayanan terhadap anak akan lebih maksimal karena biasanya si orangtua keadaannya lebih mapan. Bahkan kalau dihitung ongkos efisien per orang, angkanya jauh lebih besar daripada di panti asuhan.

Payung hukum bagi program penanganan anak terlantar dan anak jalanan. Untuk memberikan payung hukum penanganan anak terlantar dan anak jalanan perlu diterbitkan Peraturan Pemerintah dan Peraturan Daerah (Perda) sebagai implementasi Undang-undang tentang penggelandangan, yang mengatur teknis pelaksanaan, koordinasi, monitoring dan evaluasi penanganan anak terlantar dan anak jalanan serta tanggung jawab keluarga dan masyarakat. Dengan adanya PP atau Perda maka diharapkan program peningkatan pendidikan, kesehatan dan keajahteraan anak terlantar dapat berjalan secara efektif dan efisien, transparan dan akuntabel.

Pemberdayaan instansi terkait. Sebenarnya sudah ada instansi terkait yang disertai tugas dan tanggung jawab untuk

menangani permasalahan anak terlantar ini. Namun dalam praktiknya di lapangan penanganan anak terlantar khususnya sektor pendidikan tidak hanya memerlukan program yang efektif dan efisien, tetapi juga memerlukan biaya yang sangat besar. Sehingga untuk lebih memberdayakan Departemen Sosial dan Dinas Sosial dalam menangani masalah anak terlantar, maka pemerintah perlu memberikan kewenangan yang lebih besar lagi bagi instansi terkait dan alokasi dana yang mencukupi untuk program tersebut.

Kurangnya terealisasinya tanggung jawab negara terhadap anak terlantar dalam operasionalisasi pemerintah antara lain disebabkan karena belum melembaganya konsep *good governance* dalam sistem pemerintahan, tidak ada keinginan yang kuat dari pemerintah untuk memelihara anak terlantar. Disamping itu juga ada kendala yang sering terjadi dalam perlindungan Hak-Hak Anak Indonesia khususnya terhadap anak telantar, diantaranya adalah: Pelaksanaan penegakan hukum itu sendiri, hal ini menyangkut kemampuan aparat penegak hukumnya, sarana dan prasarana penunjangnya, Program pemerintah belum seluruhnya dapat diwujudkan secara efektif mengingat tingkat kemampuan ekonomi sebagian besar masyarakat Indonesia masih rendah, Kurangnya pengetahuan masyarakat terutama orang tua tentang hak anak, Kurangnya pemahaman dari instansi terkait dan masyarakat tentang ketentuan-ketentuan dalam Konvensi Hak Anak Internasional, Koordinasi antarorganisasi sosial dan pernerintah maupun antar organisasi sosial relatif kurang dan Kerja sama lintas sektoral dan internasional kurang terjalin dengan baik.

H. Anak Luar Nikah dalam Putusan Mahkamah Konstitusi

1. Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010

Dalam kehidupan manusia akan mengalami tiga peristiwa penting yaitu pertama kelahiran anak dan yang kedua adalah perkawinan serta yang ketiga adalah kematian

seseorang, namun ada manusia yang mengalami dua peristiwa hidup yaitu kelahiran anak dan kematian seseorang, namun ini jarang yang terjadi dalam kehidupan masyarakat, tapi yang banyak terjadi dalam masyarakat, yang banyak terjadi dalam kehidupan masyarakat akan mengalami tiga kali peristiwa dalam kehidupan manusia yaitu kelahiran, perkawinan dan kematian. Ketiga peristiwa hukum ini, berbeda satu sama lainnya, baik kualitas maupun teknisnya.

Kalau kita berbicara masalah perbuatan hukum perkawinan maka perkawinan merupakan kelangsungan hidup untuk men-dapatkan keturunan, kebahagiaan hidup dalam rumah tangga dan mendapatkan keturunan guna melanjutkan ketunggalan leluhur yang di inginkan agar dirinya tidak menjadi punah atau ada yang melanjutkan garis keturunan, agar keadaan hidup dirinya akan lebih menjadi tentram ,mengingat dengan mempunyai keturunan merasa seseorang akan lebih menjadi terjamin di hari tuanya oleh karena itu untuk mendapatkan keturunan tersebut dengan melakukan perkawinan secara sah. Perkawinan yang menghasilkan keturunan yang pasti dan terjamin.

Dalam kehidupan manusia sejak dari dulu sampai sekarang maka perkawinan yang dilakukan merupakan suatu peristiwa yang sangat penting dalam kehidupan manusia, oleh karena itu dengan melakukan perkawinan yang sah akan memperoleh keturunan atau anak anak yang sah pula, sebab dengan perkawinan antara seorang pria dengan seorang wanita mempunyai keinginan untuk mempunyai anak-anak yang dilahirkan menjadi anak yang yang tidak ada masalah sah pula, berbeda kalau terjadi perkawinan yang tidak sah atau antara seorang pria dengan seorang wanita yang tidak diikat dengan perkawinan dan melahirkan anak atau keturunan maka anak yang lahir dinamakan menjadi anak yang tidak sah atau mendapat keturunan yang tidak sah pula.

Perkawinan yang merupakan perbuatan yang suci yaitu suatu perikatan antara seorang laki laki dengan seorang

perempuan untuk membentuk kehidupan rumah tangga yang bahagia dan kekal yang didasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, dengan perkawinan tersebut maka lahirlah anak anak yang sah, dengan kelahiran anak anak tersebut menjadi harapan orang tuanya, dengan demikian kehidupan orang tua akan menjadi lebih tenang, berbeda dengan seorang wanita dengan seorang pria yang melakukan perkawinan secara tidak sah atau melakukan perkawinan yang tidak dicatatkan pada kantor pencatat perkawinan maka perkawinan yang demikian juga tidak sah kalau perkawinan yang tidak sah maka anak anak yang dilahirkannya juga menjadi anak anak yang tidak sah pula atau kalau dicarikan akta kelahiran maka akta kelahiran hanya menyebutkan nama ibunya dan tidak menyebutkan nama ayahnya.

Di Indonesia menganut hukum formal yaitu dalam Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam Pasal 42 yang menyatakan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah dan dalam 43 ayat 1 dinyatakan bahwa anak dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Dalam hal seorang anak yang dilahirkan diluar perkawinan akan memperoleh status hanya dengan ibunya yang melahirkan dan dengan keluarga ibunya yang melahirkan anak tersebut, sehingga status dari ayah tidak disebutkan maka dengan demikian apakah anak yang tidak menyebutkan ayahnya bagaimana kalau ayahnya memang mengakui bahwa ia adalah secara biologis anak dari ayahnya meskipun tidak didahului dengan perkawinan kedua orang tuanya, apakah dengan pengakuan tersebut tetap menjadi anak yang sah dan anak tersebut akan mempunyai ayah. Maka dari uraian latar belakang tersebut di atas penulis tertarik membahas tentang bagaimana kedudukan anak yang lahir diluar nikah, apakah dapat berubah menjadi bahwa anak yang sah artinya anak yang lahir yang status hukumnya memiliki ayah.

2. Kedudukan Anak luar Nikah

Pasal 250 KUHPerdara menyatakan bahwa “tiap tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan memperoleh si suami sebagai bapaknya, maka sahnyanya anah yang dianggap lahir dari perkawinan yang sah antara ayah dan ibu. Dalam Pasal 251 KUHPerdara dinyatakan bahwa keabsahan seorang anak yang dilahirkan sebelum hari ke seratus delapan puluh dalam perkawinan suami dan isteri, dapat diingkari oleh si suami, namun pengingkaran ini tidak boleh dilakukan dalam hal hal sebagai berikut :

- a. Jika si suami sebelum perkawinan telah mengetahui akan mengandungnya si isteri.
- b. Jika telah ikut hadir tatkala akta kelahiran dibuat dan akta itupun telah ditanda tangannya atau memuat pernyataan darinya bahwa tak dapat menanda tangannya
- c. Jika anak tak hidup tatkala ia dilahirkan.

Dalam Pasal 255 KUHPerdara dinyatakan bahwa anak yang dilahirkan tiga ratus hari setelah perkawinan dibubarkan adalah anak yang tidak sah. maka anak yang dilahirkan sebelum tiga ratus hari setelah perkawinan bubar, anak tersebut menjadi anak yang sah dari ibu yang melahirkan anak dan mantan suami ibu yang melahirkan anak tersebut dan kalau alasan bercerai antara suami dan isteri tersebut karena si isteri telah melakukan perbuatan zina dengan laki laki lain yang bukan suaminya dan isteri tersebut telah mengakui dan si suami tersebut telah menolak kehadiran anak yang dilahirkan oleh isterinya untuk menjadi anak suaminya atau penolakan anak yang dilahirkan oleh isterinya.

Dalam Pasal 261 KUHPerdara keturunan anak anak yang sah dapat dibuktikan dengan akta kelahiran mereka, sekedar telah dibukukan dalam register catatan sipil. Dalam Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dalam Pasal 42 dinyatakan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.

Dari ketentuan tersebut di atas ada dua kemungkinan

sahnya anak yaitu :

- a. Anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah adalah anak yang lahir dimana kedua orang tua masih dalam ikatan perkawinan dalam hal ini adalah jelas apabila seorang ibu yang melahirkan anak dan kedua orang tua yaitu ayah dan ibunya yang melahirkan masih dalam ikatan perkawinan sebagai suami dan isteri maka anak tersebut tetap dalam status anak yang sah karena perkawinan kedua orang tua masih dalam status perkawinan yang sah, kalau perkawinan kedua orang tersebut tidak sah maka anak yang dilahirkan juga menjadi anak luar kawin
- b. Anak yang lahir sebagai akibat perkawinan yang sah adalah anak yang lahir dari seorang ibu yang telah putus perkawinan dengan mantan suami atau anak yang dilahirkan oleh seorang ibu yang telah ditinggal mati oleh suami dimana si ibu dalam keadaan mengandung maka anak tersebut mempunyai hubungan nazab dengan almarhum ayahnya jadi dengan demikian ibu yang melahirkan anak tersebut masih dalam masa waktu tunggu atau dalam masa iddah Karena masa waktu tunggu disebutkan dalam Pasal 39 ayat 1 huruf c Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 menyatakan apabila perkawinan putus sedang janda tersebut dalam keadaan hamil, waktu tunggu ditetapkan sampai melahirkan, anak tersebut lahir meskipun ayah sudah meninggal atau sudah bercerai dengan ibu yang melahirkan, maka anak yang lahir tersebut tetap menjadi anak yang sah, jadi dengan demikian anak yang lahir tersebut tetap mempunyai ayah, dalam akta kelahiran tetap menyebutkan nama ayah

Dalam Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 99 dinyatakan bahwa anak yang sah adalah:

- a. Anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.
- b. Hasil perbuatan suami isteri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri Dengan demikian kalau terjadi

perkawinan sah maka anak yang dilahirkandari perkawinan tersebut tetap menjadi anak yang sah dari perkawinan yang sah pula.

Dalam pasal 99 ayat (2) dinyatakan hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut yaitu perbuatan suami isteri dalam perkawinan yang sah dan meskipun terjadi diluar rahim dari seorang isterinya akan melahirkan anak yang sah. Dalam Pasal 103 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam dinyatakan asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran atau alat bukti lainnya . Sedangkan dalam Pasal 53 Kompilasi Hukum Islam dalam ayat (1) dinyatakan seorang wanita hamil diluar nikah dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya dan dalam ayat (2) Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dilangsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya dan pada ayat (3) dengan dilangsungkan perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandungnya lahir.

Dalam KHI pasal 153 ayat 2 huruf c dan d disebutkan bahwa apabila perkawinan putus karena perceraian sedang janda tersebut dalam keadaan hamil, waktu tunggu ditetapkan sampai melahirkan dan apabila perkawinan putus karena kematian suami sedang janda dalam keadaan hamil waktu tunggu ditetapkan sampai melahirkan

3. Hubungan hukum anak sah dengan orang tua

Dalam Pasal 45 Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 dinyatakan bahwa :

- a. Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak anak mereka sebaik baiknya
- b. Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri kewajiban mana kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang putus.

Anak wajib menghormati orang tua dan mentaati kehendak mereka yang baik, jika anak telah dewasa ia wajib memelihara

menurut kemampuannya orang tua dan keluarga dalam garis lurus ke atas bila mereka tidak memerlukan bantuannya. Anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut dari kekuasaannya, orang tua mewakili anak tersebut mengenai mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan. Orang tua tidak diperbolehkan memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, kecuali apabila kepentingan anak menghendakinya.

4. Anak tidak sah atau anak luar kawin berbeda dengan anak zina

Mengenai anak yang lahir diluar nikah adalah kelahiran seorang anak yang tidak didahului dengan perkawinan orang tuanya atau tidak sebagai akibat dari perkawinan orang tuanya yang melahirkan anak, dengan kata lain anak yang lahir dari seorang wanita yang tidak dalam ikatan perkawinan atau anak yang dilahirkan dari seorang wanita yang tidak bersuami kecuali wanita tersebut masih dalam waktu tunggu atau masih menjalani masa iddah.

Sedangkan dalam KUHPerdara mengenai anak yang lahir diluar perkawinan adalah anak yang dilahirkan dari seorang perempuan yang tidak dalam ikatan perkawinan berbeda dengan anak zina adalah anak yang lahir dari seorang wanita tetapi laki-laki yang menghamili wanita tersebut sudah beristeri secara sah dalam perkawinan karena dalam KUHPerdara tidak mengenal poligami tapi dasarnya adalah monogami seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri dan seorang wanita hanya boleh seorang suami

Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 43 ayat (1) dinyatakan bahwa anak dilahirkan diluar hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya yang melahirkan dan dengan keluarga ibunya. Dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 100

dinyatakan bahwa anak yang lahir diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan nazab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Dengan demikian berdasar pasal tersebut diatas bahwa karena anak yang lahir tersebut tidak ada ayah sebagai bapak atau hanya mempunyai ibu yang melahirkan saja maka hubungan nazab dengan bapak tidak ada, kalau dengan ibunya adalah jelas karena ibu adalah yang melahirkan anak tersebut, inilah yang dinamakan dengan anak yang lahir diluar kawin. Pengakuan anak luar kawin dan duduk perkara yang diajukan kepada Pengadilan

- a. Sebelum pemohon mengajukan permohonan tentang pengakuan anak diluar nikah kepada Pengadilan telah mempunyai anak diluar nikah dan pemohon menyebutkan identitasnya (nama, umur / tempat tanggal lahir, pekerjaan dan alamat rumah). Permohonan pengakuan anak luar kawin boleh bersama antara suami dan isteri, atau oleh suami saja atau oleh isteri saja, kalau yang mengajukan oleh suami maka isteri akan dipanggil Pengadilan dan kalau yang mengajukan oleh isteri maka suami akan dipanggil oleh Pengadilan. Serta nama dan identitas anak yang diakui adalah anak dari dilahirkan oleh isterinya yang dalam akte kelahiran tidak menyebutkan nama ayah
- b. Setelah itu pemohon melangsungkan perkawinan secara sah seperti yang disebutkan menurut Pasal 2 Undang Undang No 1 Tahun 1074 misal kalau beragama Islam perkawinan dilaksanakan di Kantor Urusan Agama (KUA) Kecamatan dan dalam akta nikah akan dapat diketahui bahwa anak yang diakui sama nikahnya lebih dulu kelahiran anak yang diakui baru setelah baru nikahnya
- c. Bahwa sebelum pemohon melangsungkan pernikahan di Kantor Urusan Agama (KUA), pemohon pernah melangsungkan pernikahan secara Agama atau tidak dan setelah itu pemohon menjalin hubungan layaknya suami isteri dan hubungan tersebut lahirlah seorang anak laki laki atau anak perempuan.

- d. Bahwa benar pemohon telah mengakui anak laki laki atau anak perempuan tersebut adalah anak hasil hubungan yang lahir setelah pernikahan dengan seorang wanita secara sah menurut syariat Islam namun belum menikah secara resmi di Kantor Urusan Agama (sah secara Negara)
- e. Bahwa anak pemohon seorang anak laki laki atau anak perempuan tersebut telah memiliki akta kelahiran yang dikeluarkan oleh Kantor Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil, namun dalam akta tersebut masih tercatat nama anak yang dilahirkan dan nama ibu yang melahirkan
- f. Bahwa anak pemohon sejak lahir hingga sekarang tinggal bersama pemohon dan isteri sebagai suami isteri dengan alamat yang sama
- g. Bahwa pengesahan anak tersebut dapat dicatatkan di Kantor Kependudukan dan Pencatatan Sipil pemohon
- h. Bahwa oleh karenanya pemohon mengajukan permohonan pengesahan sebagai anak kandung dank arena domisili pemohon dan isteri dan anak berada diwilayah hukum Pengadilan Negeri

Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil dalil permohonan, Pemohon mengajukan bukti tertulis

- a. Photocopy kartu tanda penduduk atas nama pemohon
- b. Photocopy kartu tanda penduduk atas nama isteri pemohon
- c. Photocopy akta perkawinan antara pemohon dengan isteri pemohon yang dikeluarkan oleh Kantor Urusan Agama (KUA)
- d. Surat pernyataan dari pemohon dan isteri yang diberi meterai cukup
- e. Photocopy surat keterangan kelahiran atas nama anak yang dikeluarkan oleh kelurahan atau desa
- f. Photocopy surat kutipan akta kelahiran atas nama anak dan ibu yang melahirkan dari Kantor Dinas

Kependudukan dan Catatan Sipil

- g. Photocopy Kartu Keluarga nomor ... yang dikeluarkan oleh Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil

Setelah bukti bukti tertulis diajukan dan pemohon juga mengajukan 2 (dua) orang saksi yang memberikan keterangan dibawah sumpah dengan keterangan yang cukup sebagai bukti untuk disampaikan dihadapan sidang Pengadilan, maka kalau apa yang di sampaikan oleh 2 orang saksi benar dan sesuai dengan kehendak pemohon untuk permohonan pengakuan anak luar kawin.

Dalam analisa pengakuan anak luar kawin memang terjadi anak telah lahir dahulu dan si ayah mengakui bahwa anak tersebut adalah memang anaknya , dan setelah itu ibu yang melahirkan anak tersebut dengan pria yang mengakui anak itu melakukan pernikahan seperti yang disebutkan dalam Pasal 2 UU No 1 Tahun 1974 yaitu yang beragama Islam dilakukan di Kantor Urusan Agama dan bagi beragama selain Islam dilakukan di Kantor Catatan Sipil dan setelah kedua orang tua tersebut menikah terus dilakukan proses pengajuan permohonan pengakuan anak luar kawin dengan mengajukan permohonan kepada Pengadilan Negeri di Wilayah Hukum Pemohon dan keluarganya

Kalau permohonan pengakuan anak luar kawin dikabulkan oleh Pengadilan maka tembusan putusannya pengakuan anak luar kawin disampaikan pada Kantor Catatan Sipil untuk diproses lebih lanjut tentang pengakuan anak luar kawin, tidak mengganti akta kelahiran yang semula tidak menyebutkan nama ayah yang mengakui di tambah nama nama ayah yang mengajukan berdasarkan putusan Pengadilan maka dengan demikian kedudukan anak menjadi anak sah yang statusnya mempunyai ayah dan ibu yang melahirkan. Jadi dengan demikian anak tersebut mempunyai kedudukan seperti anak yang mempunyai ayah dan ibu atau sebagai anak yang sah yaitu mempunyai orang tua sebagai ayah dan ibu.

Pengakuan anak luar kawin adalah perbuatan hukum

yang diajukan ke Pengadilan Negeri terhadap anak yang lahir diluar nikah tapi sebelum mengajukan permohonan seorang laki laki dengan seorang perempuan tersebut telah melakukan perkawinan secara sah berdasarkan undang undang, baru setelah menikah baru mengakui anak yang lahir diluar nikah ke Pengadilan, setelah Pengadilan memutuskan dengan keputusan mengakui anak yang lahir diluar kawin tersebut maka kedudukan anak tersebut secara resmi mempunyai seorang laki laki sebagai ayahnya dan seorang wanita yang melahirkan sebagai ibunya, jadi dengan demikian anak tersebut mempunyai hubungan keperdataan terhadap ayahnya dan mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu yang melahirkan anak tersebut dan mempunyai hubungan hak dan kewajiban antara anak dengan ayah dan ibu yang melahirkan sebagai orang tuanya terhadap anak yang dilahirkan

I. Kewajiban Pencatatan Pernikahan

1. Analisis Penemuan Hukum Islam dalam Putusan Nomor 46/PUU.VIII/2010

Negara Indonesia adalah negara hukum yang salah satu ciri dari negara hukum adalah adanya badan-badan peradilan. Sebagaimana dikutip oleh Fatkhurohman akan pendapat dari Sri Sumantri bahwa empat unsur yang terpenting dalam negara hukum adalah; (a). Bahwa Pemerintahan dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan hukum atau peraturan perundang-undangan; (b). Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara); (c). Adanya pembagian kekuasaan dalam negara; (d). Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan.⁴⁵ Dalam negara demokrasi tidak hanya lembaga tertentu yang mengawasi peradilan, tetapi juga lembaga LSM dan masyarakat umum. Justeru itu tidak mungkin lembaga pengadilan mengaburkan logika hukum tentang suatu putusan yang diberikan.

⁴⁵Fakhurohman, et al., *Memahami Keberadaan Mahkamah Konst-tusi di Indonesia* (Bandung; Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 7.

Mengenai Badan Peradilan di Indonesia, sebagaimana diatur di dalam Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.⁴⁶ Badan Peradilan juga harus ada pengawasannya, agar semua proses itu dapat berjalan sebagaimana mestinya, haruslah dikawal dan dibina terus menerus.

Mahkamah Konstitusi di dalam putusannya Nomor 46/PUU-VIII/2010 telah melahirkan polemik yang berkepanjangan di dalam masyarakat. Putusan yang dianggap kontroversial tentang status anak di luar nikah yang memungkinkan perlegalan perzinahan.⁴⁷ Putusan itu harus dipahami secara mukhalafah. Adanya suatu kewajiban bagi laki-laki dan perempuan untuk mendaftarkan secara resmi pernikahannya, jangan dilihat perintah Mahkamah Konstitusi melalui uji ilmu pengetahuan. Hal ini untuk menghindari terjadi hal-hal yang tidak diinginkan. Kewajiban mendaftarkan pernikahan tidak akan menimbulkan kerugian pada siapapun juga. Ketika terjadi sesuatu kelahiran kemudian tidak ada laki-laki yang bertanggung jawab, maka negara akan terbebani. Justeru itu Mahkamah Konstitusi mengambil jalan keluar dengan mewajibkan test DNA anak dan test DNA laki-laki yang dicurigai. Adanya kewajiban mendaftarkan pernikahan tidak bertentangan dengan hak asasi manusia. Justeru harus dipahami perlindungan hak asasi manusia. Ketika kewajiban mendaftarkan pernikahan dianggap bertentangan, maka akan berakibat tidak terlindungi hak anak sebagaimana telah dijamin oleh UUD 1945.

2. Penemuan Hukum oleh Hakim Mahkamah Konstitusi

John Z. Loudoe di dalam kata pengantar bukunya memberikan pengertian dan penjelasan tentang penemuan

⁴⁶*Ibid.*, hlm. 39.

⁴⁷Dadan Muttaqien dan Muhammad Arif Zuhri, *Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Status Anak Luar Nikah dan Kekuatan Hukumnya*, *Majalah Hukum Varia Peradilan*, Nomor 331 Juni 2013 (Jakarta: IKAHI, 2013), hlm. 15.

hukum sebagai berikut:⁴⁸ “Penemuan Hukum adalah bukan suatu proses yang logis belaka melalui subasumsi dari fakta pada ketentuan undang-undang akan tetapi adalah juga penilaian dari fakta untuk kemudian menemukan hukumnya. Undang-undang itu tidak selalu jelas, tidak selalu lengkap sedangkan fakta yang diajukan memerlukan penyelesaian menurut hukum. Jika interpretasi, penerapan undang-undang baik secara ekstensif maupun secara restriktif tidak mampu memberi sesuatu penyelesaian maka untuk menemukan hukumnya faktalah yang harus dinilai”. Pernyataan ini tidak sesuai dengan hukum acara Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi mencari korelasi antara undang-undang yang dibuat dengan Undang-Undang Dasar 1945, jiwa perlindungan kemanusiaan dan pergaulan internasional. Justeru itu tidak boleh hanya terpaku pada fakta hukum, tetapi juga pada cita-cita hukum. Oleh karenanya hakim harus menempatkan diri pada tataran sensitifitas yang tinggi. Sensitifitas ini dapat memudahkan hakim dalam menemukan garis hukum. Kejelasan garis hukum dapat melahirkan putusan yang tepat dan berdayaguna bagi masyarakat.

Pendapat yang kurang lebih sama juga dikemukakan oleh Munafrizal mengutip dan menambahkan pendapat Sudikno Mertokusumo sebagai berikut:⁴⁹ “Pada dasarnya penemuan hukum muncul sebagai akibat tidak lengkap atau tidak jelasnya peraturan perundang-undangan tertulis yang ada, sehingga untuk memutus suatu perkara maka hakim harus melakukan kreasi aktifnya guna menemukan solusi hukum. Kreasi aktif dalam bentuk melakukan penemuan hukum ini perlu dilakukan oleh hakim karena hakim bukan

⁴⁸ John Z. Loudoe, *Menemukan Hukum melalui Tafsir dan Fakta* (Jakarta: Bina Aksara, 1986), hlm. V. Bandingkan, Edi Riadi “Penalaran Hukum dalam Penyelesaian Kasus Perdata Agama; Fakta Peristiwa, Fakta Hukum dan Perumusan Fakta Hukum”, *Varia Peradilan* (Majalah), Jakarta : IKAHI, Desember 2012, hlm. 25.

⁴⁹Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Konstitusi* (Bandung: Mandar Maju, 2012), hlm. 15.

hanya tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak ada atau kurang jelas dasar hukumnya, tetapi juga tidak boleh tidak memutus suatu perkara dengan alasan yang sama. Hakim dianggap mengetahui hukumnya (*ius curia novit*). Artinya melalui penemuan hukum itu hakim mengisi kekosongan hukum (*recht vacuum*)”.

Kemudian ditambahkan oleh Munafrizal mengutip pendapat Marwan Mas bahwa tiga alasan atau dasar pemikiran mengapa hakim melakukan penemuan hukum, yaitu:⁵⁰ (1) Karena peraturannya tidak ada, tetapi esensi perkara sama atau mirip dengan suatu peraturan lain yang dapat diterapkan pada kasus tersebut. (2) Peraturannya memang ada, tetapi kurang jelas sehingga hakim perlu menafsirkan peraturan tersebut untuk diterapkan pada perkara yang ditangani. (3) Peraturannya juga ada, tetapi peraturan itu sudah tidak sesuai lagi dengan kondisi dan kebutuhan warga masyarakat, sehingga hakim wajib menyesuaikannya dengan perkara yang sedang ditangani.

Mengenai cara penemuan hukum, menurut Sudikno dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu:⁵¹

1. “Interpretasi atau penafsiran, merupakan metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang mengenai teks undang-undang agar ruang lingkup kaidah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna undang-undang. Interpretasi adalah metode penemuan hukum dalam hal peraturannya ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwanya.

Interpretasi atau penafsiran ini dapat dilakukan dengan beberapa metode, yaitu secara:

- a. Gramatikal, yaitu penafsiran menurut bahasa sehari-hari.

⁵⁰*ibid.*, hlm. 16.

⁵¹<http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt4foaa8449485b/ kapan-dan-bagaimana-hakim-melakukan-penemuan-hukum>

- b. Historis, yaitu penafsiran berdasarkan sejarah hukum.
 - c. Sistematis, yaitu menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan.
 - d. Teologis, yaitu penafsiran menurut makna/tujuan kemasyarakatan.
 - e. Perbandingan Hukum, yaitu penafsiran dengan cara membandingkan dengan kaidah hukum di tempat lain.
 - f. Futuristis, yaitu penafsiran antisipatif yang berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum.
 - g. Interpretasi restriktif, interpretasi yang sifatnya membatasi. Misalnya interpretasi kata tetangga berdasarkan Pasal 666 KUHPerdara dapat diartikan setiap tetangga termasuk penyewa dari pekarangan di sebelahnya.
 - h. Interpretasi ekstentif, Metode penafsiran yang melebihi batas-batas hasil interpretasi gramatikal; Misalnya perkataan menjual berdasarkan Pasal 1576 KUHPerdara, bukan hanya semata-mata jual-beli; tetapi juga menyangkut peralihan hak.
 - i. Interpretasi resmi dan otentik. Penafsiran ini dapat dilakukan melalui penelusuran yang terdapat pada dokumentasi di kalangan pembuat undang-undang (*memorie van toelichting*).
2. Konstruksi hukum, dapat digunakan hakim sebagai metode penemuan hukum apabila dalam mengadili perkara tidak ada peraturan yang mengatur secara khusus mengenai peristiwa yang terjadi. Konstruksi hukum ini dapat dilakukan dengan menggunakan logika berpikir secara;
- (1) *Argumentum per analogian* atau sering disebut analogi. Pada analogi, peristiwa yang berbeda namun serupa, sejenis atau mirip yang diatur dalam undang-undang diperlakukan

sama. (2) Penyempitan hukum. Pada penyempitan hukum, peraturan yang sifatnya umum diterapkan terhadap peristiwa atau hubungan hukum yang khusus dengan penjelasan atau konstruksi dengan memberi ciri-ciri. (3) *Argumentum a contrario* atau sering disebut a *contrario*, yaitu menafsirkan atau menjelaskan undang-undang yang didasarkan pada perlawanan pengertian antara peristiwa konkret yang dihadapi dan peristiwa yang diatur dalam undang-undang”.

Mengenai Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah dikemukakan di awal adalah badan peradilan yang diatur di dalam UUD 1945. Mengenai kewenangan dari Mahkamah Konstitusi, Munafrizal menguraikannya secara singkat sebagai berikut:⁵²

“Berdasarkan ketentuan Undang-Undang Dasar 1945 yang kemudian dijabarkan dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan limitatif. Pasal 24c Ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar 1945 mengatur tentang Kewenangan Mahkamah Konstitusi:

1. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
2. Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/ atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Berdasarkan ketentuan di atas, Mahkamah Konstitusi memiliki empat kewenangan dan satu kewajiban. Kewenangan

⁵²Munafrizal, *Op. cit.*, hlm. 41-42

Mahkamah Konstitusi ini kemudian dirinci pada Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagai berikut:

1. Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:
 - a. Menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - c. Memutus pembubaran partai politik; dan
 - d. Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
2. Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.

Sejak berdirinya Mahkamah Konstitusi sampai dengan sekarang, sudah banyak menjatuhkan putusan yang berkaitan dengan kewenangan sebagaimana diatur di dalam Undang-Undang Dasar 1945, yang lebih rinci diatur di dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003. Mahkamah Konstitusi hanya memiliki tiga pilihan jenis putusan, yaitu tidak dapat menerima, mengabulkan atau menolak⁵³. Demikian pula

⁵³Jimly Asshiddiqie sebagaimana dikutip oleh Munafrizal, menjelaskan bahwa dalam perkembangannya Mahkamah Konstitusi telah membuat kreasi putusan dalam bentuk penemuan hukum. Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum meliputi tiga jenis putusan, yaitu: (1) Penyempangan ketentuan undang-undang, (2) Menunda tidak mengikatnya undang-undang, dan (3) Konstitusional bersyarat (conditionally constitutional), *Ibid.*, hlm. 60.

Munafrizal⁵⁴.

Jimly Asshiddiqie sebagaimana dikutip oleh Munafrizal menjelaskan tentang pertimbangan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut adalah sebagai berikut:⁵⁵

“Ketiga pasal dalam Undang-Undang Ketenagalistrikan yang diuji tersebut merupakan pasal-pasal jantung Undang-Undang Ketenagalistrikan tersebut. Jika ketiga pasal itu dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat maka itu sama artinya mencabut jantung dari Undang-Undang Ketenagalistrikan tersebut. Alasan yuridis yang membuat Majelis Hakim Konstitusi sampai pada putusan seperti itu adalah karena norma-norma hukum yang terkandung di dalam ketiga pasal tersebut bersifat norma inti yang memengaruhi keseluruhan isi undang-undang. Jika yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat hanya tiga pasal itu saja, maka niscaya undang-undangnya sebagai keseluruhan menjadi rusak dan dapat menimbulkan ketidakpastian hukum di kemudian hari.”

Upaya hukum melalui pengadilan adalah formal. Sebagai salah satu pilar kekuasaan kehakiman, pengadilan memiliki kompetensi absolut untuk menerima, memeriksa, dan menyelesaikan perkara bagi orang Islam, dalam perkawinan melalui litigasi. Dalam arti kata, apabila di kemudian hari salah satu pihak merasa dirugikan akibat telah melakukan pengingkaran dan melalaikan kewajiban terhadap suatu

⁵⁴ Munafrizal mengambil contoh tentang putusan Mahkamah Konstitusi yang berdimensi penemuan hukum, yaitu: “Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001-021-022/PUU-1/2003 Tanggal 15 Desember 2004 perihal pengujian Pasal 16, Pasal 17 Ayat (3), dan Pasal 68 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, khususnya yang menyangkut unbandling dan kompetisi dalam pengelolaan sektor ketenagalistrikan, juga memiliki dimensi penegakan hukum. Dalam putusan ini Majelis Hakim Konstitusi menyatakan bahwa Undang-Undang Ketenagalistrikan tidak memiliki kekuatan hukum untuk seluruhnya. Padahal, materi pengujian undang-undang yang dimohonkan oleh pemohon hanya beberapa ketentuan pasal dan ayat”.

⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 61-62

perjanjian yang telah disepakati, maka secara teoritis dapat dilakukan upaya hukum litigasi melalui pengadilan secara berjenjang. Sehingga upaya hukum litigasi yang berlaku di pengadilan mempunyai kekuatan yang sama, walaupun pengadilan berbeda.

Seperti dalam praktek formal hakim berkewajiban untuk mendamaikan kedua belah pihak. Tetapi harus diingat bahwa tidak semua sengketa dapat dengan mudah didamaikan. Perdamaian itu harus dibangun di atas pilar-pilar hukum yang sudah terbangun, kalau pilarnya belum ada, tentu saja perdamaian tidak mungkin diwujudkan. Pengalaman dalam menelusuri putusan Pengadilan Agama, ternyata, para pihak yang berhadapan dengan pengadilan adalah pihak-pihak yang telah diselimuti oleh emosional yang tinggi. Hal ini dapat menyebabkan sulitnya terjadi kompromi dan menerima perdamaian.

Incasu persengketaan antara Aisyah Muchtar dengan Moerdiono adalah persengketaan yang tidak mempunyai alasan yang dapat didamaikan. Tidak terbukti akad nikah, karena tidak ada bukti tertulis menyebabkan persengketaan itu absurd. Pengadilan meminta bukti tertulis. Tergugat Moerdionopun membantah telah terjadi akad nikah. Ketika Tergugat membantah, Penggugat harus membuktikan. Dalam kasus ini yang diakui sebagai alat bukti adalah bukti tertulis yang otentik, yaitu buku nikah. Lembaga yang berwenang untuk menulis bukan wewenang pengadilan. Justeru itu pengadilan tidak dapat berbuat apapun kecuali menyatakan bahwa perbuatan hukum itu tidak ada, karena undang-undang telah menyatakan bahwa satu-satunya alat bukti nikah adalah buku nikah. Tidak boleh alat bukti lain, kecuali dalam hal isbat nikah.

Sudah pasti putusan Mahkamah Konstitusi yang menguji undang-undang tersebut memiliki akibat hukum. Munafrizal menjelaskan akibat hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi tersebut sebagai berikut:⁵⁶

⁵⁶*Ibid.*, hlm. 62

“Sebelum diadakan undang-undang baru tentang ketenagalistrikan maka Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1985 tentang Ketenagalistrikan kembali diberlakukan. Ini karena pasal yang membatalkan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1985 tersebut dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan juga ikut dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat”.

3. Penemuan Hukum Di Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VII/2010

Salah satu kewenangan yang ada pada Mahkamah Konstitusi adalah menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 sesuai dengan Pasal 24c Undang-Undang Dasar 1945 yang lebih rinci diatur di dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Sri Sumantri sebagaimana dikutip Fatkhurohman⁵⁷.

“Kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar (... review) secara teoritis maupun dalam praktik dikenal ada 2 (dua) macam, yaitu pengujian formal (*formele toetsingsrecht*) dan pengujian secara materiil (*materiele toetsingsrecht*). Pengujian secara formal adalah wewenang untuk menilai ... suatu produk legislatif dibuat sesuai dengan prosedur ataukah tidak. Serta ... suatu kekuasaan berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu. Sedangkan pengujian secara materiil adalah wewenang untuk menyelidiki dan menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan bertentangan atau tidak dengan peraturan yang lebih tinggi”.

Kemudian dapatlah disimpulkan bahwa rumusan Pasal 24c Ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 tidak membatasi hak pengujian tersebut, yang dibatasi hanya subjek yang akan diuji, yaitu undang-undang.⁵⁸ Mahkamah Konstitusi tidak menguji kasus.

Aisyah Machica Mochtar dan anaknya Muhammad Iqbal Ramadhan (yang dari hasil pernikahan siri antara Aisyah Machica Mochtar dengan Murdiono yang almarhum) sebagai

⁵⁷Lihat, Fatkhurohman, *Op. cit.*, hlm 22.

⁵⁸*Ibid.*, hlm. 22.

pemohon *Judicial review* Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu terhadap Pasal 2 Ayat (2) tentang Pencatatan Perkawinan dan ketentuan Pasal 43 Ayat (1) tentang Anak yang Lahir di Luar Perkawinan.⁵⁹

Khamimuddin di dalam tulisannya mengomentari putusan *judicial review* dari Mahkamah Konstitusi yaitu Putusan No. 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Februari 2010 sebagai berikut:⁶⁰ “Mahkamah Konstitusi (MK) melalui Putusan No. 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Februari 2012 memutuskan bahwa Pasal 43 Ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (UU Perkawinan) bertentangan dengan UUD 1945 bila tidak dibaca: Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya 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. Terobosan hukum yang dilakukan MK dengan putusannya Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Februari 2012 dengan memberikan hak perdata kepada anak di luar perkawinan sepanjang seorang anak terbukti memiliki ikatan darah dengan bapaknya melalui pengujian DNA atau alat bukti lain yang sah, telah menuai kecaman dari berbagai pihak, seperti NU dan MUI. MUI secara tegas berpendapat sesuai dengan syari’at, anak zina tidak berhak memperoleh nasab, waris, dan wali nikah dari bapak biologisnya maupun keluarga bapaknya. Bahkan MUI mendesak MK menganulir keputusan.” Mahkamah Konstitusi tidak menyatakan ada hubungan darah, warisan atau wali nikah. Mahkamah Konstitusi hanya menekankan pertanggungjawaban kehidupan anak yang lahir di luar nikah.

⁵⁹Khamimuddin, *Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2012 tentang Hubungan Perdata Anak Luar Kawin dengan Ayahnya*, *Majalah Hukum Varia Peradilan*, Nomor 331 Juni 2013 (Jakarta: IKAHI, 2013), hlm. 100.

⁶⁰*Ibid.*, hlm. 98

Lebih lanjut Khamimuddin yang adalah Hakim Pengadilan Agama Jember menguraikan tentang tujuan dan akibat dari putusan Mahkamah Konstitusi tersebut.⁶¹ “Tujuan dari MK adalah untuk menegaskan bahwa anak luar perkawinan pun berhak mendapat perlindungan hukum. Menurut pertimbangan MK, hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-haknya yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih disengketakan. Dengan adanya putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010, hubungan antara anak luar kawin dengan ayahnya adalah hubungan darah dalam arti biologis yang dikukuhkan berdasarkan proses hukum. Putusan MK membuka kemungkinan hukum bagi ditemukannya subjek hukum yang harus bertanggung jawab terhadap anak luar kawin untuk bertindak sebagai ayahnya melalui mekanisme hukum dengan menggunakan pembuktian berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi mutakhir dan/atau hukum. Putusan MK hanya menguatkan kedudukan ibu dari si anak luar kawin dalam memintakan pengakuan terhadap ayah biologis dari si anak luar kawin tersebut, apabila si ayah tidak mau melakukan pengakuan secara sukarela terhadap anak luar kawin.”

Sedangkan terhadap permohonan uji materiil atau *judicial review* ketentuan Pasal 2 Ayat (2) tentang Pencatatan Perkawinan, agak berbeda pertimbangan dari Majelis Hakim Konstitusi di mana diputuskan bahwa pasal tersebut tidak bertentangan dengan Pasal 28b Ayat (1) UUD 1945 dengan alasan bahwa UU Perkawinan yang mensyaratkan pencatatan, meskipun faktanya menambah persyaratan untuk melangsungkan perkawinan, namun ketiadaannya tidak menghalangi adanya pernikahan itu sendiri.⁶² Di sini memberi isyarat sebetulnya Mahkamah Konstitusi

⁶¹*Ibid.*, hlm. 98-99.

⁶²*Ibid.*, hlm. 100.

mewajibkan pencatatan. Ketiadaan pencatatan nikah dapat menyebabkan kesulitan perlindungan hukum kepada anak yang dilahirkannya.

Berdasarkan uraian di atas Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 yang telah memperkuat kedudukan hukum dari anak yang lahir di luar perkawinan yang sah di mana Majelis Hakim Konstitusi telah menafsirkan secara teleologis pasal dari undang-undang yang dimohonkan. Penafsiran teleologis ialah penafsiran menurut makna/tujuan sistem sosial masyarakat. Dalam hal ini jelaslah bahwa Hakim Konstitusi memiliki tujuan untuk melindungi kepentingan atau kedudukan secara hukum dari anak yang lahir di luar perkawinan yang sah. Kekurangan dari Putusan Mahkamah Konstitusi ini adalah Mahkamah Konstitusi seperti mengadili perkara persengketaan contentiosa. Mahkamah Konstitusi tidak membuat benang merah tidak sejalan perundang-undangan dengan UUD 1945, asas umum kemanusiaan dan perlindungan HAM.

Berdasarkan uraian sebelumnya, perlu disadari bahwa ke-beradaan terminologi penemuan hukum adalah untuk menjas-tifikasi kebenaran. Kebenaran itu sebetulnya telah ada dalam masyarakat. Tugas hakim adalah mengangkat kebenaran itu, agar kekuatan hukum dapat terwujud. Hukum itu milik masyarakat, tidak mungkin masyarakat tidak memahami mana hukum yang adil dan mana hukum yang benar. Justeru itu tidak mungkin aparat penegak hukum berbohong untuk menghasilkan sebuah keputusan hukum. Oleh karenanya aparat penegak hukum agar berhati-hati sekali dalam “mengumumkan” penemuan hukumnya. Budaya masyarakat Indonesia masih sangat kental dengan istilah “sekali lancang ke ujian seumur hidup tidak dipercaya”. Aparat penegak hukum jangan menyimpang dari hukum yang diyakini masyarakat. Hukum-hukum baru harus disosialisasi dengan mengajukan mantiq hukum yang sehat dan terhormat.

Mahkamah Konstitusi dalam putusannya tidak

menge-nyampingkan politik hukum yang dicita-citakan oleh Hukum Islam Indonesia, yaitu adanya ketertiban di bidang perkawinan, nikah, talak dan rujuk. Adanya perintah test DNA untuk memastikan pertanggungjawaban orang tua laki-laki tidak menafikan keharusan pencatatan nikah. Jadi, perintah pengusutan darah hanyalah dalam koridor pertanggungjawaban nafkah. Ketika, Parker, mertua tiri Kate meminta agar Pangeran George dites DNANYa. Kate memberi komentar bahwa Kate lebih bahagia bila William berpisah dengannya daripada dites DNA anak yang dilahirkannya. Walaupun Kate masyarakat biasa, tetapi ia memastikan dirinya adalah perempuan terhormat, tidak perlu diragukan terhadap benih yang dikandungnya adalah bukan berasal dari William sebagai suaminya. Kalau sekiranya test DNA merupakan suatu yang permanen, akan menjadi masalah yang rumit dalam kehidupan rumah tangga.

Adanya peristiwa *a quo* adalah pengecualian, karena masyarakat Indonesia tidak patuh terhadap perintah undang-undang.

BAB V

PENUTUP

Sebagai bagian akhir dari buku ini, kami bermaksud menyampaikan beberapa catatan. Hukum memang dianggap ilmu yang tersendiri, akan tetapi sekarang ini akibat dari globalisasi, hukum itu tidak boleh untuk kepentingan dirinya sendiri. Hukum harus dapat membuat narasi yang dapat meyakinkan orang lain dengan argumentasi yang logis dan sehat. Justeru itu putusan hakim bukan untuk kepentingan dan kepuasan hakim sendiri, tetapi juga kepuasan masyarakat, walaupun mereka tidak tersangkut dalam konflik hukum tersebut.

Analisis putusan-putusan pengadilan harus dipublikasi dan diteliti serta dideskripsikan untuk dinikmati oleh publik. Hal ini untuk membangun pemahaman hukum bagi masyarakat. Hukum bukan milik aparaturnya penegak hukum tetapi juga milik masyarakat yang tunduk kepada hukum tersebut. pertimbangan hukum hakim memang akan bervariasi dari setiap peringkat pengadilan. Pengadilan tingkat pertama penekanan narasinya berada pada tataran sosiologis, sedangkan narasi pada tingkat Mahkamah Agung berada pada tataran normatif. Ada kemungkinan keputusan itu menimbulkan kontroversi di masyarakat justeru yang paling penting adalah paradigma pemikiran hukum yang digunakan di masing-masing tingkat pengadilan harus jelas dan dapat dipahami oleh masyarakat luas. Memang ada kemungkinan sebagai manusia ada kesilapan atau kekeliruan redaksi atau penulisan angka yang tak jelas, tetapi hal ini harus dapat dipahami, karena substansi yang penting adalah narasi/argumentasi penetapan hukum yang harus tegas dan terbangun kedamaian di dalam masyarakat.

Kontroversi pemikiran dan paradigma dapat menyekat pemahaman hukum bagi masyarakat. Sebagaimana telah disebutkan bahwa hukum tidak hanya pada peraturan

perundang-undangan, tetapi juga pada penetapan/putusan dari para hakim. Hakim dalam memberi putusan tentu saja membuat kalimat-kalimat yang mengarah kepada sudut pemikiran yang diinginkan oleh peraturan perundang-undangan dengan kalimat yang berbeda. Diharapkan muncul kalimat-kalimat yang menyejukkan. Kalimat yang menyejukkan adalah kalimat penting untuk meningkatkan pemahaman hukum bagi masyarakat, terutama pihak-pihak yang tersangkut dalam perkara a quo.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Rachmad Budiono, *Hukum Pekerja Anak*, (Malang: UM Press, 2008)
- Abu Yazid, *Islam Akomodatif Rekonstruksi Pemahaman Islam sebagai Agama Universal*, (Yogyakarta: LKiS Yogyakarta 2004), Cet Ke 1.
- A Hamid S. "*Pancasila cita Hukum dalam Kehidupan Hukum Bangsa Indonesia*" dalam Oetoyo Oesman Alfian eds. *Pancasila sebagai Ideologi dalam Bidang kehidupan Bermasyarakat Berbangsa dan Bernegara*; Jakarta; Bp-7 Pusat, 1993
- Ahmad Azhar Basyir, KH., MA., *Refleksi atas Persoalan Keislaman*, (Jakarta: Mizan, 1993)
- Ahmad Zaki Yamani, *Syari'at Islam yang Kekal dan Persoalan Masa Kini*, naskah aslinya "*Asy-Syariatul Khalidat wa Musykilatul 'Asr*", Alih Bahasa K.M.S Agustjik, (Jakarta: Yayasan Bhinneka Tunggal Ika, 1978), Cet. ke 2
- Arif Gosita, *Masalah Perlindungan Anak; Kumpulan Karangan*, (Jakarta : PT Bhuana Ilmu Populer, 2004)
- Asymuni Abdurrahman, *Metode Penetapan hukum Islam*, Jakarta, (Bulan Bintang, 1987)
- Dadan Muttaqien dan Muhammad Arif Zuhri, Putusan Mahakamah Konstitusi tentang Status Anak Luar Nikah dan Kekuatan Hukumnya, *Majalah Hukum Varia Peradilan*, Nomor 331 Juni 2013 (Jakarta: IKAHI, 2013)
- Darwan Prist, *Hukum Anak Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003)
- Data Kementerian Sosial Juli 2010, www.dapsos.go.id, diakses pada tanggal 25 agustus 2010
- Data Kementerian Sosial Tahun 2009, www.depsos.go.id, diakses pada tanggal 25 agustus 2010
- Duski Ibrahim, *Metode Penetapan Hukum Islam, Membongkar Konsep Al-Istiqra' al Ma'nawi Asy Syatibi*, (Yogyakarta: tpn., 2008)
- Edi Riadi "Penalaran Hukum dalam Penyelesaian Kasus Perdata Agama; Fakta Peristiwa, Fakta Hukum dan Perumusan Fakta Hukum", *Varia Peradilan (Majalah)*, Jakarta : IKAHI, Desember 2012

- Fakhurohman, et al., *Memahami Keberadaan Mahkamah Konstitusi di Indonesia* (Bandung; Citra Aditya Bakti, 2004),
- Fifik Wiryani, "Perlindungan Hukum Bagi Pekerja Anak", *Jurnal Legality*, Vol. 11 No. 2 September 2003-Februari 2004
- H. Ph. Visser't Hooft, *Filosofie Van de Rechtswetenchaf*, diterjemahkan oleh Bernard Arief Sidharta. *Filsafat Ilmu Hukum*, (Bandung: Laboratorium Hukum FH Universitas Katholik Parahyangan, 2001)
- Hadi Suseno, *Kekerasan Terhadap Anak*, diambil dari [www.kpai.go.id.](http://www.kpai.go.id), diakses tanggal 7 November 2010.
- Hazairin, *Demokrasi Pancasila*, (Jakarta: Tinta Mas, 1985)
- <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt4foaa8449485b/kapan-dan-bagaimana-hakim-melakukan-penemuan-hukum>
- Imam Al-Ghazali, *al-Mustasyfa min 'Ilm al-Ushul*, (Dar al-Fikr, tth.)
- Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi Terhadap Tindakan Pemerintah*, (Bandung: PT. Alumni, 2004)
- Jazim Hamidi, *Makna dan Kedudukan Hukum Naskah Proklamasi 17 Agustus 1945 dalam Sistem Ketatanegaran RI*, (Bandung: Disertasi UNPAD, 2005)
- John Z. Loudoe, *Menemukan Hukum melalui Tafsir dan Fakta* (Jakarta: Bina Aksara, 1986)
- Khamimuddin, *Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2012 tentang Hubungan Perdata Anak Luar Kawin dengan Ayahnya*, *Majalah Hukum Varia Peradilan*, Nomor 331 Juni 2013 (Jakarta: IKAHI, 2013)
- Khoiruddin Nasution, *Riba dan Poligami: Sebuah Studi atas Pemikiran Muhammad Abduh*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1996)
- Khozin Siraj, *Hukum Islam Sejarah Perkembangannya, Aliran-alirannya, Sumber-sumbernya*, Penerbit Fakultas Hukum UUI, Yogyakarta, 1984
- Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, (Bandung: PT Alumni, 1985)

- Lutfi Effendi, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2004)
- M. Qoraish Shihab, *Kaidah Tafsir; syarat, Ketentuan, dan Aturan yang patut Anda Ketahui dalam memahami Ayat-Ayat al-Qur'an* (Tangerang: Lentara Hati, 2013)
- Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Sistem peradilan Pidana Anak Indonesia*, (Bandung: Refika Aditama, 2008)
- Masjful Zuhdi, *Masail Fiqhiyah*, Haji Masagung, Jakarta, 1994.
- Mohammad Daud Ali, *Asas-Asas Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Raja wali Press, 1997)
- Muhammad Abu Zahrah, *Al-Mubadar fi Tarikh al-Muzabbib al-Fiqhhiyah*, (Dar al-Fikr, tt., tth.)
- A. Mukti Arto, *Pembaharuan Hukum Islam melalui Putusan Hakim* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015)
- Munafrizal Manan, *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Konstitusi* (Bandung: Mandar Maju, 2012)
- Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern (Rechstaat)*, (Bandung: PT. Refika Aditama, 2009)
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2005)
- Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII 2010
- Rosdalina, *Aspek Keperdataan Perlindungan Hukum Terhadap Anak Jalanan*, Jurnal Iqra' Volume 4 Juli - Desember 2007
- Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Ke Indonesiaan*, (Bandung:Cv.Otomo, 2006)
- Siti Nafidah, *Anak Terlantar Bukti Pemerintah Abai*, artikel sabtu 27 maret 2010, diakses dari [http. sitinafidah@blogspot.com](http://sitinafidah.blogspot.com), tanggal 9 November 2010.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif* (Jakarta: Rajawali Pers, 1985)
- Titik Triwulan Tutik, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia*, (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2006)
- Umar Shihab, *Kontekstualisasi Al Qur'an: Kajian Tematik atas Ayat-ayat Hukum dalam Al-Qur'an*, (Jakarta: Penamadani, 2003), Cet. ke I

- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak
- Winahyu Erwiningsih, *Peranan Hukum Dalam Pertanggungjawaban Perbuatan Pemerintahan (Bestuurshandeling) Suatu kajian dalam Kebijakan Pembangunan Hukum, Jurisprudence*, Vol. 1, No. 2, September 2004
- Yudi Harisman, *Anak Terlantar: Generasi Harapan Bangsa Yang Terlupakan*, diakses dari www.forester.com, tanggal 29 Maret 2011
- Yusdari, *Peranan Kepentingan Umum dalam Reaktualisasi Hukum: Kajian Konsep Hukum Islam Najamuddin al-Tufti*, (Yogyakarta: UII-Press, 2000)
- Yusuf al-Qardhawiy, *Ijtihad dalam Syariat Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1987
- Zarkasji Abdul Salam, *Pengantar Ilmu Fiqh dan Usul Fiqh*, Lembaga Studi Filsafat Islam, Yogyakarta, 1994

PARADIGMA PENEMUAN HUKUM

dalam Bingkai Yurisprudensi Indonesia

Buku ini mengkaji tentang betapa mudahnya membuat artikel/ karya tulis dengan merujuk kepada putusan-putusan pengadilan. Di samping mudahnya juga ada kemanfaatan lain bagi negara Indonesia. Selama ini dipahami bahwa hukum itu dilahirkan oleh perundang-undangan semata. Memang begitulah sistem hukum yang dianut oleh negara Indonesia, akan tetapi cara berhukum seperti itu tidak dapatdi pertahankan sepenuhnya sekarang ini. Hukum saat ini telah menuju ke arah global. Justeru itu pemahaman hukum harus diperluas. Hukum tidak saja merujuk kepada perundang-undangan, tetapi juga harus menyelidiki ke dalam analisis pertimbangan hukum hakim yang terdapat di dalam putusan-putusan pengadilan. Hal ini dianggap penting untuk memperoleh keadilan hukum, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum bagi masyarakat. Gerakan masyarakat yang dinamis memerlukan hukum yang dinamis pula. Pihak yang dapat mendinamisasi hukum secara konkrit adalah lembaga pengadilan. Justeru itu putusan pengadilan tidak saja berkaitan dengan pihak yang tersangkut di dalam, tetapi juga bagi ilmu pengetahuan hukum pada umumnya serta masyarakat secara keseluruhan.



Jl. Ar-Raniry No. 1 Komp. Pascasarjana
UIN Ar-Raniry Banda Aceh 23111

 percetakan@ar-raniry.ac.id

 [ar-ranirypress](https://www.facebook.com/ar-ranirypress)  [ar-ranirypress](https://www.instagram.com/ar-ranirypress)

ISBN 978-623-7410-82-9

