

BAB I

PENDAHULUAN

A. Konteks Penelitian

Keberadaan anak dalam keluarga merupakan suatu yang sangat berarti. Anak merupakan penyambung keturunan dan merupakan harapan untuk menjadi sandaran dikala usia lanjut. Anak mewarisi tanda-tanda kesamaan dengan orang tuanya, termasuk ciri khas, sifat baik maupun buruk. Karena anak adalah belahan jiwa dan potongan daging orang tuanya.¹

Begitu pentingnya eksistensi anak dalam kehidupan manusia, maka Allah SWT mensyari'atkan adanya perkawinan. Pensyari'atan perkawinan memiliki tujuan antara lain untuk melanjutkan keturunan (memiliki anak) yang baik, memelihara nasab, menghindarkan diri dari penyakit dan menciptakan keluarga yang sakinah.²

Oleh karena itu islam melarang perzinaan. Hukum islam memberi sanksi yang berat terhadap perbuatan zina, karena zina dapat mengakibatkan ketidakjelasan keturunan. Sehingga ketika lahir anak sebagai akibat dari perbuatan zina, maka akan ada keraguan tentang siapa bapaknya. Dengan adanya perkawinan setiap anak yang lahir dan tempat tidur suami, mutlak menjadi anak suami itu, tanpa memerlukan pengakuan darinya.

1 Yusuf Qordhowi, *Halal dan Haram dam Islam*, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1976), h. 256-258.

2 Wahbah al-Zuhaily, *al-Faqih al-Islamiy wa Adillatuhu*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1997), cet. Ke-2, h. 114.

Hal ini dapat diungkapkan dalam al-Qur'an surat al-Isra' : 32;

وَلَا تَقْرَبُوا زِينًا ۖ إِنَّهَا عَصَىٰ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ عَصَىٰ ٱللَّهِ هِيَ ٱلَّذِي ٱتَّخَذَ ٱلْكَافِرُونَ سَبِيلًا ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلَّذِينَ هُمْ يُعَذِّبُونَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌۭ خَبِيرٌۭ ۖ
 وَلَا تَقْرَبُوا زِينًا ۖ إِنَّهَا عَصَىٰ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ عَصَىٰ ٱللَّهِ هِيَ ٱلَّذِي ٱتَّخَذَ ٱلْكَافِرُونَ سَبِيلًا ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلَّذِينَ هُمْ يُعَذِّبُونَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌۭ خَبِيرٌۭ ۖ

Terjemahnya: *“dan janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji. Dan suatu jalan yang buruk.”*³

Islam telah mengatur sedemikian rupa garis nasab setiap anak yang terlahir kepada kedua orang tuanya menjadi jelas dengan cara pensyari'atan institusi perkawinan dan pengharaman zina. Namun, tak jarang dijumpai di lapangan terjadi berbagai bentuk hubungan badan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan di luar perkawinan. Bahkan tak jarang pula dari hubungan gelap tersebut terlahir seorang anak. Dalam operasionalnya anak ini sering disebut dengan istilah anak luar kawin. Karena terlahir dari suatu hubungan yang tidak legal, maka anak yang terlahir diluar perkawinan ini tidak memiliki kedudukan dihadapan hukum.

Menurut hukum perkawinan nasional indonesia, status anak dibedakan menjadi dua: pertama, anak sah. Kedua, anak luar nikah. Anak sah sebagaimana dinyatakan UU No. 01 Tahun 1974 pasal 42 adalah “anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah”.⁴ Sedangkan dalam kompilasi hukum islam (KHI) pasal 99 menyatakan: “anak sah adalah (a) anak yang lahir dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. (b). hasil

3 al-Qur'an dan Terjemahnya, h. 170.

4 R. Subekti, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, (Jakarta: PT Pradaya Pratama, 2008), h. 550.

pembuahan suami istri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh istri tersebut.⁵

Sedangkan yang dimaksud dengan anak luar nikah adalah anak yang dibuahi dan dilahirkan diluar perkawinan yang sah, sebagaimana disebutkan dalam peraturan perundang-undangan nasional, antara lain :

1. UU No 1 Tahun 1974 Pasal 43 ayat 1 menyatakan anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.
2. Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 100, menyebutkan anak yang lahir diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Pada akhirnya bila dicermati dari peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia tentang Hukum Perkawinan, menyatakan bahwa anak yang terlahir di luar nikah mempunyai hubungan keperdataan hanya kepada ibunya dan keluarga ibunya. Hubungan ini biasa disebut dengan kekuasaan orang tua, yakni timbulnya hak dan kewajiban antara orang tua dan anak. Implementasinya adalah bahwa anak di luar nikah hanya mempunyai hubungan yang menimbulkan adanya hak dan kewajiban dengan ibu dan keluarga ibunya.

Agaknya dapat dinyatakan *mafhum mukhalafah* dari pernyataan tersebut bahwa anak tersebut tidak mempunyai hubungan keperdataan dengan bapak biologisnya dalam bentuk nasab dan hak serta kewajiban secara timbal

⁵ Undang-undang perkawinan di Indonesia, (Surabaya: Arkola, tt), h. 211.

balik. Dari sini secara implisit dapat ditegaskan bahwa hampir tidak ada perbedaan antara hukum Islam dengan hukum perkawinan Nasional dalam menetapkan kedudukan anak diluar nikah, walaupun tidak dinyatakan dengan tegas hubungannya dengan bapak biologis dalam pasal tertentu.

Namun terobosan hukum yang dilakukan Mahkamah Konstitusi (MK) kali ini dalam pengesahan uji materiil terhadap Undang-undang perkawinan dalam putusan MK No. 46/ PUU-VIII/2010 merubah tatanan hukum diatas. Pada 17 Februari 2012 lalu, MK memutus 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.

Pengujian pasal 43 Ayat 1 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan itu diajukan Machicha Mochtar soal status hukum buah hatinya bersama mantan MENSESNEG Moerdiono, M. Iqbal, 16 tahun. Sebagaimana diketahui, perkawinan Machicha Mochtar dengan Moerdiono sendiri tidak dicatatkan di KUA, maka berakibat perkawinanya tidak diakui negara. Kondisi ini juga berimbas kepada anaknya, yang hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Machicha ingin Iqbal diakui sebagai anak mantan Menseg Moerdiono setelah permohonan pengesahan isbat nikah antara Moerdiono dan Machicha yang dilakukan secara bawah tangan (siri) ditolak pengadilan.

Berdasarkan uraian diatas, penulis coba menganalisa bagaimana kedudukan anak luar kawin di mata hukum pasca putusan Mahkamah Konstitusi No 46/PUU-VIII/2010 terkait pengabulan atas permohonan uji

materiil pasal 43 Ayat 1 UU Nomor 1 Tahun 1974. Sehingga diharapkan dengan diketahui kedudukanya bisa terjawab apa dan bagaimana konsekwensi yang timbul dari perubahan kedudukan hukum anak luar kawin tersebut. Dari konsekwensi yuridis ini selanjutnya akan ditilik menggunakan perspektif hukum islam, apakah putusan MK tersebut senada dengan rumusan fiqh atau menyimpang.

Kajian pustaka ini diharapkan mampu menjawab dan mengatasi problem ‘ketimpangam hukum’ yang muncul akibat putusan mahkamah konstitusi yang telah merubah tatanan hukum yang selama ini telah berjalan dan dipandang telah sesuai dengan syariat islam. Oleh karena itu penelitian kajian pustaka ini diberi judul:

“Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Putusan MK Tentang Uji Materiil UU Perkawinan dan Konsekwensi Yuridisnya”.

B. Fokus Penelitian

Berdasarkan latar belakang yang telah penulis kemukakan diatas, maka yang menjadi masalah pokok dalam skripsi ini adalah : “Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin Pasca Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 tentang Uji Materiil UU Perkawinan dan Konsekwensi Yuridisnya”.

Agar penulisan skripsi ini tidak menyimpang dari pokok masalah tersebut, penulis membatasi permasalahan ini dalam beberapa hal, yaitu:

1. Bagaimana definisi anak luar kawin, sebab-sebab terjadinya anak luar kawin, dan bagaimana anak luar kawin dalam sudut pandang sosiologis?
2. Bagaimana Kedudukan Anak Luar Kawin dalam perspektif UU Perkawinan dan Hukum Islam?
3. Bagaimana Konsekwensi Yuridis anak Luar Kawin Pasca Putusan MK perspektif hukum Agama dan hukum Positif dalam hal Wali Nikah serta Waris ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan umum penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimana kedudukan hukum anak luar kawin setelah keluarnya putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 dan segala konsekwensi yang timbul akibat putusan MK tersebut.

Dari tujuan umum ini diperinci beberapa tujuan khusus sebagai berikut:

1. Mengetahui kedudukan hukum anak luar kawin dalam perspektif UU Perkawinan dan Fiqh Islam.
2. Mengetahui kedudukan hukum anak yang terlahir di luar perkawinan setelah keluarnya putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010.
3. Mengetahui segala akibat hukum yang timbul dari keluarnya putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 terhadap anak luar kawin.

D. Kegunaan Penelitian

Adapun kegunaan dari penelitian kepustakaan ini adalah:

- a. Sebagai syarat untuk mendapatkan gelar sarjana pada Fakultas Syari'ah IAIT Kediri pada jurusan al-Ahwal as-Syahshiyah (AS).

- b. Sebagai wawasan dan pedoman bagi semua kalangan dalam menganalisis kebijakan legislator (DPR maupun MK) dalam hal kedudukan anak luar kawin.
- c. Untuk menambah wawasan penulis yang menekuni bidang Hukum Fiqih Islam, khususnya masalah anak luar kawin.
- d. Melengkapi literatur keilmuan dan perpustakaan.

E. Definisi Oprasional

Untuk menghindari terjadinya kesalahpahaman akan judul skripsi ini, maka penulis memberikan penjelasan sebagai berikut:

- a. Kedudukan:
 - 1. Tempat kediaman; 2. Tempat pegawai (pengurus perkumpulan dsb) tinggal untuk melakukan pekerjaan atau jabatannya; 3. Letak atau tempat suatu benda; 4. Tingkatan atau martabat; 5. Keadaan yang sebenarnya (tt perkara dsb); 6. Status (keadaan atau tingkatan orang, badan atau negara, dsb).⁶

Adapun dalam konteks tulisan ini, yang dimaksud dengan kedudukan adalah status seseorang.

- b. Anak luar kawin:
Anak luar kawin adalah anak yang terkahir di luar perkawinan yang sah.
- c. Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010
Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 adalah putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat final dan mengikat yang mengabulkan uji materiil pasal 43 ayat 1 UU Nomor 1 Tahun 1974. Adapun poin dari

Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut berbunyi:

“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau

⁶ Tim Redaksi Kamus Bahasa Indonesia, *Kamus Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Pusat Bahasa dan Pendidikan Nasional), h. 367.

alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”.

- d. Konsekwensi
Konsekwensi dapat diartikan sebagai: akibat atau pengaruh.
- e. Yuridis
Yuridis berarti hukum.

F. Metode Penelitian

Metode adalah cara melakukan sesuatu dengan mengerahkan segenap kemampuan pikiran secara seksama untuk mencapai suatu tujuan. Sementara penelitian adalah merupakan usaha yang dilakukan untuk menemukan sesuatu dengan mengembangkan dan menguji kebenaran suatu pengetahuan. Dalam skripsi ini, penulis menggunakan metode dan jenis pendekatan penelitian sebagai berikut:

1. Jenis Penelitian

Merujuk pada fokus dan tujuan kajian, penelitian ini dapat dikategorikan sebagai penelitian kepustakaan (*library research*), yaitu penelitian yang memusatkan pada sesuatu telaah pustaka atau kepustakaan murni. Sesuai dengan penelitian yang akan dibahas dalam skripsi yaitu tentang kedudukan anak luar kawin pasca putusan MK no.46/PUU-VIII/2010, maka penelitian ini dilakukan dengan cara mengkaji dan menelaah sumber-sumber tertulis dengan jalan mempelajari, menelaah dan memeriksa bahan-bahan kepustakaan yang menjadi bahan pokok-pokok materi pembahasan.

2. Sumber data

- a. Sumber primer

Sumber yang menjadi pokok penggalan data data dalam penelitian ini adalah berasal dari:

- 1) UU nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan .
- 2) Peraturan pemerintah Nomor 8 tahun 1975 tentang pelaksanaan UU

No.1 tahun 1974 tentang perkawinan

- 3) Kompilasi tentang hukum islam (KHI) sesuai dengan instruksi presiden nomor 1 tahun 1991.

- 4) Putusan mahkamah konstitusi nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang perusahaan tentang pengesahan materi pasal 3 ayat 1 UU nomor

1 tahun 1974.

b. Sumber skunder

Untuk mendapatkan beberapa keterangan tentang penelitian ini, maka penulis juga menggali dari beberapa sumber skunder sebagai pelengkap dari sumber primer. Diantaranya adalah digali dari:

1. Buku karangan D.Y. Witanto, S.H. yang berjudul Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK Tentang Uji Materiil UU Perkawinan.
2. Buku karangan J. Andy Hartanto yang berjudul Kedudukan Hukum dan Hak Waris Anak Luar Kawin Menurut B.W.

Disamping kedua buku tersebut penulis juga mengambil referensi dari kitab kuning, koran, majalah, jurnal, situs internet dan beberapa buku, artikel dan tulisan yang menunjang akan terkumpulnya data-data penelitian ini.

3. Teknik pengumpulan data

Dalam pengumpulan data untuk penelitian ini, penulis menggunakan teknik pengumpulan data secara dokumenter dengan mengkaji dan menelaah berbagai buku dan sumber tertulis lainnya yang mempunyai pokok pembahasan dengan kajian ini.

Sesuai dengan istilah yang akan dibahas yakni menganalisis kedudukan anak luar kawin pasca putusan mahkamah konstitusi no. 46/PUU-VIII/2010 dan konskuensi yuridis yang timbul dari putusan MK tersebut. Maka penulis menggunakan sumber primer (*pirmary resources*) yakni kitab undang –undang perdata (*burgelyk wetboek*), undang-undang (UU) nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan, peraturan pemerintah nomor 9 tahun 1975 tentang pelaksanaan UU No.1 tahun 1974 tentang perkawinan kompilasi hukum islam (KHI) sesuai dengan instruksi presiden nomor 1 tahun 1991, dan putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang pengesahan uji materi pasal 43 ayat 1 tahun 1974, maupun sumber sekunder, misalnya majalah koran dan lain sebagainya.

4. Teknik analisis data

Untuk mengarahkan keakuratan dan ketepatan analisa, penulis menggunakan metode analisa ini (*conten analisis*) atau analisa pustaka terhadap sumber data primer sebagai pokok kajian. Teknik analisis ini diawali dengan menentukan indikator-indikator dari istilah kajian-kajian, lalu dijarang dengan undang-undang serta ayat-ayat yang sesuai dengan indikator yang ditetapkan.

Kemudian peneliti melakukan pengamatan serta analisis dari setiap data yang ada. Dari analisis dari setiap undang-undang dan sumber data yang ada, penulis merangkainya dengan kajian istilah yang ada.

Ada dua kategori yang dipakai. Pertama, undang-undang perkawinan di Indonesia yang menjadi sumber pokok kajian, yang meliputi KUH perdata (BW), UU No.1 tahun 1974, Kompilasi Hukum Islam (KHI), PP No. 9 Tahun 1975 yang kemudian dibenturkan dengan hukum islam yang masih menjadi rujukan terpercaya pada masyarakat indonesia. Kedua, putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tentang pengesahan uji materiil pasal 43 ayat 1 tahun 1974 yang menjadi objek analisis dan berbagai informasi (argumen) yang pro maupun kontra, yang kemudian mempertanyakan kedudukan dan konsekuensi yuridis yang akan muncul dalam kaitannya anak luar kawin.

Dengan metode analisis ini penulis ini menjadi terbantu dalam memahami dan menganalisa maksud yang tersirat dari putusan Mahkamah Konstitusi tersebut demi kemaslahatan masyarakat indonesia. Dengan cara ini, dapat diketahui produk hukum apa yang dapat diterima oleh hukum Islam dan masyarakat Indonesia. Sehingga perkembangan hukum Islam di Indonesia menjadi benar-benar membawa rahmat bagi seluruh masyarakat Indonesia.

5. Prosedur penelitian

Untuk mengarah pada jalur penyelesaian terhadap kajian dalam penulisan skripsi ini, melalui data yang penulis peroleh, maka di sini penulis melakukan prosedur penelitian sebagai berikut:

a. *Editing* (pemeriksaan)

Penulis melakukan proses penelitian, yaitu pemeriksaan kembali terhadap catatan, berkas-berkas dan dokumen-dokumen.

b. *Classifying* (pengelompokan)

Seluruh data yang dibaca diteliti secara mendalam dan informasi dikumpulkan oleh penulis. Kemudian data diklasifikasikan atau dikategorikan sesuai dengan kebutuhan.

c. *Verifying* (pembuktian)

Melakukan peninjauan kembali terhadap putusan Mahkamah Konstitusi no. 46/PUU-VIII/2010 tentang pengesahan uji materiil pasal 43 ayat 1 UU Nomor 1 tahun 1945.

d. *Analysing* (penguraian)

Proses *penyederhanaan* kata ke dalam bentuk yang lebih mudah dibaca dan diinterprestasikan. Dalam analisa ini akan digunakan teori-teori yang relevan.

e. *Concluding* (penyimpulan)

Penarikan hasil kesimpulan suatu proses penelitian dan analisa terhadap permasalahan *sanksi* pidana terhadap pelaku nikah siri, disinilah puncak dari sebuah penelitian yang dilakukan penulis.

G. Sistematika Penulisan

Untuk memberi gambaran pembahasan dalam skripsi ini secara menyeluruh dan sistematis, maka penulisan skripsi ini disusun dengan sistematika penulisan sebagai berikut:

Dalam penulisan skripsi ini terdiri dari enam bab, yang sebelumnya didahului dengan beberapa halaman yang mencakup halaman judul, halaman nota dinas, halaman pengesahan, halaman motto, halaman persembahan, halaman pengantar, halaman daftar isi dan abstraksi, kemudian dilanjutkan dengan bab I, bab II, bab III, bab IV, dan bab V.

Bab I yaitu pendahuluan yang terdiri dari konteks kajian, fokus kajian, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, metode penelitian, sumber data, definisi oprasional dan sistematika penulisan.

Bab II membahas diskursus (permasalahan umum) terkait anak luar kawin.

Bab III membahas tentang kedudukan anak luar kawin setelah keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010..

Bab IV membahas tentang konsekwensi yuridis yang timbul akibat keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 terhadap kedudukan anak luar kawin.

Bab V penutup yang berisi kesimpulan dan saran atau rekomendasi.

BAB II

DISKURSUS ANAK LUAR KAWIN

A. Definisi Anak Luar Kawin

Idealnya, seorang anak yang dilahirkan ke dunia secara otomatis akan mendapatkan seorang laki-laki sebagai ayahnya dan seorang perempuan sebagai ibunya, baik secara biologi maupun hukum (*yuridis*), karena dengan memiliki orang tua yang lengkap akan mendukung kesempurnaan bagi si anak di dalam menjalani masa perkembangannya.

Secara biologis anak merupakan hasil dari pertemuan antara sel telur seorang perempuan yang disebut *ovum* dengan benih dari seorang laki-laki yang disebut *spermatozoa*, yang kemudian menyatu menjadi *zygot*, lalu tumbuh menjadi janin dan pada akhirnya terlahir ke dunia sebagai seorang manusia (bayi) yang utuh. Namun tidak demikian dalam pandangan hukum, bisa saja terjadi seorang anak yang lahir tanpa keberadaan ayah secara *yuridis*, bahkan tanpa kedua orang tua sama sekali.

Keadaan tersebut dapat kita temukan dalam ketentuan UU Perkawinan, dimana suatu kelahiran tanpa disertai dengan adanya perkawinan yang sah (anak luar kawin), maka si anak hanya akan memiliki ibu sebagai orang tuanya. Sedangkan KUH Perdata menganut prinsip yang lebih *ekstrim* bahwa tanpa adanya pengakuan dari kedua orang tuanya, maka si anak dapat dipastikan tidak akan memiliki ayah maupun ibu secara *yuridis*.

Menurut J. Andy Hartanto, kriteria anak dibagi menjadi tiga jenis, yaitu anak sah, anak tidak sah, dan anak luar kawin. Anak sah adalah anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah. Anak tidak sah adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah, artinya ayah atau ibu anak tersebut masih terikat perkawinan dengan orang lain. Anak tidak sah ini dibagi menjadi anak zina dan anak sumbang.

Sedangkan menurut Paul Scholten pada umumnya yang disebut anak luar kawin adalah anak-anak yang dibenihkan dan dilahirkan di luar perkawinan yang sah.⁷ Jadi anak luar kawin sebenarnya meliputi:

⁷ P. Scholten, *Seri Asser, handleiding tot de Beoefening van het Nederlands burgerlijk Recht, Jilid 1, Inleiding – Personenrecht, Cetakan IV* (Tjeenk Willink: Zwolle, 1934), h. 383

a. Anak Zina

Pengertian anak zina dalam pandangan hukum islam berbeda dengan pandangan hukum Perdata. Dalam pandangan hukum islam, anak zina adalah anak yang dilahirkan dari hubungan biologis diluar ikatan perkawinan.

Sedangkan menurut KUH Perdata, yang dimaksud dengan anak zina adalah anak yang terlahir dari hubungan suami-isteri yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang perempuan dimana salah satu atau keduanya sedang terikat perkawinan dengan orang lain.⁸ Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 284 KUHP.

Anak zina merupakan jenis anak luar kawin dalam pengertian yang luas (anak tidak sah). Timbulnya istilah anak zina dalam pengertian hukum perdata barat dipengaruhi oleh asas monogami secara mutlak yang dianut oleh KUH Perdata.

b. Anak Sumbang

Anak sumbang (*incest*) atau sering juga disebut anak hasil dari penodaan darah yaitu anak yang lahir dari hubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan dimana diantara keduanya dilarang untuk melangsungkan perkawinan baik karena terikat hubungan darah, hubungan semenda, hubungan se-persusuan, dan sebagainya.

⁸ Team Nusantara, *KUHP, Kitab Undang-undang Hukum Perdata*. (Jakarta: Nusantara, cetakan I. 2009), h. 103

Permasalahan anak sumbang telah diatur dalam Pasal 30 dan 31 KUH Perdata serta UU Perkawinan Pasal 8 jo. Kompilasi Hukum Islam Pasal 70 huruf (d).⁹

Dalam KUH Perdata, anak sumbang dan anak zina diperlakukan sama-sama tidak dapat diakui oleh orang tuanya kecuali apa yang diatur dalam Pasal 273 KUH Perdata dan hanya memiliki hak untuk mendapatkan biaya nafkah seperlunya sebagaimana diatur dalam Pasal 867 ayat (2) KUH Perdata.¹⁰

c. Anak Luar Kawin yang Lain

Anak luar kawin yang lain meliputi:

- 1) Anak luar kawin yang dapat diakui
Yang dimaksud anak luar kawin yang lain disini adalah anak yang lahir di luar perkawinan yang sah selain dari anak zina dan anak sumbang. Anak ini dapat diakui oleh orang tua biologisnya.
- 2) *Anak Mula'anah*
Anak mula'anah merupakan anak yang dilahirkan oleh seorang wanita yang di-*li'an* oleh suaminya. Oleh karena *li'an* itu terbukti, maka seorang anak akan berubah statusnya menjadi anak tidak sah dan kedudukannya di mata hukum sama dengan anak zina. Secara khusus status anak mula'anah ini diatur dalam KHI Pasal 101 dan 102.

⁹ D.Y. Witanto, S.H., *Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK Tentang Uji Materiil UU Perkawinan* (Jakarta: Pustakaraya, 2012), h. 43

¹⁰ Team Nusantara, *KUHP*, h. 95

3) Anak Syubhat

Anak syubhat adalah anak yang lahir dari suatu hubungan badan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan atas dasar kekeliruan dan harus benar-benar terjadi karena kekeliruan. Anak ini akan memiliki hubungan perdata dengan ayah biologisnya jika si laki-laki yang telah membenihkannya mengakui si anak tersebut.¹¹

Untuk mengetahui siapa saja yang termasuk ke dalam kelompok atau golongan anak-anak luar kawin, maka harus menengok ke dalam ketentuan mengenai hukum keluarga. Disinilah nampak sekali eratnya hubungan antara hukum waris dan hukum keluarga. Kedudukan seorang anak, apakah ia sebagai seorang anak sah atau anak luar kawin, ditentukan oleh hukum keluarga.

Undang-undang sendiri tidak dengan tegas mengatakan siapa yang dapat dikatakan anak luar kawin, tetapi dari pasal 272 B.W. dapat kita simpulkan, bahwa anak luar kawin yang dapat diakui adalah anak yang dilahirkan oleh seorang ibu, tetapi yang tidak dibenihkan oleh seorang pria yang berada dalam ikatan perkawinan sah dengan ibu si anak tersebut, dan tidak termasuk di dalam kelompok anak zina dan anak-anak sumbang. Pengertian di luar kawin adalah hubungan seorang pria dengan seorang wanita yang dapat melahirkan keturunan, dan hubungan mereka tidak dalam ikatan perkawinan yang sah menurut hukum positif dan agama yang dianutnya.¹²

11 Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta:Kencana, 2008), h. 83

12 Gatot Supramono, *Segi-segi Hukum Hubungan Luar Nikah*. (Jakarta: Djambatan, 1998), h. 18.

B. Penyebab Terjadinya Anak Luar Kawin

Banyak persoalan yang melatarbelakangi terjadinya kehamilan di luar nikah, mulai dari sebab-sebab yang berasal dari faktor lingkungan, pendidikan, kemapanan ekonomi dan kemapanan sosial, maupun yang berasal dari dalam lingkup keluarga sendiri, namun menjadi faktor yang mempengaruhi secara langsung terhadap terjadinya hubungan seksual diluar perkawinan.

Kasus kehamilan pranikah banyak terjadi pada kalangan remaja, bahkan cenderung dalam kategori usia yang sangat muda. Hal ini dipicu oleh merebaknya tren pergaulan bebas di kalangan remaja, sehingga berujung pada kehamilan dan kelahiran yang tidak diharapkan.

Tercatat beberapa data dari beberapa lembaga survei di Indonesia terkait perilaku pergaulan bebas, diantaranya:

1. Data survei tahun 2007 Komnas Anak di 12 provinsi di Indonesia menyebutkan bahwa dari 4500 remaja sebagai responden didapatkan data:
 - 93.7 % pernah berciuman hingga *petting* (bercumbu).
 - 62.7 % remaja SMP sudah tidak perawan.
 - 21.2 % remaja SMA pernah aborsi.
2. Data survei tahun 2008 Perkumpulan Keluarga Berencana menyebutkan bahwa dari 100 remaja SMP dan SMA di Samarinda sebagai responden

didapatkan data bahwa 56 % sudah berhubungan seks bahkan ada yang terang-terangan mengaku berhubungan seks dengan pekerja seks.

3. Data survei tahun 2009 *Synovate Reserach* didapatkan data:

- 44 % mengaku punya pengalaman seks di usia 16-18 tahun.
- 16 % mengaku punya pengalaman seks di usia 13-15 tahun.
- Tempat melakukan seks di rumah (40 %), kamar kost (26 %) dan hotel (26 %).

4. Data survei Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) didapatkan data:

- 32 % remaja 14-18 tahun pernah berhubungan seks.
- 21.2 % remaja putri pernah melakukan aborsi.
- 97 % penyebab remaja melakukan seks yaitu dari internet.¹³

Data survei diatas menunjukkan betapa persoalan sosial dan perilaku seks bebas di Indonesia sudah sangat memprihatinkan. Dan parahnya, dari perilaku seks bebas ini membawa akibat kehamilan pra nikah yang lebih lanjut akan mengakibatkan lahirnya anak-anak di luar nikah.

Adapun latar belakang yang menyebabkan lahirnya anak luar kawin dapat dikatagorikan sebagai berikut:

- a. Adanya Peningkaran yang dilakukan oleh suami.

¹³ http://www.o-bras.com/2010/05/data-survei-seks-pelajar-indonesia_3019.html?m=1

Sebagaimana ketentuan pasal 42 UU Perkawinan, anak yang lahir dalam perkawinan yang sah antara suami istri dianggap anak yang sah dari kedua orang tuanya. Akan tetapi di sisi lain dalam pasal 44 Ayat (1) UU Perkawinan memberi hak kepada suami untuk menyangkal atas keabsahan anak yang lahir dalam perkawinan.

Menurut Hukum BW Penyangkalan keabsahan anak secara *Limitatif* disebutkan ada beberapa hal, Yaitu :

- 1) Apabila anak dilahirkan sebelum hari ke 108, terhitung dari hari dilangsungkannya Perkawinan (Pasal 251 KUHPerdara)
- 2) Apabila si suami sejak hari ke 300 sampai hari ke 180 sebelum lahirnya anak baik karena perpisahan maupun sebagai akibat suatu kebetulan berada dalam ketakungkinan yang nyata untuk bersetubuh dengan istrinya (Psal 252 KUH Perdata).
- 3) Apabila si Istri melakukan Zina dan menyembunyikan kelahiran anaknya bagi si suami (Pasal 253 KUPerdara)
- 4) Apabila anak dilahirkan 300 hari setelah hari keputusan perpisahan meja dan tempat tidur memperoleh kekuatan mutlak. (Pasal 254 KUHPerdara)¹⁴

Hal mana juga telah diatur dalam KHI Pasal 102 dengan batasan waktu pengajuan pengingkaran anak ke Pengadilan Agama sebagai berikut:

- a. 180 hari sesudah si anak lahir

14 Team Nusantara, *KUHP*, t.t.p., h. 59-60.

b. 360 hari sesudah putusnya perkawinan¹⁵

Hal ini sangat berbeda dengan status anak yang lahir dari suatu perkawinan yang sah namun kemudian perkawinan itu dinyatakan batal karena diketahui bahwa antara si laki-laki dengan si perempuan adalah orang yang dilarang atau karena tidak memenuhi syarat-syarat perkawinan menurut agama maupun perundang-undangan tentang perkawinan itu harus dibatalkan. Status dan kedudukan anak ini tidak akan berubah menjadi anak luar kawin, karena berdasarkan Pasal 28 ayat (2) huruf a UU Perkawinan jo. Pasal 75 huruf b Kompilasi Hukum Islam bahwa pembatalan yang dilakukan tidak dapat berlaku surut terhadap anak-anak yang dilahirkan oleh perkawinan tersebut.

b. Pernikahan di Bawah Tangan

Meski masih terjadi pro dan kontra di masyarakat, praktek perkawinan bawah tangan masih sering terjadi, padahal perkawinan bawah tangan sangat merugikan bagi perempuan.

Dalam istilah lain, pernikahan bawah tangan dikenal juga dengan istilah “nikah *sirri* atau kawin *sirri*“. Perkawinan bawah tangan adalah perkawinan yang dilakukan hanya berdasarkan aturan agama atau adat istiadat dan tidak dicatatkan di kantor pencatatan nikah (KUA bagi yang beragama islam, Kantor Catatan Sipil bagi yang Non Muslim). Meski secara adat dianggap sah, namun perkawinan yang dilakukan diluar

¹⁵ *Kompilasi Hukum Islam*, (Bandung: Fokusmedia, 2005). h. 35

pengetahuan dan pengawasan pegawai pencatat nikah tidak memiliki ketetapan hukum dan dianggap tidak sah di mata hukum.

Perkawinan bawah tangan berdampak sangat merugikan bagi istri dan perempuan umumnya baik secara hukum maupun sosial. Secara Hukum :

1. Tidak dianggap sebagai istri yang sah
2. Tidak berhak atas nafkah dan warisan dari suami jika meninggal
3. Tidak berhak atas harta gono-gini jika terjadi perpisahan, karena secara hukum perkawinan dianggap tidak pernah terjadi.

Sementara terhadap anak, nikah bawah tangan akan berdampak negatif bagi status anak yang dilahirkan di mata hukum, karena perkawinan bawah tangan akan menimbulkan status anak luar kawin.

Status anak yang dilahirkan dianggap sebagai anak tidak sah. Konsekwensinya hanya memiliki hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya, artinya tidak ada hubungan hukum terhadap ayahnya. (pasal 42 dan 43 UUP, Psal 100 KHI)

Di dalam akta kelahirannya pun statusnya dianggap anak luar kawin, sehingga hanya dicantumkan nama ibu yang melahirkan saja. Keterangan berupa status anak luar kawin dan tidak tercantumnya nama ayah dalam akta kelahiran akan berdampak sangat mendalam secara sosial dan psikologis. Yang jelas merugikan adalah, anak tidak berhak atas biaya kehidupan dan warisan Ayahnya.¹⁶

16 A. Mughni Hilmawan, "Status Anak Zina dalam Tinjauan Hukum Islam dan Hukum Positif", (Skripsi, Institut Agama Islam Tribakti, Kediri, 2012), h. 35

Pada konteks pembahasan inilah skripsi yang berjudul “Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Tentang Uji Materiil UU Perkawinan dan Konsekwensi Yuridisnya” ini fokus dan menelaah secara mendalam.

c. Sebab-sebab Lain Terjadinya Anak Luar Kawin

Selain karena adanya penyangkalan (pengingkaran) yang dilakukan oleh seorang suami terhadap anak yang dilahirkan oleh istrinya dan adanya praktek perkawinan bawah tangan, terjadinya anak luar kawin juga bisa disebabkan oleh hal-hal sebagai berikut :

1. Anak yang dilahirkan dari seorang ibu yang tidak diketahui bapaknya, misalnya kehamilan yang diakibatkan karena perkosaan atau adanya praktek pelacuran. Kebanyakan anak yang lahir dari akibat tersebut diatas tidak dikehendaki oleh ibunya karena dianggap membawa aib dan beban bagi ibunya maupun keluarga ibunya.¹⁷
2. Anak yang lahir yang dikehendaki ibu dan bapaknya, tetapi orang tua tersebut memang menghendaki hidup bersama tanpa ikatan perkawinan atau yang biasa disebut masyarakat dengan Kumpul Kebo.¹⁸
3. Anak yang dilahirkan dari seorang ibu yang masih dalam masa *'iddah* setelah perceraianya, namun bukan merupakan anak dari suaminya tetapi sebagai hasil hubungan dengan laki-laki lain.¹⁹

17 Neng Djubaedah, *Perzinaan, dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia Ditinjau dari Hukum Islam*, (Jakarta: Kencana, 2010). h.220

18 Azizah Ummu Sa'adah, *Terhina karena Zina* (Jakarta: Gema Insani, 2011), h 65

19 Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, Cet.9 (Yogyakarta: UII Press. 2000),

4. Anak-anak yang dilahirkan dari seorang perempuan dan laki-laki yang akibat dari ketentuan agama tidak dapat menikah, misalnya dalam ajaran Katolik dimana terdapat ketentuan yang mengatakan tidak mengenal cerai hidup, ataupun perkawinan Campuran yang tidak memenuhi ketentuan Agama yang bersangkutan²⁰
5. Anak yang dilahirkan dari seorang ibu dan laki-laki yang akibat hukum perdata atau menurut hukum Negara tidak dapat nikah, misalnya seorang WNA menikah dengan WNI, tetapi tidak mendapat izin dari kedutaan karena masih terikat perkawinan lain di negaranya.²¹
6. Anak yang sama sekali tidak diketahui siapa orang tuanya sebagai anak temuan.
7. Anak yang lahir dari perkawinan secara adat tidak dilaksanakan menurut agama dan kepercayaannya serta tidak didaftarkan di kantor Catatan Sipil dan Kantor Urusan Agama Kecamatan.²²
8. Anak yang lahir dari seorang wanita yang ditinggal suami lebih dari 300 hari anak tersebut tidak diakui suaminya sebagai anak yang sah.
9. Anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat di Kantor Catatan Sipil dan/atau Kantor Urusan Agama.

C. Anak Luar Kawin dalam Sudut Pandang Sosiologis

20 H.E. Hasan Saleh, dkk. *Kajian Fiqh Nabawi & Fiqh Kontemporer*, (Jakarta: Rajawali Press, 2008) h. 333

21 Departemen Kehakiman, *Pelayanan Hukum*, (Jakarta: Nusantara, 1991), h.14

22 Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia, Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama, Cet III* (Bandung: Mandar Maju, 2007), h. 132

Rangkaian atau tahapan proses lahirnya anak luar kawin tersebut kemudian akan menentukan status dan kedudukan si anak di hadapan hukum. Menurut sudut pandang hukum tahapan proses yang dilalui sampai terjadinya peristiwa kelahiran dapat digolongkan menjadi:

1. Jika proses yang dilalui sah (*legal*), baik menurut hukum agama maupun hukum negara, maka ketika lahir si anak akan menyandang predikat sebagai anak yang sah.
2. Jika proses yang dilalui tidak sah (*illegal*), baik menurut hukum agama maupun hukum negara, maka ketika lahir si anak akan menyandang predikat sebagai anak tidak sah (anak luar kawin).

Pokok persoalan dalam hukum keluarga menyangkut asal-usul keturunan seorang anak yang lahir di luar perkawinan bertumpu pada hubungan hukum antara si anak dengan ayah biologisnya, sedangkan hubungan hukum dengan pihak ibu hampir tidak pernah menjadi persoalan karena hubungan itu telah tercipta dengan sendirinya tanpa harus didahului dengan perbuatan hukum apa pun, kecuali terhadap apa yang disebutkan dalam KUH Perdata yang menganut prinsip pengakuan mutlak, dimana seorang ibu biologis tidak secara otomatis akan menjadi ibu yang memiliki hubungan perdata dengan anaknya tanpa tindakan pengakuan. UU Perkawinan maupun Kompilasi Hukum Islam tidak mengenal lembaga pengakuan anak oleh pihak ibu kandung, karena undang-undang telah

menentukan bahwa anak yang lahir demi hukum langsung memiliki hubungan keperdataan dengan pihak ibu dan keluarga ibunya.²³

Secara fitrah alamiah tidak ada sedikitpun perbedaan antara anak yang dilahirkan dari suatu perkawinan yang sah dengan anak yang lahir di luar perkawinan. Keduanya merupakan subjek hukum yang harus dilindungi oleh negara dan undang-undang, karena menurut pandangan agama, tidak ada satu ajaran pun yang menganut prinsip tentang dosa keturunan. Sehingga stigma tentang anak luar kawin yang sering disebut sebagai “*anak haram jadah*”, “*anak kampang*”, “*anak sumbang*”, “*anak kowar*” dan sebagainya harus segera disingkirkan.

Stigma masyarakat terhadap anak luar kawin akan menjadi pengalaman buruk bagi si anak di tengah-tengah pergaulannya. Si anak akan menjadi objek cibiran dan cemoohan dari teman-teman sepergaulannya yang memandang bahwa anak yang lahir dari perzinaan dapat membawa malapetaka bagi lingkungan masyarakat sekitarnya. Dampak psikologis dari ejekan dan cemoohan tersebut akan membekas dalam ingatan anak sampai ia dewasa.

Seorang anak yang dilahirkan tidak akan mampu hidup tanpa perlindungan dan kasih sayang dari orang tuanya. Undang-undang memberikan kewajiban sebagaimana diatur dalam ketentuan di atas, karena seorang anak dapat tumbuh dan berkembang dengan baik atas pemeliharaan yang dilakukan oleh orang tuanya atau walinya.

²³ D.Y. Witanto, S.H., *op.cit.*, h.8

BAB III

KEDUDUKAN ANAK LUAR KAWIN

A. Anak Luar Kawin dalam Perspektif UU Perkawinan

Anak luar kawin dalam UU Perkawinan telah diatur dalam Pasal 43 ayat (1) bahwa anak di luar kawin tetap memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya walaupun tidak ada pengakuan terhadapnya.²⁴

Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan menyebutkan bahwa “Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan

²⁴ *Undang-undang Perkawinan dan Pengangkatan Anak*, (Bandung: Fokusmedia, 2010).
h. 75

ibunya dan keluarga ibunya”. Ketentuan pasal tersebut jika ditelaah secara mendalam, maka akan mengandung arti bahwa undang-undang melimpahkan semua beban dan risiko atas lahirnya anak dari hubungan diluar kawin hanya kepada si ibu dan anaknya. Padahal tidak mungkin seorang anak terlahir ke dunia tanpa ada peran dan andil dari pihak laki-laki yang menjadi ayah biologisnya.

Pada saat UU Perkawinan dirumuskan, ketika itu belum ada ilmu pengetahuan atau teknologi yang dapat menentukan secara pasti tentang silsilah keturunan, sehingga orang akan kesulitan untuk membuktikan tentang asal-usul siapa ayah kandung dari si anak. Dengan adanya perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, persoalan untuk menentukan silsilah keturunan bukan hal yang sulit dan mustahil lagi. Asal-usul keturunan akan dapat ditentukan melalui tes DNA sehingga akan diketahui siapa ayah dari si anak.

Terkait persamaan hak dan kedudukan di mata hukum, Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa “ *Setiap orang berhak mendapat pengakuan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum* “. Dari sudut pandang kepentingan si anak maupun ibu kandungnya, ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang menyebutkan bahwa anak luar kawin hanya memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya mengandung ketidakadilan karena si anak atau ibu kandungnya sama sekali tidak diberi ruang dan kesempatan untuk

membuktikan siapa ayah biologis anak, sedangkan hak-hak keperdataan itu baru lahir jika telah ada pengakuan dari ayah biologisnya.

Persoalan sosial yang meliputi status anak luar kawin sesungguhnya dapat dieliminasi jika sistem hukum lebih memberikan ruang kepada pihak-pihak yang berkepentingan termasuk anak dan ibunya untuk bisa memperjuangkan status dan kedudukan si anak di mata hukum dan masyarakat pada umumnya. Jika si anak atau ibunya diberikan hak oleh undang-undang untuk membuktikan siapa ayah si anak guna memperjuangkan hak keperdataannya tanpa harus menunggu iktikad dari si ayah untuk memberikan pengakuannya secara sukarela, maka selain si anak bisa mendapatkan haknya untuk bisa hidup lebih layak dengan dukungan dan tanggung jawab dari ayah biologisnya, ia juga akan mendapatkan kedudukan yang lebih baik di mata masyarakat.

Harus diakui bahwa persoalan tentang keabsahan anak akan selalu bergantung pada masalah tentang keabsahan perkawinan dan segala aspek hukum yang menyertainya, karena sah atau tidaknya anak yang dilahirkan akan ditentukan oleh sah tidaknya perkawinan yang dilakukan oleh orang tuanya. Sehingga sebelum melakukan penelaahan tentang kedudukan anak di hadapan hukum, maka terlebih dahulu kita harus mempelajari tentang seluk-beluk perkawinan, baik dari sudut pandang agama yang diberikan hak untuk menentukan keabsahannya, maupun dari sudut pandang hukum negara terhadap kewajiban pencatatannya.

Dualisme pandangan yang terjadi dalam persoalan sah dan tidaknya perkawinan sering menimbulkan banyak polemik menyangkut banyak kenyataan yang terjadi di masyarakat, misalnya tentang fenomena “*kawin sirri*”, “*kawin kontrak*”, “*kawin gantung*” dan sebagainya. Kendala pada umumnya terjadi ketika orang mengalami kesulitan dalam menentukan status dan akibat hukum yang timbul dari bentuk-bentuk perkawinan seperti itu, terutama jika telah lahir seorang anak sebagai akibat dari perkawinannya.

Undang-undang memberikan kewajiban agar setiap perkawinan dilakukan di hadapan petugas pencatat perkawinan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan. Walaupun banyak pendapat yang menyatakan bahwa kewajiban tersebut tidak mempengaruhi keabsahan perkawinan itu sendiri, karena terhadap sah tidaknya suatu perkawinan, undang-undang telah menyerahkan hal itu kepada hukum agama dan kepercayaan yang dianut oleh masing-masing calon mempelai.

Persoalan yang sering mengemuka di masyarakat adalah menyangkut status dan akibat hukum dari “*kawin siri*” yang banyak dilakukan oleh masyarakat Muslim. Perkawinan siri merupakan bentuk perkawinan yang dilangsungkan tanpa melibatkan petugas pencatat perkawinan, sehingga pelaksanaannya hanya sekedar memenuhi rukun dan syarat yang ditentukan oleh Hukum Islam.

1. Pencatatan Perkawinan

Pencatatan perkawinan memiliki fungsi administratif, dimana setiap orang yang mendaftarkan perbuatannya akan diberikan perlindungan oleh negara dalam bentuk akta otentik yang dapat menjadi bukti kepada siapapun yang di kemudian hari mengajukan keberatan terhadap perkawinan tersebut.

Dalam ruang lingkup akademik, memang selalu menjadi polemik menyangkut apakah kewajiban pencatatan perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan mengikat terhadap keabsahan perkawinan ataukah tidak?

Sebagian pendapat mengatakan bahwa oleh karena keabsahan perkawinan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 2 ayat (1) diserahkan kepada ketentuan hukum agama dan kepercayaan masing-masing mempelai, maka kewajiban pencatatan tersebut tidak mengikat terhadap sah atau tidaknya suatu proses perkawinan. Namun berdasarkan pendapat lain bahwa oleh karena perkawinan merupakan suatu perbuatan hukum, maka syarat pencatatan merupakan syarat tambahan yang mengikat terhadap keabsahan suatu perkawinan dimana hukum akan menganggap bahwa perkawinan itu ada jika telah dicatatkan di kantor pencatat perkawinan.

Pendapat yang kedua tersebut nampaknya lebih banyak diterapkan di dalam praktik, karena terhadap fenomena kawin siri orang pada umumnya berpandangan bahwa anak yang dilahirkan dari hasil

perkawinan siri adalah anak luar kawin atau anak yang secara hukum tidak diakui kedudukannya. Hal tersebut jelas bertentangan dengan konsepsi agama yang menyatakan bahwa kawin siri adalah perkawinan yang sah menurut agama dan memenuhi ketentuan pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan.²⁵

Terdapat beberapa fungsi dari kewajiban pendaftaran perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan antara lain:

- a. Pendaftaran perkawinan merupakan fungsi negara dalam melakukan perlindungan bagi warganya, karena dengan adanya pencatatan terhadap perkawinan akan memberikan jaminan dan kepastian hukum bagi para pihak yang terlibat jika di kemudian hari perkawinan tersebut terjadi masalah dengan pihak lain.
- b. Kewajiban pencatatan juga akan bermanfaat jika di kemudian hari timbul persoalan tentang hak waris, harta bersama atau hak-hak lainnya sebagai akibat dari hubungan hukum yang dibuat dengan pihak lain.
- c. Pencatatan perkawinan dibuat dalam bentuk akta otentik yang memiliki kekuatan pembuktian sempurna, sehingga peristiwa yang dianggap penting dalam sejarah kehidupan manusia dapat terdokumentasikan secara baik dan tertib.²⁶

25 D.Y. Witanto. *Op.cit.* h. 225

26 *Ibid.* h. 227

Namun kalau kita telaah mendalam, maka akan kita dapati bahwa Undang-undang merumuskan tentang ketentuan keabsahan perkawinan dengan kewajiban pencatatan secara terpisah, sehingga menjadi asumsi bahwa sebenarnya pembentuk undang-undang memang tidak menghendaki adanya pencampuran antara syarat sahnya perkawinan dengan kewajiban para pihak untuk melakukan pencatatan perkawinan. Sejalan dengan itu Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnya perkawinan, sehingga keabsahan perkawinan tetap menjadi *domain* hukum agama dan kepercayaan dari para mempelai, sedangkan negara tidak turut campur dalam persoalan sah dan tidaknya perkawinan.

2. Kawin Siri

Fenomena kawin siri sudah menjadi realita sosial di masyarakat, terutama pada masyarakat di pedesaan yang belum begitu memahami tentang pentingnya tindakan pencatatan atas perkawinan yang dilangsungkan. Berdasarkan data dari Kementrian Agama RI, bahwa 48 % dari 80 juta anak di Indonesia lahir dari proses perkawinan yang tidak tercatat. Artinya 35 juta anak di Indonesia sulit untuk mendapatkan Akta Kelahiran, Kartu Tanda Penduduk, hak-hak hukum seperti hak waris dan sebagainya.²⁷

²⁷ Solahuddin, "Nikah Siri, Antara Hukum Agama dan Hukum Negara", *Kompasiana*, <http://www.politik.kompasiana.com>, diakses tanggal 10 Agustus 2012.

Terminologi “kawin siri” dikenal di kalangan para ulama paling tidak sejak masa Imam Malik bin Anas, hanya saja kawin siri yang dikenal pada masa itu berbeda pengertiannya dengan yang dikenal sekarang. Pada masa dahulu yang dimaksud dengan perkawinan siri adalah perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat-syarat perkawinan, hanya saja para saksi diminta untuk merahasiakan atas terjadinya perkawinan tersebut kepada khalayak ramai sehingga dengan sendirinya tidak ada *walimatul-‘ursy*.²⁸

Sedangkan pengertian kawin siri yang berkembang sekarang adalah suatu perkawinan yang dilakukan oleh kedua mempelai dengan memenuhi semua rukun dan syarat perkawinan menurut ketentuan hukum agama, namun proses perkawinan tersebut tidak dilakukan di hadapan pegawai pencatat perkawinan.²⁹

Persoalan sah tidaknya perkawinan adalah memang murni ranah hukum agama dan kepercayaan yang dianut oleh calon mempelai. Namun terkait dengan perkawinan itu, di luar hukum agama yang mengaturnya, pemerintah juga merasa berkepentingan untuk melindungi warga negaranya, salah satu caranya adalah dengan melakukan pencatatan peristiwa akad nikah yang dilangsungkan. Perkawinan oleh karena prosesnya melibatkan orang lain, maka harus dicatat, sehingga hal-hal yang terkait dengan peristiwa itu, dan juga akibatnya, menjadi jelas.

28 Abdullah Wasian, “Akibat Hukum Perkawinan Siri (Tidak Dicatatkan) Terhadap Kedudukan Isteri, Anak, dan Harta Kekayaannya Tinjauan Hukum Islam dan Undang-undang Perkawinan”, (Tesis MA., Pasca Sarjana Universitas Diponegoro, Semarang, 2010), h. 122.

29 Taufiqurrahman al-Azizy, *Jangan Sirri-kan Nikahmu*, (Jakarta: Himmah Media, 2010), h. 35-36

Selanjutnya, melalui Kementrian Agama, pemerintah menerbitkan akta nikah.³⁰

Selanjutnya menurut Syukri Fathudin AW. Dan Vita Fitria bahwa perkawinan siri menimbulkan dampak yang besar bagi perempuan antara lain:

1. Dampak secara hukum: pihak isteri tidak dianggap sebagai isterinya yang sah, tidak bisa memperoleh perlindungan hukum bila terjadi kekerasan dalam rumah tangga, tidak berhak memperoleh harta *gono-gini*, dan tidak berhak atas hak nafkah dan hak warisan. Lagi pula semua dampak hukum diatas juga berlaku pada anak yang dilahirkan dari pernikahan siri tersebut.
2. Dampak secara sosial: perempuan akan sulit bersosial dengan masyarakat dan perempuan akan mengalami beban psikis karena cemoohan masyarakat. Hal mana dampak ini juga dialami oleh anak yang terlahir dari pernikahan siri tersebut.
3. Anak Luar Kawin Perspektif UU Perkawinan

Setiap anak yang dilahirkan ke dunia memiliki fitrah yang sama sebagai makhluk Tuhan YME. Pasal 28 B ayat (2) UUD 1945 menyebutkan bahwa “*setiap anak berhak atas kelangsungan hidup tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan*

30 Imam Suprayogo, “Memahami Akar Keributan Isu Nikah Siri”, *UIN Malang*, <http://www.rektor.uin-malang.ac.id>, diakses tanggal 28 Juli 2012.

dan diskriminasi”. Konstitusi tidak memberika pengecualian atas hak asasi yang disandang oleh setiap anak, tidak terkecuali apakah dia sebagai anak yang sah atau anak luar kawin.

Secara khusus UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dalam bagian ke-sepuluh mengatur tentang hak asasi anak, terdapat 15 pasal yang mengatur tentang hak anak baik dalam kedudukannya sebagai warga negara maupun sebagai manusia.

Namun sebagaimana telah disebutkan pada uraian sebelumnya, seringkali terhadap anak luar kawin masih sering terjadi diskriminasi, baik dari segi yuridis maupun sosiologis. Pokok persoalan tentang ketidakadilan itu bertumpu pada alasan bahwa hukum meniadakan hak-hak keperdataan si anak terhadap ayah biologisnya.

Ketentuan pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan mengatur bahwa *“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”*. Oleh sebagian praktisi, pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan tersebut dinilai telah bertentangan dengan Konstitusi Pasal 28 B ayat (2) dan Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945, serta Pasal 28 C, Pasal 52 Ayat (1) dan Pasal 57 ayat (1).

Pertentangan itu didasarkan bahwa menurut pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan ayah biologis sama sekali tidak bertanggung jawab dan tidak bisa dimintakan pertanggungjawabannya secara perdata atas anak yang lahir dari benihnya di luar perkawinan.

Berkenaan dengan hal itu, Mahkamah Konstitusi memberikan pendapat dalam pertimbangan hukum sebagai berikut:

“ ... tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya ... ”³¹

Anak dan segala kepentingannya harus dipisahkan dari setiap persengketaan yang terjadi pada kedua orang tuanya, urusan sah atau tidaknya perkawinan yang dilakukan oleh orang tuanya, atau bahkan sama sekali tidak ada perkawinan yang telah mendahului proses kelahiran si anak, hak dan kedudukan si anak di mata hukum tidak boleh dirugikan. Hal tersebut dapat kita lihat dari penggalan bunyi pertimbangan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut: “Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan”.³²

Pendapat Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangan di atas cukup memberikan makna yang signifikan bagi masa depan anak-anak yang

31 Mahkamah Konstitusi, *Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Anak Luar Kawin*, (t.p., 2012), h. 34

32 *Ibid*, h. 35

dilahirkan di luar perkawinan, karena pokok pikiran dari uraian pertimbangan tersebut menyiratkan maksud bahwa antara status dan kedudukan anak dipisahkan dari segala tindakan dan perbuatan yang dilakukan oleh orang tuanya.

Jika kita menyimak substansi pokok dari permohonan *judicial review* yang diajukan oleh Pemohon adalah menyangkut kepentingan anak yang merasa dirugikan hak konstitusinya sebagai warga negara oleh adanya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, dan bukan terletak pada persoalan tentang kepentingan sah atau tidaknya perkawinan. Karena menyangkut hal ini sudah bisa dijawab dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan, walaupun dengan segala benturan kepentingan yang diatur dalam pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan.

Argumentasi dalam pertimbangan hukum putusan Mahkamah Konstitusi sebenarnya cukup simpel dan tidak terlalu sulit untuk difahami oleh logika umum, yaitu bahwa Mahkamah menganggap tidak adil jika kehamilan yang merupakan akibat dari hubungan seksual yang dilakukan oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan akibatnya hanya ditimpakan kepada pihak ibu dan anak yang dilahirkannya. Sedangkan si ayah biologis yang telah turut berperan dalam menimbulkan kehamilan dan kelahiran si anak terbebas dari segala tanggung jawab yang timbul di hadapan hukum.

Dalam konteks inilah lahir putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 karena permohonan *judicial review* yang diajukan oleh Hj. Aisyah

Mochtar (Machica binti H. Mochtar Ibrahim) dan Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono sebagai pemohon, yang mana materi pokok permohonannya adalah bahwa pada tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pernikahan antara Pemohon dengan laki-laki bernama Drs. Moerdiono. Namun oleh karena pernikahan tersebut tidak dicatatkan di kantor pencatat perkawinan yang dalam hal ini Kantor Urusan Agama (KUA), maka Pemohon merasa tidak mendapatkan haknya di hadapan hukum dengan adanya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan.

Secara materiil pernikahan keduanya sudah tidak dipersoalkan lagi keabsahannya. Namun karena pernikahan tersebut tidak dicatatkan, maka anak yang dilahirkan dari proses pernikah itu digolongkan sebagai anak luar kawin dalam pengertian secara *legal formal*.

Walhasil dari berbagai pertimbangan diatas maka Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan 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”.

Kemudian walaupun latar belakang persoalan sebagaimana tersebut diatas menyangkut masalah akibat dari perkawinan siri, namun jika kita cermati uraian pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi, maka sebenarnya maksud pertimbangan tersebut tidak hanya berlaku bagi anak luar kawin dalam pengertian hasil dari pernikahan siri, namun juga berlaku juga bagi seluruh jenis anak luar kawin termasuk anak zinah dan anak sumbang. Hal ini terlihat dari pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang berbunyi:

“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. ... hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan”.

Memang harus kita akui bahwa jika kita telaah dari dua sudut pandang yang berbeda, maka makna putusan tersebut dapat menjadi dua pengertian sebagai berikut:

- Dari sudut pandang pihak laki-laki, putusan Mahkamah Konstitusi tersebut akan dapat menekan tingkat persetubuhan di luar nikah, karena setiap laki-laki akan berfikir panjang untuk melakukan persetubuhan di

luar nikah. Jika dari perbuatan itu kemudian melahirkan anak, dirinya tidak akan bebas dari pertanggungjawaban secara perdata si anak dan ibunya.

- Namun dari sudut pandang si perempuan, putusan Mahkamah Konstitusi tersebut bisa menjadi *kontraproduktif* karena seorang perempuan tidak akan merasa khawatir lagi untuk berhubungan seks sebelum nikah, dengan anggapan bahwa suatu saat jika lahir seorang anak tetap ia akan memiliki hubungan perdata dengan laki-laki yang menghamilinya.

Dua sudut pandang tersebut bukan tidak mustahil akan terbangun dalam paradigma masyarakat. Namun terlepas dari dua kemungkinan itu, sebenarnya putusan Mahkamah Konstitusi tidak menempatkan diri pada posisi pihak laki-laki maupun perempuan, akan tetapi dibangun atas dasar kepentingan si anak. Sehingga tidak menjadi hal yang penting bagi Mahkamah Konstitusi menyangkut perbedaan pandangan akan hal itu, sepanjang hak-hak anak yang lahir di luar perkawinan yang sah bisa mendapatkan kedudukan yang layak di mata hukum.³³

Maka terhadap revisi Pasal 43 ayat (1) versi Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat kita lihat bahwa hubungan keperdataan antara si anak dengan pihak ibu terjadi secara otomatis (demi hukum), namun hubungan keperdataan dengan pihak ayah tetap tidak terjadi dengan

³³ D.Y. Witanto. *Op.cit.* h. 249-250

sendirinya, karena pihak-pihak yang berkepentingan yang dalam hal ini si ibu atau si anak harus membuktikan terlebih dahulu bahwa si laki-laki yang dianggapnya sebagai ayah biologis itu benar-benar adalah ayahnya.

B. Anak Luar Kawin dalam Perspektif Hukum Islam

1. Penentuan Nasab Anak dalam Hukum Islam

Pembicaraan tentang anak luar kawin dalam konsepsi hukum islam tidak bisa dipungkiri bahwa pada akhirnya akan masuk pada pembicaraan tentang perzinahan karena kelahiran anak luar kawin dalam konsep hukum Islam pasti akan didahului oleh adanya perbuatan zina, kecuali anak luar kawin dalam katagori *syubhat*.

Disamping itu, pembahasan terkait nasab juga sangat penting adanya, mengingat nasab adalah legalitas hubungan kekeluargaan yang berdasarkan tali darah, sebagai salah satu akibat dari pernikahan yang sah, atau nikah fasid, atau senggama *syubhat*. Nasab merupakan sebuah pengakuan *syara'* bagi hubungan seorang anak dengan garis keturunan ayahnya sehingga dengan itu anak tersebut menjadi salah seorang anggota keluarga dari ayahnya.

Sedangkan menurut Wahbah al-Zuhaili, nasab adalah suatu sandaran yang kokoh untuk meletakkan suatu hubungan kekeluargaan berdasarkan kesatuan darah atau pertimbangan bahwa yang satu adalah bagian dari yang lain.³⁴

Adapun dasar-dasar tetapnya nasab dari seorang anak kepada bapaknya, bisa terjadi dikarenakan oleh beberapa hal yaitu :

a. melalui pernikahan yang sah

Para ulama fiqh sepakat bahwa para wanita yang bersuami dengan akad yang sah apabila melahirkan maka anaknya itu dinasabkan kepada suaminya itu. Mereka berdasarkan pendapat tersebut antara lain pada hadist : *“anak-anak yang dilahirkan adalah untuk laki-laki yang punya isteri (yang melahirkan anak itu) dan bagi pezina adalah rajam”*³⁵

Anak yang dilahirkan itu dinasabkan kepada suami ibu yang melahirkan dengan syarat:

- 1) Menurut kalangan hanafiyah anak itu dilahirkan enam bulan setelah perkawinan. Dan jumhur ulama menambahkan dengan syarat suami isteri itu telah melakukan senggama. Jika kelahiran itu kurang dari

³⁴ D.Y. Witanto, *ibid*, h. 78

³⁵ Ibn Hajar al-Asqalani, *Fath al-Barry*, juz XII, (Beirut: Dar al-Fikr, t.th), h. 127

enam bulan, maka anak itu dapat dinasabkan kepada suami si wanita.³⁶

Batasan enam bulan ini didasarkan pada kesepakatan para ulama, bahwa masa minimal kehamilan adalah enam bulan.³⁷ Kesimpulan ini mereka ambil dari pemahaman beberapa ayat al-Qur'an, di antaranya firman Allah SWT dalam surat al-Ahqaf ayat 15 yang berbunyi:

ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها
وحمله وفصاله ثلاثون شهرا حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين
سنة قال رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي
وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأصلح لي في ذريتي
"إني تبت إليك وإني من المسلمين"

Terjemahnya: " Kami perintahkan kepada manusia supaya berbuat baik kepada dua orang ibu bapaknya, ibunya mengandungnya dengan susah payah, dan melahirkan dengan susah payah pula, mengandung sampai menyapihnya adalah selama tiga puluh bulan sehingga apabila dia telah dewasa dan umurnya sampai empat puluh tahun ia berdoa "a : ya Tuhanku , tunjukilah aku untuk mensyukuri nikmat engkau yang telah engkau berikan kepadaku dan kepada ibu bapakku dan supaya aku dapat

³⁶ Wahbah al- Zuhailiy, *Al-Fiqh al- Islamiy wa Adillatuhu*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1997), cet. Ke-2 . h. 7257

³⁷ Ibnu Rusyd, *Bidayah al-Mujtahid*, Juz V, (Beirut : Dar al- Fikr, t.th), h. 348

berbuat amal sholeh yang engkau ridhai; berikanlah kebaikan kepadaku dengan memberikan kebaikan kepada anak cucuku. Sesungguhnya aku bertaubat kepada engkau dan sesungguhnya ajau termasuk orang-orang yang berserah diri.” (QS. Al-Ahqaf : 15)³⁸

Dan firman Allah SWT dalam surat Luqman ayat 14 yang berbunyi:

ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله
 "في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير"

Terjemahnya: “ Dan kami perintahkan kepada manusia supaya berbuat baik kepada dua orang ibu bapaknya, ibunya telah mengandungnya dalam keadaan lemah yang bertambah-tambah dan menyapihnya selama dua tahun” (QS. Luqman : 14)³⁹

Dalam surat al-Ahqaf ayat dijelaskan bahwa masa kehamilan dan menyusui adalah 30 bulan, tanpa ada perincian berapa masa menyusui dan berapa masa kehamilan. Surat luqman ayat 14 menjelaskan masa menyusui adalah 2 tahun atau 24 (dua puluh empat) bulan. Dari ini dapat dipahami masa minimal kehamilan adalah enam bulan.

Penentuan batas minimal 6 bulan masa kehamilan setelah terjadi hubungan suami istri yang nyata menurut Mayoritas ulama dan setelah adanya akad perkawinan menurut ulama al-Hanafiyah⁴⁰,

38 al-Qur'an, 46: 15.

39 al-Qur'an, 31: 14.

40 Wahbah Al-Zuhaily, *ibid* h. 676

yang dijadikan sandaran ahli hukum Islam secara mayoritas adalah didasarkan pada hadis “*qaala Rasulullah SWA al-walad lilfirasyy wa lil’aahir al-hijru*”⁴¹. Maksud hadis ini menurut Wahbah al-Zuhaili adalah bahwa seorang anak nasabnya dapat dihubungkan terhadap ayahnya hanya dalam perkawinan yang sah. Yang dimaksud *al-firasyy* dalam hadis tersebut adalah seorang perempuan menurut pandangan kebanyakan ulama, adapun perzinaan tidak dapat dijadikan sebab adanya hubungan nasab antara ayah pezina dengan anak zinanya, sebab seorang pezina berhak menerima hukuman rajam atau dilempar dengan batu. Seorang perempuan tidak dapat dinyatakan dengan *firasyy* kecuali perempuan itu memungkinkan dapat melakukan hubungan suami istri.

Adapun batas maksimum seorang ibu mengandung janin, terjadi perbedaan pendapat menurut Imam Malik selama lima tahun, menurut Imam Syafi’iy selama empat tahun, menurut Imam Ahmad dan Imam Abu Hanifah dua tahun, sesuai yang dinyatakan ‘Aisyah ra. bahwa seorang perempuan hamil tidak melebihi dua tahun. Muhammad bin al-hakm menjelaskan bahwa seorang perempuan hamil paling lama satu tahun hijriah dan menurut Dhahiriyah selama sembilan bulan tidak lebih dari itu.⁴²

Abu Zahrah⁴³ dalam hal ini menegaskan bahwa penentuan waktu lamanya hamil seorang ibu, tidak didasarkan pada nash,

41 Hadis ini diriwayatkan al-Jama’ah selain al-Turmudzy

42 Syamusl Anwar, *Nasab Anak di Luar Perkawinan Paska Putusan Mahkamah Konstitusi Menurut Teori Fikih dan Perundang-undangan*. (Majalengka, t.p. 2012), h. 19

43 Abu Zahrah, *Ushul Fiqh* (Bairut: Dar Al-fikr, 198) h. 452

melainkan berdasarkan kebiasaan suatu daerah. Menurut penelitian yang dilakukan sekarang diperkirakan masa maksimum kehamilan adalah sembilan bulan, ditambah satu bulan untuk kehati-hatian menjadi sepuluh bulan. Begitu pula menurut Ibnu Rusyd dalam masalah ini dikembalikan kepada kebiasaan suatu daerah dan ilmu kedokteran. Menurut Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1929 tentang hukum perkawinan yang berlaku di Mesir, batas maksimum masa kehamilan adalah satu tahun Masehi atau 365 hari, penentuan ini diperlukan untuk mengantisipasi gugatan nafkah iddah dan gugatan yang berkaitan dengan nasab (hubungan darah) untuk menetapkan hak kewarisan dan menetapkan wasiat bagi anak yang dikandung itu.

2) Laki-laki yang menjadi suami wanita tersebut haruslah seseorang yang memungkinkan memberikan berketurunan, yang menurut kesepakatan ulama adalah laki-laki yang sudah baligh. Oleh karena itu, anak yang dilahirkan oleh seorang wanita dengan suami yang masih kecil, yang menurut kebiasaan belum bisa berketurunan, atau yang tidak bisa melakukan senggama tidak bisa dinasabkan kepada suaminya, meskipun anak itu lahir setelah enam bulan dari perkawinan.⁴⁴

3) Suami isteri pernah bertemu minimal satu kali setelah akad nikah. Hal ini disepakati oleh ulama. Namun mereka berbeda dalam mengartikan kemungkinan bertemu, apakah pertemuan tersebut

44 Wahbah al- Zuhailiy, *op.cit.*, h. 7256

bersifat lahiriyah atau bersifat perkiraan. Ulama hanafiyah berpendapat bahwa pertemuan berdasarkan perkiraan menurut logika bisa terjadi. Oleh sebab itu, apabila wanita itu hamil selama enam bulan sejak ia diperkirakan bertemu dengan suaminya, maka anak yang lahir dari kandungannya itu dinasabkan kepada suaminya. Namun argumentasi ini ditolak oleh jumhur ulama.

b. Nasab yang ditetapkan melalui pernikahan fasid

Pernikahan fasid adalah pernikahan yang dilangsungkan dalam keadaan cacat syarat sahnya. Misalnya menikahi wanita yang masih dalam masa iddah. Menurut kesepakatan ulama fiqh penetapan nasab anak yang lahir dalam pernikahan fasid sama dengan penetapan nasab anak dalam pernikahan yang sah. Akan tetapi ulama fiqh mengemukakan tiga syarat dalam penetapan nasab anak-anak dalam pernikahan fasid tersebut:

- 1) suami punya kemampuan menjadikan isterinya hamil, yaitu seorang yang baligh dan tidak memiliki satu penyakit yang bisa menyebabkan isterinya tidak hamil.
- 2) hubungan senggama bisa dilaksanakan.
- 3) anak dilahirkan dalam waktu enam bulan atau lebih setelah terjadinya akad fasid (menurut jumhur ulama) dan sejak hubungan senggama (menurut ulama hanafiyah). Apabila anak itu lahir sebelum waktu enam bulan setelah akad nikah atau melakukan hubungan senggama, maka anak itu tidak bisa dinasabkan kepada suami wanita tersebut.

Apabila anak lahir setelah pasangan suami isteri melakukan senggama dan berpisah, dan anak itu lahir sebelum masa maksimal masa kehamilan, maka anak itu dinasabkan kepada suami wanita tersebut. Namun jika anak itu lahir setelah masa maksimal kehamilan, maka anak itu tidak bisa dinasabkan kepada suami wanita tersebut.

c. Nasab yang disebabkan karena senggama syubhat

Senggama syubhat maksudnya terjadinya hubungan seksual antara seorang laki-laki dengan seorang wanita yang dalam keyakinannya adalah isterinya. Nasab disini menjadi diakui bukan karena terjadinya pernikahan yang sah dan bukan pula karena adanya senggama dalam akad nikah yang fasid dan bukan pula dari perbutana zina, tetapi karena telah terjadi kesalahdugaan. Misalnya; dalam keadaan malam yang gelap seorang laki-laki menyenggamai seorang wanita didalam kamarnya yang menurut keyakinannya adalah isterinya. Dalam kasus seperti ini jika wanita itu hamil dan melahirkan setelah enam bulan sejak terjadinya senggama syubhat dan sebelum masa maksimal kehamilan, maka anak yang lahir itu dinasabkan kepada laki-laki yang menyenggamainya. Akan tetapi jika anak itu lahir setelah masa maksimal masa kehamilan maka anak itu tidak dapat dinasabkan kepada laki-laki itu.⁴⁵

45 Wahbah al- Zuhailiy, *op.cit.*, h. 7264

d. Pengakuan

Seorang anak yang sah dapat ditetapkan melalui pengakuan dengan syarat:

1. Orang yang diakui tidak dikenal keturunannya.
2. Adanya kemungkinan orang yang diakui itu sebagai anak bagi orang yang mengakui.
3. Pengakuan itu dibenarkan oleh anak yang diakuinya.

e. saksi

Keturunan anak yang sah dapat juga ditentukan dengan adanya bukti konkret seperti adanya dua orang saksi laki-laki atau seorang laki-laki dan dua orang wanita. Apabila seorang mengakui bahwa seorang yang lain adalah anaknya yang sah, sedang orang yang diakui itu menolak, maka yang mengakui dapat mengemukakan dua orang saksi sebagai bukti dan hakim memutuskan bahwa orang yang diakui itu adalah anak yang sah.⁴⁶

2. Pembagian Anak Luar Kawin dalam Perspektif Hukum Islam

- 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

⁴⁶ Fitrian Noor Hata, "Status Hukum dan Hak Anak Hasil Perkawinan Wanita Hamil", <http://www.badilag.net>.

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.⁴⁷ Perbedaan pendapat ini disebabkan karena terjadinya perbedaan ulama dalam mengartikan lafaz *fiarsy*, dalam hadist nabi:

“anak itu bagi pemilik tilam dan bagi pezina adalah hukum rajam”.

Mayoritas ulama mengartikan lafadz *firasy* menunjukkan kepada perempuan, yang diambilkan ibarat dari tingkah *iftirasy* (duduk berlutut). Namun ada juga ulama yang mengartikan kepada laki-laki (bapak).⁴⁸

b. Anak yang dibuahi dan dilahirkan diluar pernikahan yang sah

Status anak diluar nikah dalam kategori yang kedua, disamakan statusnya dengan anak zina dan anak *li'an*, oleh karena itu maka mempunyai akibat hukum sebagai berikut:

- 1) tidak ada 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

⁴⁷ M. Ali Hasan, *Azas-azas Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Raja wali Press, 1997), h. 81

⁴⁸ Jalaluddin al-Mahalli, *al-Qulyuby wa Umarah* , Juz III, (Semarang: Maktabah Putra Semarang, t.th.), h. 31

anaknya. Jadi hubungan yang timbul hanyalah secara manusiawi, bukan secara hukum.

2) tidak ada saling mewaris dengan bapaknya, karena hubungan nasab merupakan salah satu penyebab kerwarisan.

3) bapak tidak dapat menjadi wali bagi anak diluar nikah. Apabila anak diluar nikah itu kebetulan seorang perempuan dan sudah dewasa lalu akan menikah, maka ia tidak berhak dinikahkan oleh bapak biologisnya.⁴⁹

c. Anak yang dibuahi dan dilahirkan didalam pernikahan yang sah menurut agama, namun tidak dicatatkan

Status anak ini dalam perspektif hukum islam adalah sebagai anak sah, karena ia dibuahi dan dilahirkan didalam ikatan perkawinan yang sah menurut agama kedua orang tuanya. Hanya saja di hadapan hukum, anak ini tidak mempunyai kekuatan hukum, dan oleh karenanya secara yuridis ia tidak mendapat perlindungan hukum negara, karena permasalahan syarat formal administrasi.

3. Kedudukan Anak Luar Kawin dalam Perspektif Hukum Islam

Dalam konstruksi hukum Islam memang agak sulit untuk menempatkan posisi anak luar kawin sesuai dengan apa yang dikehendaki oleh Putusan Mahkamah Konstitusi. Karena anak luar kawin sama sekali tidak bisa dinasabkan kepada ayah biologisnya, sehingga dia tidak mungkin bisa menjadi ahli waris ayah biologisnya. Kecuali bila dimaksud

⁴⁹ Dr. Amir Syarifuddin, *Meretas Kebekuan Ijtihad*, (Jakarta: Ciputat Press, 2002), h.

anak luar kawin adalah anak yang terlahir sebab dan didalam perkawinan yang sah, namun tidak dicatatkan di KUA.

Dari persyaratan tersebut dapat disimpulkan bahwa seorang anak dapat dihubungkan nasabnya terhadap orang tuanya harus terpenuhi tiga aspek secara komulatif, yaitu anak tersebut dilahirkan dalam ikatan perkawinan yang sah, bukan hasil dari hubungan badan di luar ikatan perkawinan (zina), suami istri telah melakukan hubungan badan secara nyata dan anak tersebut berada dalam kandungan ibunya minimal 6 bulan, terhimpunya ketiga aspek tersebut juga disyaratkan suami memungkinkan dapat menghamili istrinya, antara suami istri telah pernah hidup bersama dalam satu ranjang dan suami tidak pernah mengingkari anak yang dilahirkannya. Dengan demikian apabila hal-hal tersebut tidak terpenuhi, maka seorang anak nasabnya tidak dapat dihubungkan terhadap suami dari ibunya itu.

Oleh karena itu yang menjadi kaidah umum adanya ikatan nasab antara anak dengan orang tuanya (ayahnya) adalah adanya ikatan perkawinan yang sah dan diukur dari masa kehamilan ibunya minimal 6 bulan setelah adanya akad perkawinan dalam ikatan perkawinan yang sah menurut hukum, atau istri telah selesai menjalankan masa iddah raj'iy, dan masa kehamilannya kurang dari 6 bulan yang dihitung mulai dari selesai masa iddah, atau istri selesai menjalankan masa iddah thalak ba'in dengan masa kehamilan kurang dari enam bulan, kecuali akad perkawinannya

menjadi fasid, maka adanya ikatan nasab didasarkan pada adanya hubungan badan secara nyata dan kehamilan istrinya lebih dari 6 bulan setelah hubungan badan itu. Dari kaidah umum ini melahirkan konsekwensi bahwa anak yang dilahirkan oleh seorang perempuan yang tidak ada ikatan perkawinan dengan laki-laki yang menghamilinya, maka anak tersebut tidak memiliki hubungan nasab dengan ayahnya.

Dan oleh karena itu ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 100 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” telah sejalan dengan teori fikih yang bersifat universal.

Kemudian persoalan yang timbul adalah, apakah ketentuan tersebut bertentangan dengan Konstitusi Negara RI, yaitu Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28 D ayat (1)?

Norma-norma hukum yang dimuat pada UUD 45 tersebut harus dibaca sesuai kronologisnya, Pasal 28 B ayat (1) menyatakan “setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”. Pasal 28 B ayat (2) menyatakan “setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi” dan Pasal 28 D ayat (1) menyatakan “setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”.

Ketentuan-ketentuan tersebut yang menjadi kata kunci adalah “melalui perkawinan yang sah” sebagaimana terdapat pada Pasal 28 B ayat (1) UUD 45, yang dimaksud perkawinan yang sah disini harus dibaca sesuai ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yaitu “perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu”. Norma dasar ini menghendaki bahwa setiap orang diberikan hak untuk mendapatkan keturunan yang dibenarkan, yaitu keturunan yang diperoleh dari perkawinan yang sah menurut hukum agamanya, dan tidak melegalkan hak untuk mendapatkan keturunan dari perkumpulan seorang laki-laki dan seorang perempuan tanpa ikatan perkawinan yang sah atau kumpul kebo. Oleh karena itu pula menurut UUD 45 ini keturunan (baca anak) yang sah adalah keturunan yang dilahirkan dari perkawinan yang sah yang berarti pula tidak melegalkan keturunan yang sah dari perkumpulan seorang laki-laki dan seorang perempuan tanpa ikatan perkawinan (kumpul kebo). Pasal 28 B ayat (2) UUD 45 adalah turunan dari ayat sebelumnya, dalam ayat ini menunjukan hak-hak anak yang merupakan kewajiban orangtuanya yang sah untuk memberikan segala sesuatu demi kelangsungan hidup, pertumbuhan dan perkembangan anak, demikian pula negara berkewajiban melindungi anak dari kekerasan (dalam rumah tangga) dan diskriminasi. Sedangkan Pasal 28 D ayat (1) menunjukan kewajiban negara terhadap setiap orang sebagai warga negara diharuskan mendapatkan pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum

yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Setiap orang dalam ayat ini kaitannya dengan anak adalah setiap anak baik yang dilahirkan dari perkawinan yang sah maupun yang dilahirkan di luar perkawinan, termasuk di dalamnya anak-anak terlantar yang asal usulnya tidak diketahui atau ditinggalkan orang tuanya atau anak yang dibuang oleh ibunya, walaupun status dan identitas diantara mereka berbeda-beda.

Ketentuan tersebut bila diterapkan dalam kasus misalnya A (perempuan) dan B (laki-laki), sebelum adanya ikatan perkawinan, mereka pernah berkumpul dalam satu ranjang, sehingga A melahirkan anak C, setelah itu A dan B menikah dan setahun setelah menikah lahirlah anak yang kedua D. Dengan demikian A dan B memiliki dua anak C dan D, C sebagai anak yang lahir di luar perkawinan (hasil kumpul kebo) dan D sebagai anak yang lahir dari perkawinan yang sah. C dan D sebagai anak yang statusnya berbeda menurut hukum karena penyebab kelahirannya berbeda, C hanya memiliki hubungan nasab dengan A sebagai ibunya, sedangkan hubungannya dengan B hanya sebagai ayah biologis, bukan ayah yang sah secara hukum oleh karena itu menurut UUD 45 B tidak memiliki hak untuk mengakui C sebagai anaknya, sedangkan D memiliki hubungan nasab baik dengan A sebagai ibunya maupun dengan B sebagai ayahnya. Membedakan status C dan D dihadapan hukum bukanlah perlakuan diskriminasi, melainkan adanya dua peristiwa hukum yang berbeda yang mengharuskan statusnya berbeda, walaupun C dan D statusnya berbeda, kedua-duanya oleh negara harus diperlakukan sama.

Apabila status C dan D status nasabnya disamakan, maka persamaan status ini akan bertentangan dengan Pasal 28 B ayat (1) UUD 45 sebagaimana tersebut di atas, sebab seorang diberikan hak oleh hukum untuk mendapatkan keturunan “hanya” melalui perkawinan yang sah, arti kebalikan (*mafhum mukhalafah*) dari pasal ini adalah seorang tidak diberikan hak untuk mendapatkan keturunan dari hubungan badan seorang laki-laki dengan seorang perempuan tanpa ikatan perkawinan yang sah.

Dari penelaahan tersebut, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, selain sejalan dengan teori fikih, juga sejalan atau paling tidak, tidak bertentangan dengan UUD 1945 khususnya Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28 D ayat (1), nampaknya kesimpulan ini berbeda dengan pendapat Mahkamah Konstitusi yang menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, bertentangan dengan UUD 1945, karena menutup hak anak yang lahir di luar perkawinan atas adanya hubungan perdata dengan ayahnya dan keluarga ayahnya⁵⁰.

Oleh karena itu Mahkamah Konstitusi me-review ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang berbunyi “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” menjadi “anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan

50 Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Pebruari 2012, h. 36

berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”⁵¹

Tujuan perombakan (review) Pasal 43 ayat 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut sebagaimana yang dikutip A. Mukti Arto⁵² adalah:

- a. Memberi legalitas hukum hubungan darah antara anak dengan ayah biologisnya yang semula hanya merupakan sebuah realitas menjadi hubungan hukum, sehingga memiliki akibat hukum.
- b. Memberi perlindungan hukum atas hak-hak dasar anak baik terhadap ayahnya dan keluarga ayahnya maupun lingkungannya.
- c. Memberi perlakuan yang adil terhadap setiap anak yang dilahirkan meskipun perkawinan orang tuanya tidak (belum) ada kepastian.
- d. Menegaskan adanya hubungan perdata setiap anak dengan ayah biologisnya dan keluarga ayahnya menurut hukum sebagaimana hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.
- e. Menegaskan adanya kewajiban ayah menurut hukum (legal custody) memelihara setiap anak yang dilahirkan dari darahnya.
- f. Melindungi hak waris anak dari ayahnya karena adanya hubungan darah, hak dan tanggung jawab satu sama lain.

⁵¹ Putusan MK, *ibid* h. 37

⁵² A. Mukti Arto, *Diskusi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-III/2010 Tanggal 27 Pebruari 2012 Tentang Perubahan Pasal 43 UUP*, (Bahan Diskusi Hukum hakim PTA Ambon dan PA Ambon Bersama Pejabat Kepanitrean pada tanggal 16 Maret 2012 di Auditorium PTA Ambon) h. 5-6.

- g. Menjamin masa depan anak sebagaimana anak-anak pada umumnya.
- h. Menjamin hak-hak anak untuk mendapat pengasuhan, pemeliharaan, pendidikan dan biaya penghidupan, perlindungan dan lain sebagainya dari ayahnya sebagaimana mestinya.
- i. Memberi ketegasan hukum bahwa setiap laki-laki harus bertanggung jawab atas tindakannya dan akibat yang timbul karena perbuatannya itu, dalam hal menyebabkan lahirnya anak, mereka tidak dapat melepaskan diri dari tanggung jawab tersebut.

Tujuan-tujuan perombakan (review) Pasal 43 ayat (1) tersebut terlihat sangat erat kaitannya dengan *hifdhu al-nasl* yang merupakan salah satu tujuan pokok dari lembaga hukum perkawinan dalam hukum Islam. Oleh karena itu untuk meraih tujuan-tujuan itu dapat diraih secara benar dan pasti, bukanlah dengan merombak Pasal 43 ayat (1) UUP tersebut, melainkan dengan cara me-review Undang-Undang Perkawinan secara keseluruhan yang selama ini dirasakan madul dan tidak tegas serta tidak memberikan sanksi apapun terhadap orang yang melanggarnya. Selain itu tujuan-tujuan tersebut tidak secara jelas menunjuk pada keadaan anak yang di atur dalam Pasal 43 ayat (1) itu, karena substansi yang diatur dalam pasal ini adalah tentang anak yang lahir di luar ikatan perkawinan atau anak yang lahir dari seorang perempuan yang tidak memiliki ikatan perkawinan dengan laki-laki yang menghamilinya. Sedangkan kasus yang menjadi dasar permohonan yudisial review ini adalah kasus anak

Moerdiono dari istri sirinya yang bernama Hj. Aisyah Mokhtar. Kasus anak Moerdiono ini tidak dapat dikategorikan anak di luar perkawinan sebagaimana yang ditunjuk Pasal 43 tersebut, melainkan anak yang lahir dari perkawinan poligami di bawah tangan sebagaimana telah di jelaskan di atas.

Agar kasus ini tidak terulang, maka pasal-pasal tentang prosedur poligami dalam undang-undang perkawinan tersebut perlu ditinjau ulang, yang sebenarnya kasus-kasus seperti ini sangat banyak terjadi di masyarakat, hanya saja mereka tidak mempermasalahkannya dan atau tidak keberatan atas poligami tersebut, kehidupan diantara mereka tetap berlangsung dengan damai, hak dan kewajiban di antara mereka berjalan sebagai mana lazimnya.

Apabila orientasi perombakan pasal ini ditujukan terhadap legalisasi nasab anak yang dilahirkan di luar ikatan perkawinan yang sah, maka implikasi negatifnya akan lebih dominan dari pada manfaat jaminan terhadap anak yang akan di raih. Implikasi negatif dalam contoh kasus di atas, tidak akan terlihat, karena ibu dan ayah biologis dari anak itu telah bersatu dalam ikatan perkawinan, akan tetapi pada kasus-kasus yang lain akan terlihat dengan jelas, misalnya A (istri) dan B (suami) di antara mereka telah terjalin ikatan perkawinan dan telah memiliki dua orang anak, yaitu C dan D, di pihak lain E (istri) dan F (suami) juga telah terjalin ikatan perkawinan dan telah memiliki dua orang anak, yaitu G dan H. Secara diam-diam F dan A menjalin hubungan intim sampai melakukan

hubungan badan dan kemudian A melahirkan satu orang anak dari F yang bernama I, demikian pula B dan E menjalin hubungan intim sampai melakukan hubungan badan dan E melahirkan seorang anak dari B yang bernama J, yang berarti I adalah anak dari ibunya A yang ayahnya F, berarti orang tua I itu adalah A dan F yang tidak memiliki hubungan ikatan perkawinan, demikian pula orang tua J adalah B dan E yang tidak memiliki hubungan ikatan perkawinan. Yang berarti dua keluarga ini akan membentuk empat keluarga secara silang. Masalah lain misalnya A (istri) B (suami) telah terikat perkawinan akan tetapi tidak memiliki anak, karena B mandul, di pihak lain C (istri) dan D (suami) telah terikat perkawinan akan tetapi juga tidak memiliki anak, karena C mandul. Agar kedua keluarga ini sama-sama memiliki anak, maka terjadi kerja sama antara A dan D dengan melakukan hubungan badan, kemudian A melahirkan anak tiga orang yaitu E, F dan G, ketiga anak ini adalah anak silang yang dilahirkan A bukan dari suaminya, ayahnya adalah D yang tidak dilahirkan dari istrinya. Tatanan kehidupan pembentukan keluarga seperti ini pernah berlaku pada zaman jahiliyah dengan melegalisasikan nasab anak yang dilahirkan oleh seorang perempuan yang dihamili seorang laki-laki yang tidak memiliki hubungan ikatan perkawinan yang kemudian dibatalkan oleh Islam⁴⁶ hal-hal yang demikian akan berakibat pencemaran lembaga hukum perkawinan itu sendiri, mengacaukan silsilah keturunan, tidak terjamin adanya ketertiban umum dan akan melenyapkan sendi-sendi tatanan kehidupan manusia yang layak dan bermartabat.

Hal senada telah diputuskan oleh Lajnah Bahtsul Masail (LBM) Pondok Pesantren Lirboyo yang merekomendasikan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi terkait permohonan *judicial review* atas Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut tidak sesuai dengan rumusan fiqih. Adapun dasar yang digunakan adalah sebagaimana dalam kitab *Mughnil Muhtaj*:

**“والمخلوقة من ماء (زناه) سواء أكانت
المزني بها مطاوعة أم لا سواء تحقق أنها من مائه
أم لا (تحل له) لأنها أجنبية عنه إذ لا حرمة لماء الزنا
بدليل انتفاء سائر أحكام النسب من إرث وغيره
عنها فلا تتبع الأحكام كما يقول به الخصم.”**

Terjemahnya: “ adapun anak perempuan yang terlahir dari hasil zina, apakah perempuan yang dizina mempersilakannya ataukah tidak, baik nyata bahwa anak itu betul-betul anak hasil zina ataukah tidak, maka anak perempuan tersebut halal bagi laki-laki yang menyebabkan kelahirannya. Karena status anak itu adalah sebagai orang lain, berdasarkan prinsip tidak ada kehormatan atas air (sperma) zina...”⁵³

53 Imam Khotib Syarbini, *Mughnil Muhtaj*, juz IV, Beirut: Dar al-Fikr, t.th., h. 103

BAB IV

KONSEKWENSI YURIDIS ANAK LUAR KAWIN PASCA PUTUSAN MK UJI MATERIIL UU PERKAWINAN

A. Perspektif UU Perkawinan

Anak merupakan subjek hukum yang tidak memiliki kemampuan untuk mempertahankan kepentingan hukumnya sendiri, sehingga setiap tindakan hukum yang dilakukan oleh seorang anak harus diwakili oleh orang tuanya atau walinya yang sah.

Berkaitan dengan seorang anak lahir di luar kawin, maka perwalian akan dipegang oleh pihak ibu. Hal ini sebagai akibat dari pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan. Kemudian dengan keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010, maka timbul hubungan hukum antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya yang nyata dan terbukti bahwa antara si anak dan si ayah memiliki hubungan darah atau si ayah adalah orang yang telah membenihkan si anak di rahim ibunya. Sehingga dengan terbukanya hubungan perdata tersebut, maka hak *alimentasi* menjadi terjalin.

Sejak keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut seorang anak melalui putusan pengadilan berhak untuk mendapatkan biaya pemeliharaan dan pendidikan dari ayah biologisnya.

Hak *alimentasi* (pemeliharaan dan nafkah) menurut Buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi pengadilan dalam Empat Lingkungan Peradilan Buku II antara lain:

1. Nafkah anak merupakan kewajiban ayah, dalam keadaan ayah tidak mampu ibu berkewajiban untuk memberi nafkah anak.
2. Pemeliharaan anak pada dasarnya untuk kepentingan anak, baik untuk pertumbuhan jasmani, rohani, kecerdasan intelektual dan agamanya. Oleh karenanya ibu lebih layak dan lebih berhak untuk memelihara anak di bawah usia 12 tahun.
3. Pemeliharaan anak yang belum berusia 12 tahun dapat dialihkan kepada ayahnya, bila ibu dianggap tidak cakap, mengabaikan atau mempunyai perilaku buruk yang akan menghambat pertumbuhan jasmani, rohani, kecerdasan intelektual dan agama si anak.
4. Pengalihan pemeliharaan anak tersebut dalam angka 3 di atas harus didasarkan atas putusan pengadilan agama dengan mengajukan permohonan pencabutan kekuasaan orang tua jika anak tersebut oleh pengadilan agama telah ditetapkan dibawah asuhan isterinya.

5. Pencabutan kekuasaan orang tua dapat diajukan oleh orang tua yang lain, anak, keluarga dalam garis lurus ke atas, saudara kandung dan pejabat yang berwenang (jaksa).

6. Untuk keseragaman amar putusan permohonan pemeliharaan anak berbunyi:

“menetapkan anak bernama Bin/binti umur tahun/tanggal lahir berada di bawah *hadhanah*”

7. Dalam hal *hadhanah* dimintakan pencabutan ke pengadilan agama, maka amarnya berbunyi:

“Mencabut hak *hadhanah* dan termohon (nama bin/binti)”⁵⁴

Di sisi lain penerapan tentang kewajiban pemeliharaan kepada ayah biologis juga menimbulkan kewajiban bagi si anak untuk menghormati dan menghargai si ayah sebagai orang tuanya, termasuk kewajiban untuk melakukan pengurusan kepada si ayah jika si anak telah tumbuh dewasa. Bahkan dalam ruang lingkup hukum waris ayah biologis juga berhak atas warisan anaknya yang lahir secara luar kawin.

Penerapan prinsip hak keperdataan bagi anak luar kawin terhadap ayah biologisnya dapat dianalogikan dengan anak luar kawin yang telah mendapat pengakuan oleh orang tua biologisnya sebagaimana diatur dalam

⁵⁴ Mahkamah Agung RI. *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan dalam Empat Lingkungan Peradilan Buku II*. Edisi 2007, (Jakarta, 2009), h. 480-482.

Pasal 280 KUH Perdata. Hal ini didasarkan pada tidak adanya fasilitas hukum yang dapat digunakan untuk menindaklanjuti keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut.

Dalam hal waris-mewaris, anak luar kawin yang telah diakui oleh ayah biologisnya juga berhak untuk menerima warisan. Hal ini dikarenakan menurut B.W. hanya mereka yang mempunyai hubungan hukum dengan si pewaris. Sedangkan hubungan hukum antara anak luar kawin dengan orang tuanya baru ada jika sudah ada pengakuan secara sah.⁵⁵

Kemudian bagaimana hak mewaris anak-anak luar kawin yang tidak diakui dan anak-anak hasil zina atau hubungan sumbang? Sebagaimana telah dijelaskan diatas bahwa sekalipun anak luar kawin tersebut terlahir dari hasil hubungan zina atau sumbang, namun mereka tetap bisa diakui sebagai anak oleh ayah biologisnya.

Sehingga sekarang tinggal permasalahan anak luar kawin yang tidak diakui oleh ayah biologisnya. Pasal 298 ayat (i) KUH Perdata membuka kemungkinan bagi anak luar kawin tersebut untuk menuntut hak *alimentasi* dari ayah yang telah meninggal sebagai ahli waris yang tidak melebihi bagian warisan seorang anak luar kawin yang telah diakui. Hak *alimentasi* tersebut bersifat umum, yang tidak dapat dirampas baik dengan suatu persetujuan atau dengan suatu wasiat.⁵⁶

55 J. Satrio, *Hukum Waris*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1990), h. 137

56 J. Andy Hartanto, S.H., M.H., Ir. M.M.T., *Kedudukan Hukum dan Hak Waris Anak Luar Kawin Menurut B.W.*, (Yogyakarta: Laksbang Pressindo, 2012, cet. III), h. 40.

Lebih lanjut, B.W. dengan rinci menjelaskan bagian warisan anak luar kawin sebagai berikut:

1. Apabila pewaris meninggal dunia meninggalkan ahli waris golongan I (keturunan yang sah dan/atau suami/isteri yang hidup terlama), maka anak luar kawin yang diakuinya mewaris sepertiga bagian dari yang mereka sedianya harus mendapat seandainya mereka adalah anak yang sah (pasal 863 B.W. bagian pertama).
2. Apabila seorang pewaris tidak meninggalkan keturunan yang sah dan juga tidak ada suami/isteri yang hidup terlama, akan tetapi pewaris tersebut meninggalkan ahli waris golongan II (keluarga sedarah dalam garis ke atas maupun saudara laki-laki dan perempuan) atau meninggalkan ahli waris golongan III (keturunan saudara), dengan meninggalkan anak luar kawin, maka anak luar kawin mewaris bersama-sama dengan mereka mendapat setengah dari harta warisan (pasal 863 B.W.).
3. Apabila pewaris meninggalkan ahli waris golongan IV (sanak saudara dalam derajat yang lebih jauh), maka anak luar kawin mendapat bagian tiga perempat. (pasal 863 B.W.).
4. Apabila anak luar kawin menjadi satu-satunya ahli waris, maka anak luar kawin yang diakui secara sah akan mewaris seluruh harta warisan. (pasal 865 B.W.).

Dari ketentuan pembagian warisan anak luar kawin tersebut maka dapat dikatakan bahwa semakin dekat derajat ahli waris sah yang mewaris bersama anak luar kawin, maka semakin kecil bagian yang diterimanya. Demikian pula sebaliknya.

B. Perspektif Hukum Islam

Sebagaimana telah diketahui bahwa dalam konsepsi islam anak luar kawin tidak dapat dihubungkan nasabnya dengan ayah biologisnya, selain anak luar kawin yang lahir sebab dan dalam perkawinan yang sah namun pernikahannya tidak dicatatkan. Namun jika kita kembali kepada pengertian bahwa hak keperdataan itu bukan hanya sekedar menyangkut persoalan tentang waris-mewaris, maka ketidakmungkinan dalam hukum pewarisan Islam sebenarnya bisa diantisipasi dengan alternatif lain, misalnya dengan hak untuk mendapatkan biaya pemeliharaan dan pendidikan bagi si anak dalam bentuk nafkah *hadhanah*. Sedangkan terhadap harta peninggalan, maka si ayah biologis dapat memberikan *hibah* atau *wasiat* kepada si anak.

Dalam bentuk yang lain seorang ayah biologis juga tidak dilarang untuk memberikan *shodaqoh* berupa harta atau uang kepada anak luar kawin sebagai bentuk tanggung jawab *alimentasi* si ayah biologisnya. Hal ini selaras dengan apa yang disampaikan oleh H. M. Nurul Irfan bahwa jika hendak disinkronisasi dengan konsep dasar hukum Islam jangan diberi nama waris, karena syaratnya harus ada hubungan kekerabatan yang sah. Sedangkan anak

luar kawin hubungan kekerabatannya tidak sah dan untuk memperoleh haknya bisa melalui *hibab sedekah* dan lain-lain.⁵⁷

Muncul suatu logika yang cukup ekstrim, bahwa jika seorang anak lahir dari akibat pemerkosaan, maka sangat tidak adil jika si ibu dengan anaknya mendapatkan stigma dan status yang lemah di hadapan hukum bahkan justru hukum cenderung melindungi pihak laki-laki yang jelas telah melakukan perbuatan jahat dan tercela (pemeriksaan).

Dalam konteks anak luar kawin yang terlahir dari hasil perzinahan, menurut hukum islam antara si anak dan ayah biologisnya tidak ada nasab yang sah, maka tidak ada hak mewaris antara mereka berdua. Konsekwensi selanjutnya adalah bahwa anak luar kawin yang lahir dari hasil zina tersebut diperbolehkan untuk dinikahi oleh ayah biologisnya. Diantara ulama' yang berpendapat demikian adalah Imam Maliki dan Imam Syafi'i.⁵⁸ Sedangkan ulama' lain berpendapat sebaliknya, diantaranya adalah Ibnu Taimiyah.⁵⁹

Akibat adanya hubungan hukum keperdataan antara anak dengan ayah biologisnya yang di lahirkan di luar perkawinan, yang menurut putusan Mahkamah Konstitusi diberlakukan secara general baik terhadap anak sebagai akibat perzinahan, sebagai akibat perkawinan monogami secara di bawah tangan atau sebagai akibat perkawinan poligami di bawah tangan,

57 H. M. Nurul Irfan, "Putusan MK Berpengaruh Pada Hukum Waris", *Hukum Online.com*, diakses 01 September 2012.

58 Musofa Hasana, *Pengantar Hukum Keluarga*, (Bandung: Pustaka Setia, 2011), h. 268.

59 Akhmad Junaedi, "Kajian Tentang Pengakuan Anak Luar Perkawinan", <http://www.pa-kotabumi.go.id/>, diakses 12 Agustus.

memiliki akibat hukum lahirnya hak dan kewajiban menurut hukum antara kedua belah pihak secara timbal balik.⁶⁰ Adapun hal-hal yang berkaitan dengan hak-hak anak menurut hukum adalah secara sistematis dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Hak Atas Nafkah⁶¹

Oleh karena status anak tersebut menurut hukum yang dimuat pada putusan MK mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan ayah dan keluarga ayahnya, maka yang wajib memberikan nafkah terhadap anak tersebut adalah ayahnya dan keluarga ayahnya. Baik sebagai ayah yang memiliki itakan perkawinan yang sah dengan ibunya maupun ayah/bapak alami (genetik), kewajiban tersebut adalah kewajiban hukum memberikan nafkah kepada anak. Karena anak dalam hal ini tidak berbeda dengan anak sah. Dengan demikian terhadap anak, ayah wajib memberikan nafkah dan penghidupan yang layak seperti nafkah, kesehatan, pendidikan dan lain sebagainya kepada anak-anaknya, sesuai dengan penghasilannya, sebagaimana ketentuan Pasal 80 ayat (4) Kompilasi Hukum Islam, dalam hal ayah dan ibunya masih terikat tali pernikahan. Apabila ayah dan ibu anak tersebut telah bercerai, maka ayah tetap dibebankan memberi nafkah kepada anak-anaknya, sesuai dengan

⁶⁰Putusan MK halaman 35

⁶¹Yang dimaksud nafkah dalam hal ini adalah nafkah anak, berupa biaya pemeliharaan, biaya kebutuhan pokok anak, biaya pendidikan anak dan segala biaya yang diperlukan untuk menunjang kelangsungan dan perkembangan anak sampai dewasa atau mandiri, sesuai Pasal 45 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Jo. Pasal 80 ayat (4) Kompilasi Hukum Islam.

kemampuannya, sebagaimana maksud Pasal 105 huruf c dan Pasal 156 huruf (d) Kompilasi Hukum Islam.

Pokok pikiran utama yang melandasi putusan Mahkamah Konstitusi yang merombak ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 pada dasarnya adalah “tidak tepat dan tidak adil 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 laki-laki tersebut sebagai ayahnya” pokok pikiran ini seolah-olah menjadi alasan yang mendasar bahwa seorang laki-laki yang menghamili seorang perempuan yang kemudian melahirkan anak, dengan ketentuan Pasal 43 ayat (1) tersebut akan melepaskan tanggung jawabnya sebagai ayah biologisnya, dengan demikian setelah ketentuan pasal tersebut di-review, ayah biologis tersebut dipaksa oleh hukum untuk mempertanggung jawabkan segala perbuatan yang dilakukannya.

Seandainya putusan Mahkamah Konstitusi hanya berkaitan dengan persoalan pertanggungjawaban nafkah, menurut penulis sifatnya kasuistik dan akan sejalan dengan logika hukum Islam, sebab masalah nafkah yang diperlukan untuk menunjang kehidupan anak, tidak ansih terkait dengan orang yang ada kaitannya dengan hubungan nasab, seperti apabila anak tersebut diangkat anak oleh orang lain, maka kewajiban nafkah akan

beralih kepada ayah angkatnya, walaupun pada dasarnya pokok kewajiban itu dibebankan kepada orang yang terkait dengan hubungan nasab. Maka bila orientasi putusan Mahkamah Konstitusi tersebut bertujuan seperti itu, menurut penulis dapat diterima, akan tetapi langkah terbaik bukanlah mereview pasal tersebut, melainkan cukup menambahkan satu ayat yang mebebankan tanggung jawab nafkah terhadap ayah yang menyebabkan anak lahir di luar perkawinan. Dengan penambahan ayat ini Mahkamah Konstitusi akan terlihat lebih bijak dan tidak akan mengundang polemik kontropersi yang berkepanjangan dalam masyarakat.

2. Hak Perwalian.

Eksistensi wali dalam perkawinan sesuai ketentuan dalam Pasal 19 dan Pasal 20 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam :

- 1) Wali nikah dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya.
- 2) Yang bertindak sebagai wali nikah ialah seorang laki-laki yang memenuhi syarat hukum Islam yakni muslim, akil dan baligh.

Kemudian pasal 20 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam menyatakan bahwa wali nikah terdiri dari dua kelompok, yaitu wali nasab dan wali hakim.

Dari ketentuan tersebut diatas, dapat dipahami bahwa orang-orang yang berhak menjadi wali adalah ayah yang memiliki hubungan nasab

dengan anak perempuannya, yaitu anak yang lahir dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah sesuai Pasal 42 UU Nomor 1 Tahun 1974, atau dengan kata lain anak perempuan itu lahir dari seorang perempuan yang dihamili seorang laki-laki dalam ikatan perkawinan yang sah. Ketentuan pasal ini melahirkan kaidah hukum bahwa adanya hubungan hukum (nasab) antara seorang anak dengan kedua orang tuanya dan menyebabkan adanya hak wali terhadap ayahnya adalah disebabkan adanya ikatan perkawinan yang sah⁵⁷ dan anak itu lahir dalam ikatan perkawinannya. Dengan demikian kelahiran anak selain yang ditentukan dalam aturan tersebut tidak memiliki hubungan nasab dengan ayahnya, dan berakibat hukum ayah dalam kondisi seperti ini tidak berhak menjadi wali nikah dalam perkawinan anak perempuannya, dan hak perwalian anaknya itu berada pada wali hakim.

Karena Pasal 42 UU Nomor 1 Tahun 1974 tidak di-review oleh Mahkamah Konstitusi, maka ketentuan-ketentuan hukum sebagaimana tersebut tetap berlaku dan mengikat semua pihak. Oleh karena itu Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 yang telah di-review, menjadi anak di luar perkawinan memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan ayahnya serta dengan keluarga ibu dan ayahnya. Hubungan perdata dimaksud kecuali dalam hal wali nikah, yang berhak menjadi wali nikah bagi anak perempuan yang lahir di luar perkawinan adalah wali hakim.

3. Hak Kewarisan.

Kaidah umum yang berlaku dalam hukum kewarisan Islam yang berkaitan dengan kualifikasi orang sebagai ahli waris yang disepakati ulama adalah orang yang memiliki hubungan *nasabiyah* (hubungan hukum keperdataan yang disebabkan kelahiran dari perkawinan yang sah), hubungan *zaujiyah* (perkawinan) dan hubungan *al-wala* (pelepasan status seseorang dari perbudakan). Berkaitan dengan hak kewarisan anak dari ayahnya adalah anak yang memiliki hubungan nasab dengan ayahnya. Oleh karena itu yang dimaksud anak dalam hubungan kewarisan adalah anak yang ditunjuk dalam Pasal 42 UU Nomor 1 Tahun 1974 sebagaimana telah dijelaskan tersebut di atas, termasuk di dalamnya anak yang lahir dalam ikatan perkawinan yang sah dan keabsahannya di akui oleh hukum karena dilakukan sesuai prosudur hukum, maupun dalam ikatan perkawinan yang sah tapi keabsahannya tidak diakui oleh hukum karena perkawinannya tidak memenuhi prosudur hukum, sepanjang keberadaannya tidak ada pihak lain yang keberatan.

Dengan demikian ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 yang telah di-review oleh Mahkamah Konstitusi menjadi anak di luar perkawinan memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan ayahnya serta dengan keluarga ibu dan ayahnya. Hubungan perdata dimaksud juga dikecualikan dalam hak kewarisan.⁶²

⁶² Syamusl Anwar, *op.cit.* h. 32

BAB V

PENUTUP

A. KESIMPULAN

Dari uraian-uraian sebelumnya tentang anak luar kawin, penulis pada akhirnya dapat mengambil beberapa kesimpulan diantaranya adalah:

1. Menurut undang-undang perkawinan setiap anak yang dilahirkan di luar suatu ikatan perkawinan yang sah adalah merupakan anak luar kawin. Sedangkan menurut hukum Islam, terdapat pembagian kedudukan anak luar kawin:
 - a. anak luar kawin yang terlahir dari hasil zina dan anak sumbang: nasab anak ini tidak bisa dipertemukan dengan ayah biologisnya.
 - b. anak luar kawin dengan pengertian anak yang terlahir dalam suatu perkawinan yang sah menurut agama, namun tidak dicatatkan: nasab anak ini menurut hukum islam tetap menyambung ke ayah biologisnya, hanya saja di hadapan hukum ia tidak mempunyai kedudukan dan kepastian yang kuat.
2. Pasca putusan MK tentang Uji Materiil UU Perkawinan, anak luar kawin bisa mempunyai hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya apabila diakui olehnya. Sedangkan menurut perspektif Hukum Islam, Putusan MK tersebut tidak mempunyai dampak apapun, sehingga ayah biologisnya tidak dibebani kewajiban terhadap anak luar kawinnya. Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dinilai mengandung cacat hukum. Karena kasus yang didalilkan Pemohon adalah kasus anak yang lahir sebagai

akibat dari poligami di bawah tangan yang menurut hukum yang berlaku masih dimungkinkan mendapatkan jaminan hukum, sedangkan yang dimohonkan adalah me-review ketentuan Pasal 2 ayat (2) juga ketentuan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang status hukum anak yang lahir di luar perkawinan.

3. Menurut perspektif Hukum Positif, anak luar kawin berhak untuk mendapat jaminan penghidupan yang layak dan warisan dari ayah biologisnya yang telah mengakuinya. Sedangkan menurut perspektif Hukum Islam, dalam hal anak luar kawin terlahir dari nikah bawah tangan, ayah biologisnya bisa menjadi wali nikah. Adapun dalam hal waris, anak luar kawin juga berhak mendapat warisan dari ayah biologisnya. Dalam hal anak luar kawin yang lain, Hukum Islam tidak memberi legalitas nasab.

B. SARAN

1. Agar setiap orang menjauhi zina, karena zina adalah perbuatan yang menjadikan generasi kita terlantar.
2. Agar para pembuat hukum di Indonesia memperhatikan dampak dari kebijakan yang dibuatnya, atau setidaknya meminimalisir dampak negatifnya, sehingga semua kepentingan dan hak tetap terlindungi.
3. Agar pemerintah menindak tegas pelaku zina dan melindungi segenap anak-anak yang terlantar.

4. Agar masyarakat tidak terkecoh dan terperdaya oleh hal-hal atau *ideologi pop* yang nampak menggiurkan, namun sesungguhnya menjerumuskan.
5. Bahwa demi kepentingan anak dan rasa keadilan masyarakat, agar para ulama berperan memberikan pencerahan terhadap umat agar tidak menambah runyam permasalahan anak luar kawin.