



## **BAB II**

### **KAJIAN PUSTAKA**

Status keperdataan anak berkaitan erat dengan persoalan sah atau tidaknya perkawinan kedua orang tuanya. Dalam praktiknya, status keperdataan akan mudah ditentukan jika anak tersebut memiliki bukti otentik, berupa akte kelahiran. Namun, hal ini tidak mudah bagi anak yang dilahirkan dari perkawinan *sirri* atau tidak dicatatkan. Status mereka tidak mendapat legitimasi dari peraturan perundang-undangan.

Implikasinya, anak dari perkawinan *sirri* dapat dengan mudah dikategorikan sebagai anak di luar nikah karena tidak memiliki bukti otentik yang menyatakan dirinya terlahir dari perkawinan yang sah. Persoalan ini tidak terlepas dari kontroversi seputar kedudukan pencatatan dalam menentukan sah atau tidaknya sebuah perkawinan. Meskipun demikian, masih ada upaya hukum yang dapat

ditempuh untuk memperjelas status keperdataannya sebagaimana diatur dalam Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pada bagian ini akan dipaparkan pandangan para ahli hukum dan beberapa hasil penelitian yang digunakan untuk mendeskripsikan status keperdataan anak di luar nikah dari nikah *sirri*.

#### A. Rukun dan Syarat Sah Perkawinan

Sebagaimana bentuk peribadatan yang lain, perkawinan juga memiliki beberapa rukun dan sejumlah syarat yang harus dipenuhi untuk menjadikannya sah secara hukum. Rukun adalah sesuatu yang harus ada dan menentukan sah atau tidaknya suatu pekerjaan, serta merupakan bagian dari rangkaian di dalam pekerjaan itu.<sup>1</sup> Menurut Neng Djubaidah, rukun merupakan sesuatu yang melekat pada subjek maupun objek suatu perbuatan hukum.<sup>2</sup> Jika suatu perbuatan tidak memenuhi rukun-rukunnya maka perbuatan tersebut batal demi hukum.<sup>3</sup>

Sedangkan syarat adalah sesuatu yang mesti ada yang menentukan sah atau tidaknya suatu pekerjaan, tetapi tidak termasuk dalam rangkaian pekerjaan tersebut.<sup>4</sup> Syarat merupakan hal-hal yang melekat pada masing-masing bagian dari suatu perbuatan. Jika terpenuhi, maka perbuatan tersebut menjadi sah dan menimbulkan adanya hak dan kewajiban.<sup>5</sup> Akan tetapi jika tidak terpenuhi, maka

---

<sup>1</sup>Abd. Rahman Ghazaly, *Fiqh Munakahat* (Jakarta: Kencana,2006), 45

<sup>2</sup>Neng Djubaidah, *Pencatatan Pernikahan & Pernikahan Tidak Dicatatkan Menurut Hukum Tertulis di Indonesia dan Hukum Islam* (Jakarta:Sinar Grafika,2010), 90

<sup>3</sup>Neng Djubaidah, *Pencatatan*

<sup>4</sup> Abd. Rahman Ghazaly, *Fiqh*, 46

<sup>5</sup> M. Nur Yasin, *Hukum Perkawinan Islam Sasak* (Malang:UIN-Malang Press,2008), 57

tidak otomatis membatalkan suatu perbuatan, melainkan perbuatan tersebut dapat dibatalkan.<sup>6</sup>

Menurut Wahbah ada beberapa rukun yang dikemukakan oleh jumhur ulama empat madzhab,<sup>7</sup> antara lain:

- a. Calon mempelai laki-laki dengan ketentuan beragama Islam<sup>8</sup>, benar-benar laki-laki, berakal, baligh, merdeka, jelas orangnya, dapat memberikan persetujuan, tidak terdapat paksaan dan tidak terdapat halangan pernikahan di antara keduanya, baik karena mahram atau calon suami telah memiliki empat orang istri.
- b. Calon mempelai perempuan dengan ketentuan benar-benar seorang perempuan, bukan mahram bagi calon mempelai laki-laki, tidak dalam masa iddah atau masih menjalin pernikahan dengan laki-laki lain, dan tidak ada paksaan terhadap calon pengantin perempuan.<sup>9</sup> Rasulullah saw. memberikan ketentuan bahwa:

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ "لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرَ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ" (رواه متفق عليه)

Artinya: Dari sahabat Abu Hurairah ra., *Sesungguhnya Rasulullah saw. Bersabda: "janganlah menikahkan seorang janda hingga ia dimintai pendapat, dan janganlah menikahkan seorang gadis hingga ia dimintai izin."* (H.R. *Muttafaq 'Alaih*)<sup>10</sup>

- c. Wali dari pihak perempuan, didasarkan pada hadits Rasulullah saw. dari 'Aisyah ra.

<sup>6</sup>Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 92

<sup>7</sup> Wahbah az-Zuhaily, *Al-Fiqh Al-Islamy Wa Adillatuhu Juz IX* (Damaskus:Dâr al-Fikr,2006), 6521

<sup>8</sup>Abd. Rahman Ghazaly, *Fiqh*, 50

<sup>9</sup>Abd. Rahman Ghazaly, *Fiqh*, , 56

<sup>10</sup>Ibnu Hajar al-'Asqalâny, *Bulûghul Marâm Min Adillaty al-Ahkâmy Bâb al-Li'ân* (Surabaya:Maktabah al-Shahabah, t.th.), 212; lihat juga di Muslim ibn Hajjaj, *Shahih Muslim Juz I* (Riyadh: Dâr at-Tayyibah,2006), 641

وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ  
بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، ..... (أَخْرَجَهُ الْأَرْبَعَةُ إِلَّا النَّسَائِيَّ)

Artinya: Dari ‘Aisyah ra. berkata: Rasulullah Saw. bersabda: “Perempuan (muslim) mana saja yang menikah tanpa ijin walinya maka pernikahannya batal.....” (H.R. *Arba’ah kecuali Nasa’i*)<sup>11</sup>

Syarat-syarat seorang wali yaitu, laki-laki, muslim, baligh, berakal, dan adil.

Imam Hanafi tidak menyaratkan adanya wali dalam pernikahan seorang perempuan yang telah baligh dan berakal. Pendapat ini memiliki kemiripan dengan pandangan Imam Ahmad dan Abu Yusuf Akan tetapi menurut keduanya jauh lebih baik jika ia menyerahkan akad perkawinannya kepada walinya.<sup>12</sup>

d. Dua orang saksi, persoalan saksi juga diberikan posisi penting dalam suatu pernikahan, karena menentukan sah atau tidaknya pernikahan, sebagaimana sabda Rasulullah Saw.

لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍِّّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ (رواه ابن حبان)

Artinya: Tidak (sah) pernikahan tanpa adanya seorang wali dan dua orang saksi yang adil. (H.R. Ibnu Hibban).<sup>13</sup>

Di dalam suatu pernikahan, minimal terdapat dua orang saksi dengan ketentuan sebagai berikut: seorang saksi hendaknya laki-laki, ulama madzhab Hanafiyah memperbolehkan kesaksian dua orang perempuan dan seorang laki-laki. Akan tetapi tidak sah kesaksian dua orang perempuan atau salah satunya. Kemudian, seorang saksi harus, berakal, baligh, merdeka, hendaknya beragama Islam, mendengar dan mengerti maksud dari akad nikah,<sup>14</sup> hadir dalam ijab qabul, adil meskipun secara lahir,<sup>15</sup> dapat melihat meskipun bukan kesepakatan jumur.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Ibnu Hajar al-‘Asqalâny, *Bulûghul*, 211

<sup>12</sup> Abdurrahman Al-Ghazaly, *Fiqh*, 60

<sup>13</sup> Ibn Hibbân, *Shahih Ibn Hibbân Juz IX* (Beirut: Muassasah ar-Risalah, 1997), 386

<sup>14</sup> Abdurrahman Al-Ghazaly, *Fiqh*, , 64

<sup>15</sup> Wahbah Zuhaily, *Al-Fiqh Al-Islamy*, 6564

<sup>16</sup> Wahbah Zuhaily, *Al-Fiqh Al-Islamy*, 6567

e. Sighat, merupakan ungkapan dari *ijab* dan *qabul* dengan lafad-lafad khusus seperti nikah, *tazwij*, atau terjemahan dari kedua kata tersebut.<sup>17</sup> Ijab dan qabul merupakan satu rangkaian yang tidak bisa dipisahkan. Dalam pengucapannya disyaratkan tidak boleh ada jeda atau terganggu dengan hal-hal lain yang tidak berhubungan dengan ijab qabul. Orang yang melakukan akad harus sudah *mumayyiz* yaitu sehat akal dan dewasa. Harus ada kesesuaian antara ijab dengan qabul.<sup>18</sup> Dan akad nikah dilakukan dalam satu majelis.<sup>19</sup>

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam memberikan aturan tambahan mengenai syarat sah pernikahan, yaitu berkaitan dengan persetujuan calon mempelai, batasan usia minimal, dan tidak adanya halangan pernikahan antara kedua calon mempelai. Ketiganya dipandang memiliki pengaruh terhadap tercapainya tujuan pernikahan.<sup>20</sup> Contoh, Pasal 40 KHI memberikan ketentuan tambahan bahwa seorang wanita dilarang melakukan pernikahan karena masih terikat satu perkawinan dengan pria lain, dalam masa iddah, dan atau tidak beragama islam. atau apabila seorang pria sedang mempunyai 4 (empat) orang isteri yang keempat-empatnya masih terikat tali perkawinan atau masih dalam iddah talak *raj`i*.

## **B. Hubungan Fiqh dengan Kompilasi Hukum Islam**

Menurut Satria Efendi M. Zein, tidak bisa dipungkiri bahwa hukum Islam, baik di Indonesia maupun di dunia Islam pada umumnya, sampai saat ini adalah

<sup>17</sup> Abdurrahman Al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh 'Ala Madzahib Al-Arba'ah, Juz 4* (Beirut:Dâr Al-Fikr,2005), 13

<sup>18</sup> Muhammad Amin Summa, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam* (Jakarta:PT. RajaGrafindo Persada,2005), 54-55

<sup>19</sup> Wahbah Zuhaily, *Al-Fiqh Al-Islamy*, 6535

<sup>20</sup>Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam dan Fikih, UU No.1/1974 sampai KHI* (Jakarta:Kencana,2006), 69

fikih hasil penafsiran pada abad ke dua dan beberapa abad berikutnya. Hal ini membuat hukum islam begitu kaku jika berhadapan dengan masalah-masalah di era modern. Menurutnya, materi-materu dalam fikih belum bisa disistematisasikan. Dengan demikian perlu adanya penyesuaian dengan konteks umat Islam.<sup>21</sup>

Menurut Cik Hasan Bisri, Kompilasi Hukum Islam (KHI) disusun dan dirumuskan untuk mengisi kekosongan hukum substansial (mencakup hukum perkawinan, kewarisan, dan perwakafan) yang diberlakukan di lingkungan Peradilan Agama pasca diberlakukannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama. Selain itu, penerapan hukum Islam dalam proses pengambilan keputusan di pengadilan selalu menjadi masalah. Hal ini disebabkan perbedaan sumber hukum yang menjadi rujukan para hakim. Sebelum munculnya KHI, rujukan para hakim dalam memutus menggunakan berbagai macam kitab fikih dari berbagai madzhab.<sup>22</sup> Implikasinya muncul keragaman putusan pengadilan terhadap perkara yang serupa dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Dengan diberlakukannya KHI perbedaan dasar putusan tersebut dapat teratasi.<sup>23</sup> Menurut KH. Hasan Basri, munculnya KHI merupakan suatu prestasi tersendiri. Sebab, umat Islam Indonesia nantinya akan mempunyai pedoman fikih yang seragam dan telah menjadi hukum positif dan wajib dipatuhi oleh seluruh

---

<sup>21</sup> A. Rahmad Rosyadi dan Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam dalam Perspektif Tata hukum indonesia* (Bogor:Ghalia Indonesia,2006), 101

<sup>22</sup> Kitab-kitab fikih tersebut antara lain: *al-Bajuri, Fathu Muin beserta syarahnya, Syarqawi al Tahrir, Qulyubi/Mahalli, Fathyl Wahab dengan syarahnya, Tuhfah, Targhibulmusytaq, Qawanin Syar'iyah lis Sayyid Usman bin Yahya, Qawanin Syar'iyah lis Sayyid Shadaqah Dachlan, Syamsuri fil Faraid, Bughyatul Musytarsyidin, al-Fiqh 'ala Madzahib al-arba'ah, dan Mughni al-Muhtaj*

<sup>23</sup>Cik Hasan Bisri, *Kompilasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, dalam Cik Hasan Bisri (ed.), *Kompilasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta:Logos Wacana Ilmu, 1999), 2

bangsa Indonesia yang beragama Islam. Kesimpangsiuran dalam keputusan dalam lembaga peradilan akibat khilafiyah dalam dasar hukum yang menjadi rujukan berupa fikih dapat diakhiri.<sup>24</sup>

Secara historis, KHI merupakan hasil konsensus (*ijma'*) ulama dari berbagai golongan melalui lokakarya yang dilaksanakan dalam tingkat nasional dan memperoleh legalisasi dari pemerintah. Penyusunan KHI dipandang sebagai suatu proses transformasi hukum Islam dalam bentuk tidak tertulis ke dalam peraturan perundang-undangan.<sup>25</sup> KHI disusun berdasarkan penelaahan terhadap 38 kitab fikih dari berbagai madzhab mencakup 160 masalah hukum keluarga. Perumusannya juga tidak terlepas dari al-Qur'an dan Sunnah. Selain itu, perumus KHI juga memperhatikan perkembangan kehidupan yang berlaku global serta tatanan hukum Barat tertulis, hukum adat, yang memiliki titik temu dengan hukum Islam.<sup>26</sup>

Dengan demikian, KHI bisa dikatakan sebagai suatu perwujudan hukum Islam yang khas di Indonesia. Salah satu terobosan hukum yang dikemukakan oleh KHI adalah Kawin Hamil sebagaimana diatur dalam Pasal 53 KHI.

Meskipun merujuk pada beberapa kitab fiqh, KHI memiliki corak tersendiri dalam memberikan ketentuan hukum berkaitan dengan perkawinan. salah satunya berkaitan dengan persoalan anak. Di dalam fiqh anak yang sah adalah anak yang dibuahi dan dilahirkan dalam akad perkawinan yang sah. Sedangkan KHI memberikan ruang lingkup yang lebih luas dengan memberikan ketentuan bahwa:

---

<sup>24</sup> A. Rahmad Rosyadi dan Rais Ahmad., *Formalisasi*, 102

<sup>25</sup> Cik Hasan Bisri, *Kompilasi*, 8

<sup>26</sup> Cik Hasan Bisri, *Kompilasi*, 9

*Pasal 99*

*Anak yang sah adalah :*

- a. anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah;*
- b. hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.*

Apabila melihat redaksi Pasal 99 ini, KHI mewadahi ketentuan yang ada dalam fiqh, sekaligus memperluas cakupan anak yang sah dengan menambah klausul “akibat perkawinan yang sah” dan merespon perkembangan teknologi dalam kasus pembuahan di luar rahim ibu. Pada persoalan anak di luar nikah baik fiqh maupun KHI memberikan ketentuan yang sama. Nasab anak di luar nikah hanya pada ibu dan keluarga ibunya saja, tidak pada bapaknya. Meskipun demikian, ruang lingkup anak di luar nikah dipersempit melalui regulasi kawin hamil dalam Pasal 53 KHI. Ketentuan ini secara redaksional bertentangan dengan fiqh, namun dalam konteks masalah, regulasi memberikan alternatif agar anak tidak sampai terlahir di luar pekawinan yang sah. Dengan demikian anak tersebut terlahir dalam perkawinan yang sah meskipun pembuatannya di luar perkawinan yang sah.

## C. Pencatatan Perkawinan dan Nikah Sirri

### 1. Pencatatan Perkawinan

Salah satu aturan tambahan lainnya adalah Pencatatan Perkawinan. Ketentuan ini terdapat dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dan Pasal 5 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam yang hingga saat ini masih menimbulkan penafsiran yang berbeda dikalangan para ahli hukum.

Dalam khazanah fikih klasik, pencatatan perkawinan belum mendapat perhatian, meskipun terdapat anjuran melakukan pencatatan pada setiap bentuk transaksi *muamalah* dalam Al-Quran. Tidak adanya perintah pencatatan nikah karena adanya larangan menulis sesuatu selain Al-Quran.<sup>27</sup> Implikasinya adalah sistem hafalan lebih dominan dari budaya tulis. Meskipun demikian, masih terdapat tradisi *walimat al-'ursy* yang digunakan sebagai media mengumumkan pernikahan. Selain itu, pernikahan pada masa awal Islam belum terjadi antar wilayah atau negara sehingga alat bukti selain saksi belum dibutuhkan.

Dalam perkembangannya, terjadi pergeseran dari kultur lisan kepada kultur tulis yang menuntut adanya bukti abadi berupa akta sebagai alat bukti yang otentik. Sebab, saksi hidup tidak bisa terlalu diandalkan, karena bisa hilang, baik meninggal dunia atau lupa.<sup>28</sup> Munculnya tuntutan hukum modern, sebagaimana dikemukakan oleh Unger, telah memicu pergeseran tradisi pembentukan hukum,

---

<sup>27</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, 121

<sup>28</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*

dari tradisi tidak tertulis menjadi tertulis dan bersifat publik.<sup>29</sup> Perubahan ini berfungsi menjembatani keinginan-keinginan manusia agar tidak timbul perilaku yang anarkis, destruktif, kondisi *chaos*, yang meresahkan masyarakat, khususnya masyarakat kelas bawah (*grass root*).<sup>30</sup>

Hukum perkawinan di Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam mereformulasi ketentuan tentang syarat pernikahan dengan memberikan posisi penting bagi pencatatan perkawinan, meskipun hanya diatur dalam satu pasal, yaitu Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang 1974 :

*Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.*

Sebagai sebuah fikih yang bercorak Indonesia,<sup>31</sup> Kompilasi Hukum Islam juga memberikan terobosan hukum mengenai pencatatan perkawinan. Pasal 5 ayat (1) KHI menyatakan:

*Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat.*

Persoalannya kemudian, apakah ketentuan ini ikut menentukan sah atau tidaknya suatu pernikahan. Terlebih ketentuan-ketentuan yang lain menyatakan bahwa:

- a. Pernikahan harus dilaporkan dan dihadapan Pegawai Pencatat Nikah (Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975<sup>32</sup> jo. Pasal 6 ayat (1) KHI)

<sup>29</sup>Anthony Freddy Susanto, *Semiotika Hukum dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresifitas Makna* (Bandung:Refika Aditama,2007), 27; Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah* (Yogyakarta:Genta Publishing,2010), 48

<sup>30</sup>Saifullah, *Refleksi Sosiologi Hukum* (Bandung:Refika Aditama,2005), 27

<sup>31</sup>Cik Hasan Bisri, *Kompilasi*, 9

- b. Pernikahan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan Hukum. (Pasal 6 ayat (2) KHI)
- c. Pernikahan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah (Pasal 7 KHI jo. Pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975)

Menurut Satjipto Rahardjo, sejak hukum dituliskan maka pembacaan terhadap teks hukum menjadi masalah yang penting. Sejak itu pula, penafsiran terhadap teks hukum tidak bisa dihindarkan bahkan dapat dikatakan sebagai jantung hukum.<sup>33</sup> Setelah peraturan itu ditulis dan dipublikasikan, seringkali muncul berbagai pertanyaan.<sup>34</sup> Ketidakmampuan peraturan perundang-undangan menjawab pertanyaan-pertanyaan dapat menyebabkan kerancuan pemahaman bagi masyarakat yang berdampak pada tidak berlakunya hukum atau penyimpangan ketentuan.

Menurut Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan ada dua pandangan yang berbeda terkait dengan pencatatan perkawinan.<sup>35</sup> *Pertama*, pandangan yang menyatakan bahwa pencatatan perkawinan tidak menjadi syarat sah perkawinan dan hanya menjadi syarat administratif yang menjadi bukti telah terjadi sebuah perkawinan. Suatu perkawinan yang telah memenuhi rukun dan syarat perkawinan dipandang sah meskipun tidak dicatatkan.

---

<sup>32</sup>Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan LN. Tahun 1975 Nomor 12

<sup>33</sup> Anthony Freddy Susanto, *Semiotika*

<sup>34</sup> Anthony Freddy Susanto, *Semiotika*, 2

<sup>35</sup> Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, 131

Dr. Jaad al-Haq ‘Ali Jaad al-Haq sebagaimana dikutip oleh Satria Efendi M. Zein<sup>36</sup> berpendapat bahwa perkawinan yang tidak dicatatkan atau *az-zawaj al-‘urfy* adalah sebuah perkawinan yang tidak dicatatkan sebagaimana mestinya menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Beliau membagi ketentuan yang mengatur tentang perkawinan menjadi dua katagori. *Pertama*, peraturan *syara’*, yaitu peraturan yang menentukan sah atau tidaknya suatu perkawinan. Peraturan ini telah ditetapkan oleh *syari’at* Islam yang dirumuskan oleh para *fuqaha* berbagai madzhab.

*Kedua*, Peraturan yang bersifat *tawsiqy*, yaitu peraturan tambahan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan agar pernikahan di kalangan umat Islam tidak liar dan tercatat secara resmi di lembaga yang berwenang. Peraturan ini berfungsi secara administratif yang berfungsi melindungi masyarakat Islam dari upaya negatif pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab dalam perkawinan. Misalnya, sebagai antisipasi adanya pengingkaran akad nikah oleh suami, meskipun pada dasarnya dapat dilindungi dengan saksi-saksi tetapi tentu akan jauh lebih kuat jika ada bukti otentik yang menyatakan telah terjadi pernikahan. Meskipun peraturan administrasi tidak dipenuhi, perkawinan tetap dipandang sah secara *syar’i* jika telah memenuhi rukun dan syaratnya.<sup>37</sup>

Bagir Manan sebagaimana dikutip Neng Djubaidah memandang pencatatan perkawinan disamakan dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, seperti kelahiran atau kematian.<sup>38</sup> Sebagaimana diatur

<sup>36</sup>Satria Efendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer* (Jakarta:Kencana,2004), 33

<sup>37</sup> Satria Efendi M. Zein, *Problematika*, 34

<sup>38</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 159

dalam Pasal 1 angka 17 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan.<sup>39</sup> Pencatatan perkawinan bukan merupakan peristiwa hukum, karena perkawinan sebagai peristiwa hukum ditentukan oleh agama. Pencatatan perkawinan tidak dapat mengesampingkan sahnya perkawinan. Fungsi dan kedudukan pencatatan perkawinan adalah untuk menjamin ketertiban hukum yang berfungsi sebagai instrumen kepastian hukum, kemudahan hukum, dan sebagai salah satu bukti perkawinan. Jika telah melakukan pernikahan yang sah secara agama namun tidak dicatat, maka cukup dilakukan pencatatan tanpa dilakukan akad ulang.<sup>40</sup>

Perkawinan yang dilakukan menurut hukum agama merupakan peristiwa hukum yang tidak dapat dianulir oleh pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang mengakibatkan perkawinan menjadi tidak sah.<sup>41</sup> Menurut Bagir, fungsi pencatatan nikah hanya berkaitan dengan alat ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam dan sebagai pelengkap perkawinan yang belum atau tidak dicatatkan.<sup>42</sup>

Berbeda dengan pendapat yang *pertama*, pandangan *kedua* menyatakan bahwa pencatatan perkawinan tetap menjadi syarat sah tambahan sebuah perkawinan. Pandangan ini muncul karena beberapa alasan: *Pertama*, dukungan dari Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975. *Kedua*, ayat-ayat yang ada

---

<sup>39</sup>Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan LN. Tahun 2006 No. 124

<sup>40</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 159

<sup>41</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 219

<sup>42</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 221

dalam pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dipandang sebagai kesatuan yang tak terpisahkan.<sup>43</sup>

Atho' Muzhar memandang bahwa pencatatan perkawinan merupakan suatu bentuk baru cara mengumumkan perkawinan. Lebih jauh dari pada itu, kemaslahatan yang timbul, khususnya bagi kaum perempuan lebih besar. Hampir sama dengan pendapat di atas, Abdul Halim mengatakan bahwa penempatan pencatatan perkawinan sebagai syarat sah perkawinan melalui ijtihad bentuk baru (*ijtihad insya'i*) dengan menggunakan kaidah "*menolak bahaya didahulukan atas mendatangkan kebaikan*". Menurutnya, Pemerintah dapat menetapkan aturan guna menjamin kepastian hukum bagi rakyat dan menciptakan ketertiban dalam negara.<sup>44</sup> Menurut Ahmad Rofiq adanya pencatatan perkawinan, dapat menghindari kemudharatan seperti ketidakjelasan status perempuan dan anak-anak. Persoalan ini menurutnya sesuai dengan konsep *masalah mursalah*.

Yahya Harahap memberikan komentar yang lebih tegas. Menurutnya, KHI mencoba mengakui campur tangan negara dalam setiap perkawinan. Penegasan ini berupaya untuk melepaskan diri dari ajaran bahwa persoalan perkawinan merupakan *individual affairs*. Bagi mereka yang tidak patuh, maka KHI tidak segan menyatakan perkawinan tidak sah dan tidak mengikat. Memang dalam pembaharuan hukum dapat menelan korban bagi yang tidak mematuhi.

---

<sup>43</sup>Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, 134

<sup>44</sup>Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, 135-136

Tujuannya adalah untuk menegaskan kepastian hukum dan ketertiban hukum perkawinan dan keluarga masyarakat Islam.<sup>45</sup>

Selain itu, urgensi pencatatan dalam perkawinan melindungi kepentingan suami, istri dan anak-anak atau pihak-pihak lainnya. Misalnya dalam hal sahnya anak, wali nikah, kewarisan. Di sisi yang lain menimbulkan kepastian hukum sehingga suami maupun istri tidak dengan mudah mengingkari adanya perkawinan atau menjatuhkan talak.<sup>46</sup>

Menurut Siti Musdah Mulia sebagaimana dikutip oleh Sulistyowati, harus diakui bahwa KHI telah melakukan sejumlah terobosan hukum baru dalam pembaharuan hukum Islam. salah satu hal yang sangat dianjurkan oleh KHI adalah adanya pencatatan perkawinan demi tertibnya administrasi meskipun tidak disinggung dalam fikih.<sup>47</sup> Meskipun dipandang lebih progres, KHI belum menempatkan pencatatan perkawinan sebagai syarat sah perkawinan. Akibatnya, masyarakat tetap memahami bahwa perkawinan dipandang sah jika sesuai dengan ketentuan agama meskipun tidak dicatatkan. Tidak heran jika banyak dijumpai kasus perkawinan yang tidak dicatatkan atau sering dikenal dengan istilah nikah bawah tangan atau nikah *sirri*.<sup>48</sup>

Ibrahim Hosen mengatakan bahwa salah satu fungsi hukum Islam adalah sebagai sarana untuk mengatur sebaik mungkin dan memperlancar proses

---

<sup>45</sup>M. Yahya Harahap, *Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam: Mempositifkan Abstraksi Hukum Islam*, dalam Cik Hasan Bisri (et.al.), *Kompilasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999), 53

<sup>46</sup>M. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 22

<sup>47</sup>Sulistyowati Irianto, *Perempuan & Hukum Menuju Hukum yang Berperspektif Keadilan dan Kesetaraan* (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2006), 143

<sup>48</sup>Sulistyowati Irianto, *Perempuan*, 160

interaksi sosial sehingga terwujud masyarakat yang harmonis, aman, serta sejahtera. Dalam persoalan muamalah, hukum Islam terkadang hanya memberikan aturan dasar, untuk aturan yang lebih rinci diserahkan kepada pihak yang berkompoten dengan berpegang pada aturan dasar tersebut.<sup>49</sup> Termasuk pada persoalan pencatatan perkawinan. Berkaitan dengan hal ini, dalam *qowaid al-fiqhiyyah* dijelaskan bahwa:

تَصَرُّفُ الْإِمَامِ عَلَى الرَّعِيَّةِ مَنْوُطٌ بِالْمَصْلَحَةِ

Artinya: “Kebijakan seorang pemimpin atas rakyat harus berdasarkan kemaslahatan.”<sup>50</sup>

Dan jika unsur maslahat ini telah dipenuhi maka, berlakulah ketentuan dalam Q.S. An-Nisa’ [4]:59

يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾

Artinya: “ Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu, kemudian jika kamu berlainan Pendapat tentang sesuatu, Maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.”

## 2. Nikah Sirri dan Problematikanya

Secara etimologi, kata *sirri* berasal dari bahasa Arab السِّرُّ - اسْرَارٌ yang berarti rahasia.<sup>51</sup> Sedangkan dalam kamus bahasa Indonesia kata *sirri* dipadankan dengan

<sup>49</sup>Ibrahim Hosen, *Fungsi dan Karakteristik Hukum Islam dalam Kehidupan Umat Islam*, dalam Amrullah Ahmad dkk., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional Mengenang 60 Tahun Prof. Dr. Busthanul Arifin, S.H.* (Jakarta:Gema Insani Press,1996), 90

<sup>50</sup>Abdul Haq, dkk., *Formulasi Nalar Fiqh Telaah Kaidah Fiqh Konseptual Buku Dua* (Surabaya:Khalista,2006), 75

kata *sir* yang berarti rahasia atau tersembunyi.<sup>52</sup> Istilah nikah *sirri* bukan merupakan persoalan baru dalam Islam, terminologi ini terdapat dalam *atsar* sahabat Umar Ibn Khattab ra. dalam kitab Al-Muwatho' Imam Malik yang menyatakan:

أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أْتِيَ بِنِكَاحٍ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلَّا رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَقَالَ: هَذَا نِكَاحُ السِّرِّ، وَلَا أُجِيزُهُ، وَلَا  
كُنْتُ تَقَدَّمْتُ فِيهِ لِرَجْمَتٍ.

Artinya: *Sesungguhnya Umar bin Khattab pernah diberikan laporan mengenai suatu kasus perkawinan yang hanya disaksikan oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan. Maka dia berkata: " ini adalah pernikahan sirri dan aku tidak memperbolehkannya. Sekiranya aku hadir dalam pernikahan itu niscaya aku kutuki.*<sup>53</sup>

Hadits di atas mengisyaratkan bahwa Umar bin Khattab ra. melarang adanya nikah *sirri*. Dan pengetahuan *sirri* dalam konteks hadits ini didasarkan pada kelengkapan dan syarat saksi-saksi sebagaimana dibahas pada bagian rukun dan syarat sah perkawinan.

Dalam hadits Rasulullah Saw. yang lain disebutkan bahwa:

عن ابن عَبَّاسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ قَالَ: الْبَغَايَا اللَّاتِي يُنْكَحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ

Artinya: *Wanita tuna susila ialah wanita yang menikahkannya dirinya tanpa kesaksian* (HR. Tirmidzi)<sup>54</sup>

Madzhab Maliki melarang model pernikahan ini. Menurut Imam Malik, pada hakikatnya perkawinan yang para saksinya dipesan oleh wali nikah untuk merahasiakan perkawinan yang mereka saksikan, merupakan nikah *sirri* dan harus difasakh. Apabila telah terjadi maka pelakunya bisa dikenakan had (dera atau rajam) jika terbukti telah melakukan hubungan biologis. Namun, madzhab

<sup>51</sup> Ahmad Warson Munawwir, *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia* (Surabaya:Pustaka Progresif,1997), 625

<sup>52</sup> Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Bahasa Indonesia, Op.Cit.*, 1467

<sup>53</sup> Anas bin Malik, *Muwaththa' Imam Malik*, diterjemahkan oleh Adib Bisri Musthofa, dkk., *Muwaththa' Imam Malik II* (Semarang:Asy-Syifa':1992), 23

<sup>54</sup> Muhammad Ibn 'Isa Ibn Saurah at-Tirmidzy, *al-Jami' ash-Shahih Sunan at-Tirmidzy Juz III* (Beirut: Dâr al-Kitab al-'Alamiyyah, t.th.), 411

Hambali menilai bahwa perkawinan yang dilakukan sesuai syariat Islam sah hukumnya, dan jika dirahasiakan hukumnya makruh.<sup>55</sup> Sedangkan, Imam Abu Hanifah dan Imam Syafi'i memandang perkawinan yang memenuhi syarat dan rukun tetapi dirahasiakan bukan nikah *sirri* dan sah hukumnya.<sup>56</sup>

Ibnu Taimiah memberikan komentar terhadap *atsar* dari Umar ra. di atas, sebagaimana dikutip oleh Neng Djubaidah, beliau mengatakan bahwa yang dimaksud dengan nikah *sirri* yaitu seorang laki-laki yang menikahi perempuan tanpa wali, saksi dan merahasiakannya. Dalam perkawinan ini terdapat unsur tidak terpenuhinya rukun dan syarat menurut hukum Islam. Jika tetap dilanjutkan maka termasuk dalam perbuatan zina dan layak mendapat hukuman.<sup>57</sup>

Mahmud Syalthut sebagaimana dikutip oleh Yunthia Misliranti menyatakan bahwa nikah *sirri* merupakan jenis pernikahan dimana akadnya tidak dihadiri oleh para saksi, tidak dipublikasikan (*i'lan*), tidak tercatat secara resmi, dan sepasang suami-isteri itu hidup secara sembunyi-sembunyi sehingga tidak ada orang lain selain mereka berdua yang mengetahuinya.<sup>58</sup> Syaltut menghukumi pernikahan yang tidak menggunakan saksi haram hukumnya. Sedangkan pernikahan yang melibatkan saksi namun ada upaya disembunyikan masih diperdebatkan hukumnya. Lebih lanjut ia mengatakan bahwa model perkawinan ini tidak akan

---

<sup>55</sup> Wahbah Zuhayly, *Fiqh*, 6559-6560

<sup>56</sup> Ibnu Rusyd, *Bidayah al-Mujtahid wa Nihayatul Muqtasid*, diterjemahkan oleh Ahmad Ghazali Said dan Achmad Zaidun, *Bidayatul Mujtahid Analisa Fiqih Para Mujtahid Jilid 2* (Jakarta:Pustaka Amani,2007), 430

<sup>57</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 154

<sup>58</sup> Yunthia Misliranti, *Kedudukan dan Bagian Isteri Atas Harta Bersama Bagi Isteri Yang Dicerai dari Pernikahan Sirri*, Tesis Magister Kenotariatan (Semarang:Universitas Diponegoro,2006), 69

membentuk keluarga yang baik,<sup>59</sup> karena tidak adanya jaminan terhadap hak dan kewajiban dalam perkawinan tersebut.

Di Indonesia, nikah *sirri* dipahami sebagai Perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat sesuai dengan hukum Islam akan tetapi tidak atau belum dicatatkan di Kantor Urusan Agama. Meskipun meminjam istilah dari fikih, namun terdapat perberbedaan konsep dan ruang lingkup nikah *sirri*, dan pengertiannya pun diperluas.<sup>60</sup>

Farid Mustofa menjelaskan bahwa nikah *sirri* merupakan perkawinan yang dirahasiakan dari catatan negara atau pada kasus yang lain yaitu perkawinan tanpa sepengetahuan dari orang tua, keluarga, serta lingkungannya.<sup>61</sup> Menurut Nurul Huda Haem, nikah *sirri* merupakan perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan petugas sehingga pernikahan itu tidak tercatat di Kantor Urusan Agama. Jika dilihat dari sudut pandang Undang-Undang nikah *sirri* merupakan sebuah pelanggaran dan dapat dinyatakan batal demi hukum.<sup>62</sup>

Menurut Khoirul Hidayah, sistem hukum di Indonesia tidak mengenal istilah nikah *sirri* dan tidak mengatur secara khusus dalam sebuah peraturan. Namun secara sosiologis istilah ini digunakan untuk perkawinan yang tidak memenuhi ketentuan Undang-Undang, khususnya tentang pencatatan perkawinan. Meskipun secara agama atau adat dinyatakan sah, perkawinan ini tidak memiliki kekuatan hukum dan dianggap tidak sah dimata hukum.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Akhsin Muammar, *Nikah Bawah Tangan versi Anak Kampus* (Jakarta: QultumMedia, 2005), 80

<sup>60</sup> Akhsin Muammar, *Nikah*, 343

<sup>61</sup> Farid Mustofa, *Soal Jawab Agama* (Jogjakarta: Mitra Pustaka, 2001), 164-165

<sup>62</sup> Nurul Huda Haem, *Awas Illegal Wedding dari Penghulu Liar Hingga Perselingkuhan* (Jakarta: Hikmah, 2007), 113-114

<sup>63</sup> Khoirul Hidayah, *Dualisme*, 91

Prof. Wahyono Darmabrata sebagaimana dikutip oleh Lidia Karlani mengatakan bahwa perkawinan di bawah tangan mengabaikan syarat dan prosedur Undang-Undang, karena tidak dilakukan di hadapan KUA, melainkan hanya dihadapan pemuka agama. Seharusnya, di dalam perkawinan penerapan hukum agama dan hukum negara dilakukan secara bersama dan sejalan.<sup>64</sup> Dari beberapa definisi di atas, suatu perkawinan dinamakan *sirri* karena dilangsungkan secara diam-diam, tertutup, rahasia, atau sembunyi-sembunyi tanpa adanya publikasi, baik kepada keluarga, masyarakat, atau negara.

Hingga saat ini ulama atau ahli hukum belum memiliki kesamaan rumusan terhadap persoalan nikah *sirri*. Secara normatif, ada yang menilai bahwa praktik nikah *sirri* itu sah dan dapat menimbulkan akibat positif, sebaliknya ada yang menilai tidak sah dan dapat menimbulkan implikasi negatif. Dan apabila dilihat dari perspektif hukum positif dan norma sosial, nikah *sirri* dianggap sebagai suatu penyimpangan dari ketentuan hukum positif yang berlaku.

Menurut Quraish Shihab perkawinan *sirri* tidak diestui oleh agama dan tidak juga dibenarkan oleh Undang-Undang perkawinan di Indonesia. Selain itu, dalam tradisi Islam, Nabi Saw. menganjurkan adanya *walimah* walaupun hanya dengan seekor kambing. Sebagaimana yang diperintahkan beliau kepada ‘Abdurrahman bin ‘Auf. Merahasiakan perkawinan menjadikannya mirip dengan perzinahan dan dapat menimbulkan kerancuan status pasangan suami-istri serta

---

<sup>64</sup>Lidia Karlani, *Alasan Terjadinya Perkawinan di Bawah Tangan di Kota Bengkulu Ditinjau dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan*, Tesis Magister Kenotariatan (Depok:Universitas Indonesia,2007), 19

anak yang dilahirkan. Kerahasiaan juga dapat mengurangi penghormatan dan kesucian rumah tangga.<sup>65</sup>

Hasbullah Bakri sebagaimana dikutip oleh Nurul Huda menyatakan kawin *sirri* atau disebut juga kawin liar batal demi hukum. Sebab perkawinan ini tidak memiliki kekuatan hukum serta sulit dijamin keabsahannya. Menurutnya sering terjadi menipulasi identitas karena pelaksanaan nikah ini dihadapan penghulu palsu.<sup>66</sup> Nikah *sirri* atau perkawinan di bawah tangan merupakan perkawinan yang melanggar ketentuan mengenai pencatatan perkawinan karena tidak diawasi oleh pejabat yang berwenang baik yang memenuhi syarat dan ketentuan perkawinan maupun tidak. Adanya perkawinan ini menimbulkan ketidakjelasan dan ketidakpastian hukum terhadap kedudukan suami/istri dalam perkawinan, kedudukan dan status anak-anak yang dilahirkan, serta kedudukan harta bersama dalam perkawinan tersebut.<sup>67</sup>

Dalam perkawinan *sirri*, hak dan kewajiban suami-istri tidak dapat dilindungi oleh hukum karena status perkawinan mereka yang tidak sah. Dan jika terjadi perceraian, istri tidak dapat menuntut haknya dari suami karena dipandang bukan istri yang sah.<sup>68</sup> Mereka juga tidak bisa menerima uang pensiun, uang duka, serta warisan ketika suami meninggal dunia. Secara sosial, perempuan yang

---

<sup>65</sup>M. Quraish Shihab, *M. Quraish Shihab Menjawab 1001 Soal Keislaman yang Patut Anda Ketahui* (Jakarta: Lentera Hati, 2008), 557-558

<sup>66</sup>Nurul Huda Haem, *Awas*, 118

<sup>67</sup>Sumarindang, "Akibat Hukum Terhadap Anak dan Harta Bersama dalam Perkawinan di Bawah Tangan (Suatu Studi Menurut Hukum Islam dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974)", Tesis Magister Kenotariatan, (Semarang: Universitas Diponegoro, 2002), 3

<sup>68</sup>Lidia Karlani, *Alasan*, 54

dinikah secara *sirri* sering dianggap sebagai perempuan simpanan. Hal ini dipandang sangat merugikan pihak istri.<sup>69</sup>

Jika terjadi perselisihan yang tidak menemukan solusi, salah satu pihak tidak dapat mengajukan perceraian ke Pengadilan Agama. Selain itu, bagi mereka yang melakukan perkawinan di bawah tangan tidak ada harta *gono-gini* yang dapat dituntut di hadapan Pengadilan Agama sebab secara hukum negara perkawinan mereka tidak pernah terjadi.<sup>70</sup> Dalam kaidah fiqh dijelaskan bahwa:

الرِّضَا بِالْشَّيْءِ رِضًا بِمَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ

Artinya: “Rela pada sesuatu berarti rela terhadap konsekuensi yang ditimbulkan.”<sup>71</sup>

Meskipun demikian, persoalan ini dapat diselesaikan melalui hukum Islam dan musyawarah kekeluargaan. Tentunya juga dibutuhkan adanya itikad baik dari kedua belah pihak suami dan istri dalam menyelesaikan berbagai masalah yang ada.<sup>72</sup> Regulasi tentang pencatatan perkawinan, baik yang terdapat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 atau Kompilasi Hukum Islam menginginkan adanya ketertiban perkawinan bagi masyarakat khususnya umat Islam. Tidak ada pihak yang dirugikan atau dipangkas haknya karena tidak dapat dilindungi oleh hukum.

Namun dalam aspek penerapannya, sejak seseorang membuat hukum bukan berarti sejak itu dengan mudah mengubah masyarakat, akan tetapi sejak itu pula

<sup>69</sup> Khoirul Hidayah, *Dualisme*, 92

<sup>70</sup> Lidia Karlani, *Alasan*, 60

<sup>71</sup> Abdul Haq, dkk., *Formulasi*, 171

<sup>72</sup> Yunita Misliranti, *Kedudukan Dan Bagian Isteri Atas Harta Bersama Bagi Isteri Yang Dicerai Dari Pernikahan Sirri*, Tesis Magister Kenotariatan (Semarang: Universitas Diponegoro, 2006), 146

persoalan baru timbul. Kesenjangan yang terbentuk antara aturan perundang-undangan dengan praktik di masyarakat tidak jarang menimbulkan penyimpangan-penyimpangan yang dikenal dengan patologi hukum.<sup>73</sup>

Lawrance M. Friedman mengemukakan bahwa dalam sebuah sistem hukum terdiri dari beberapa komponen, antara lain:

- a. Substansi Hukum (*legal substance*), yaitu berupa norma-norma hukum baik peraturan perundang-undangan, keputusan-keputusan yang dibuat oleh pejabat yang berwenang.
- b. Struktur hukum (*legal structure*), yaitu kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum, seperti Departemen Agama, KUA, Pengadilan Agama. Komponen ini memungkinkan pemberian pelayanan dan penggarapan hukum secara teratur.
- c. Budaya hukum (*legal culture*), yaitu ide-ide, sikap, harapan, dan pendapat tentang hukum.<sup>74</sup>

Peraturan tentang pencatatan sudah ada sejak tahun 1954, namun tidak menutup kemungkinan adanya kekurangan dalam substansinya. Berkaitan dengan itu, Satjipto Raharjo mengatakan, sejak kemunculan negara modern maka semua institusi menjadi sah jika dikaitkan kepada negara.<sup>75</sup> Termasuk lembaga perkawinan di Indonesia. Dengan munculnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan maka setiap perkawinan seyogyanya harus dicatatkan ke lembaga yang berwenang. Kemudian kesulitan apa yang dihadapi masyarakat Indonesia untuk menerapkan aturan ini?

<sup>73</sup> Saifullah, *Refleksi*, 74

<sup>74</sup> Muslan Abdurrahman, *Sosiologi dan Metode Penelitian Hukum* (Malang:UMM Press,2009), 46

<sup>75</sup> Satjipto Raharjo, *Sosiolog*, 42

Jawaban pertanyaan di atas, dapat ditelusuri dari persoalan yang dihadapi Jepang pada saat merubah sistem hukumnya sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo:

*Jepang mengalami kesulitan besar saat memutuskan menggunakan hukum modern. Pemerintah harus berjuang untuk menanamkan hukum modern ke dalam masyarakatnya. Kesulitan yang dihadapi pemerintah sesungguhnya berkaitan dengan penerimaan masyarakat terhadap istilah-istilah hukum baru, termasuk juga tradisi dan filsafat hukum barat. Maka terasa wajar apabila kaidah hukum modern tidak bersambung dengan substansi kehidupan Jepang. Setelah pengenalan hukum modern ini selama bertahun-tahun, rakyat di pedesaan masih tetap hidup dengan kebiasaan tradisionalnya yang berusia ratusan tahun itu.*<sup>76</sup>

Kasus ini dapat dianalogikan dengan kasus nikah sirri, sampai saat ini masih ada sebagian masyarakat yang belum dapat menerima terminologi pencatatan dalam rangkaian perkawinan yang harus dipenuhi. Hal ini ada hubungannya dengan tingkat kesadaran hukum masyarakat. Menurut Soerjono Soekanto ada beberapa indikator kesadaran hukum di masyarakat:

1. Pengetahuan hukum, artinya seseorang mengetahui bahwa perilaku-perilaku tertentu diatur oleh hukum;
2. Pemahaman hukum, bahwa seseorang mempunyai pengetahuan dan pemahaman mengenai aturan-aturan tertentu, terutama dari segi isi;
3. Sikap hukum, artinya seseorang cenderung mengadakan penilaian tertentu terhadap hukum;
4. Perilaku hukum, dimana seseorang berperilaku sesuai hukum yang berlaku.

Apabila seseorang menilai hukum itu negatif maka ia akan berperilaku melanggar hukum dan apabila ia memandang hukum itu positif maka ia

---

<sup>76</sup> Satjipto Rahardjo, *Sosiologi*, 53

berperilaku mematuhi hukum<sup>77</sup> Terlepas dari perdebatan seputar nikah *sirri*, ada dua kemungkinan yang dapat dilakukan untuk melegalkan perkawinan ini: *Pertama*, mencatatkan perkawinan di KUA yang didahului dengan permohonan itsbat nikah kepada pengadilan agama sesuai Pasal 7 Kompilasi Hukum Islam (KHI).

*Kedua*, menikah ulang dengan mengikuti prosedur pencatatan KUA sesuai ketentuan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Akan tetapi cara kedua ini juga menimbulkan persoalan baru, apabila pasangan suami istri tersebut telah memiliki anak. Tanggal perkawinan yang terdapat dalam buku nikah tidak sesuai dengan tanggal kelahiran. Hal ini dapat menghambat proses pembuatan akte kelahiran.

#### **D. Status Keperdataan Anak**

Status merupakan tempat atau posisi seseorang dalam suatu kelompok sosial, atau posisi satu kelompok dengan kelompok-kelompok lain, atau hubungan antara satu kelompok dengan kelompok yang lebih besar.<sup>78</sup> Jika kata status digabungkan dengan kata hukum, maka makna yang diperoleh adalah status yang disandang seseorang menurut hukum yang berlaku.<sup>79</sup> Status keperdataan dapat dipahami sebagai kedudukan yang dimiliki seseorang dan muncul dari ketentuan-ketentuan hukum perdata.

<sup>77</sup> Khoirul Hidayah, *Dualisme*, 94

<sup>78</sup> J. Dwi Narwoko dan Bagong Suyanto (ed.), *Sosiologi Teks Pengantar dan Terapan* (Jakarta: Kencana, 2007), 156

<sup>79</sup> M. Dahlan Y Al-Barri dan Sofyan Yakub, *Kamus Induk Istilah Ilmiah Seri Intelektual* (Surabaya: Target Press, 2003), 736

Status seseorang memiliki peran sentral dalam memberikan dan menentukan hak tertentu. Pendapat ini dikemukakan oleh Robert Audi. Hak anak misalnya, merupakan hak yang melekat pada status seseorang dalam kapasitasnya sebagai seorang anak. Jika status seseorang mengalami perubahan akibat perubahan sosial atau ekonomi, maka hak juga mengalami perubahan sesuai dengan pihak mana seseorang itu berhadapan dan berinteraksi.<sup>80</sup>

Dalam ranah hukum Perdata, kedudukan seseorang dapat diperoleh karena adanya hubungan keluarga, perkawinan, perjanjian, pengakuan atau pemberian negara.<sup>81</sup> Jika dihubungkan dengan persoalan anak sah dan anak luar nikah, terdapat perbedaan yang signifikan antara keduanya, baik di dalam fikih maupun Peraturan Perundang-Undangan.

## **1. Anak Sah**

### **a. Anak Sah Menurut Fiqh Munakahat**

Fikih tampaknya menganut pemahaman yang tegas berkenaan dengan anak yang sah. Meskipun tidak ditemukan definisi yang jelas dan tegas berkenaan dengan anak yang sah, dapat diberikan batasan berdasarkan Al-Qur'an dan Hadits bahwa anak yang sah adalah anak yang lahir sebab dan di dalam perkawinan yang sah.<sup>82</sup>

Persoalan nasab dalam hukum Islam memiliki peran penting dalam suatu keluarga. Anak yang dilahirkan secara sah sesuai dengan ketentuan ajaran Islam

---

<sup>80</sup> Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia dari UUD 1945 Sampai Dengan Amandemen UUD 1945 Tahun 2002* (Jakarta:Kencana,2007), 42

<sup>81</sup>Disarikan dari berbagai ketentuan perundang-undangan. Seperti diatur dalam Pasal 5a KUHPerdata, pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.

<sup>82</sup> Amiur Nurudin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, 276

mempunyai kedudukan yang baik dan terhormat. Menurut Wahbah Zuhayly, Islam melarang seorang ayah mengingkari nasab anaknya, sebaliknya seorang ibu dilarang menasabkan anak kepada selain ayah kandung anak tersebut.<sup>83</sup>

Islam mengajarkan kepada pemeluknya bahwa anak yang dilahirkan secara sah sesuai ajaran agama mempunyai kedudukan yang baik dan terhormat. Anak yang memiliki hubungan dengan ayah dan ibunya, memperoleh hak pendidikan, bimbingan, dan nafkah dari orang tuanya hingga ia dewasa. Selain itu, keterikatan antara anak dan kedua orang tuanya menimbulkan adanya hak dan kewajiban. Anak berkewajiban menghormati orang tua sepanjang tidak diperintah untuk berbuat maksiat dan ia dilarang menyakiti orang tua meskipun secara lisan.<sup>84</sup>

Bekaitan dengan itu Allah SWT berfirman dalam Q.S. Luqman [31]: 14-15

وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفَصَّلُوهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي  
 وَلِوَالِدَيْكَ إِلَىٰ الْمَصِيرِ ﴿١٤﴾ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ  
 فَلَا تُطِعْهُمَا ۗ وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۗ وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ۚ ثُمَّ إِلَيَّ  
 مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿١٥﴾

Artinya: Dan Kami perintahkan kepada manusia (berbuat baik) kepada dua orang ibu- bapanya; ibunya telah mengandungnya dalam Keadaan lemah yang bertambah- tambah, dan menyapihnya dalam dua tahun. bersyukurlah kepadaku dan kepada dua orang ibu bapakmu, hanya kepada-Kulah kembalimu. Dan jika keduanya memaksamu untuk mempersekutukan dengan aku sesuatu yang tidak ada pengetahuanmu tentang itu, Maka janganlah kamu mengikuti keduanya, dan pergaulilah keduanya di dunia dengan baik, dan ikutilah jalan orang yang kembali kepada-Ku, kemudian hanya kepada-Kulah kembalimu, Maka Kuberitakan kepadamu apa yang telah kamu kerjakan.

<sup>83</sup> Wahbah Zuhaily, *al-Fiqh al-Islami Wa Adillatuh*, Juz. X (Damaskus:Dar al-Fikr,2006), 7247

<sup>84</sup>Fathurrahman Djamil, *Pengakuan Anak Luar Nikah dan Akibat Hukumnya*, dalam Chuzaimah T. Yanggo & Hafiz Anshari, *Problematika Hukum Islam Kontemporer (I)* (Jakarta:Pustaka Firdaus,1999), 106

Sebaliknya, orang tua memiliki kewajiban mendidik dan memberi biaya kehidupan yang layak sesuai dengan perkembangan anak. Sebagaimana firman Allah SWT. dalam Q.S. Al-Baqarah [2]: 233. Berkaitan dengan ayat ini, Abdul Wahab Khalaf memberikan pendapat bahwa berdasarkan *isyarat nash* yang ada, seorang ayah wajib memberi nafkah kepada anaknya, karena anak itu adalah anaknya, bukan anak orang lain.<sup>85</sup> Imam Syafi'i berpendapat bahwa anak dapat dianggap sah dan dapat dihubungkan dengan ayahnya jika ada akad nikah antara ayah dan ibunya. Sedangkan Imam Ahmad Ibn Hambal menyatakan bahwa penentuan nasab anak terhadap ayahnya harus dipastikan adanya hubungan biologis antara ayah dan ibunya.<sup>86</sup>

Menurut Wahbah Zuhayli, seorang anak dinasabkan kepada ibunya pada setiap kelahiran baik secara normal maupun tidak. Sedangkan pemberian nasab seorang anak kepada ayahnya, hanya dari jalan perkawinan yang sah atau fasid atau *wath'i subhat*, atau karena pengakuan. Dan Islam tidak mengenal pengakuan terhadap anak zina kecuali pada masa Jahiliyah.<sup>87</sup> Dalam kasus nikah yang sah, para ulama menggunakan dasar hadits:

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: **الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ، وَاللِّعَاضِ  
الْحَجَرُ** (رواه مسلم)

Artinya: “(Nasab) anak itu bagi suami dan bagi yang berzina adalah batu”  
(H.R. Muslim)<sup>88</sup>

Sedangkan menurut Abdul Manan, dalam pandangan hukum Islam, ada beberapa syarat supaya nasab anak dianggap sah. Kehamilan bagi istri bukan hal

<sup>85</sup> Fathurrahman Djamil, *Pengakuan*, 107

<sup>86</sup> Fathurrahman Djamil, *Pengakuan*, 108

<sup>87</sup> Wahbah Zuhaily, *Fiqh* Juz X, 7249

<sup>88</sup> Muslim Ibn Hajjaj, *Shahih.*, 666

yang mustahil.<sup>89</sup> Menurut Wahbah Zuhayly, para *fuqaha* sepakat bahwa usia minimal kehamilan adalah enam bulan setelah melakukan hubungan biologis.<sup>90</sup> Imam Hanafi tidak mensyaratkan hal ini, beliau mengatakan bahwa meskipun suami istri tidak melakukan hubungan seksual, sedangkan dari istri yang dikawini secara sah melahirkan anak, maka anak tersebut dikategorikan sebagai anak yang sah. Dalam Q.S. Al-Ahqaf [46]: 15 dijelaskan bahwa secara kumulatif proses mengandung hingga menyapih diperlukan waktu tiga puluh bulan. Sedangkan dalam Q.S. Luqman [31]: 14 dijelaskan bahwa batas maksimal menyapih adalah dua tahun atau dua puluh empat bulan. Berdasarkan dua hal di atas, batas minimal dari kehamilan adalah enam bulan.

Sedangkan batas maksimal kehamilan menurut Imam Malik adalah lima tahun. Imam Syafi'i dan Hambali mengatakan batas maksimalnya adalah empat tahun. Sedangkan ulama Hanafiyah mengatakan batas maksimal usia kehamilan adalah dua tahun, Muhammad bin Hakam berpendapat satu tahun qomariyah. Ulama Zahiriyah mengatakan batasan tersebut adalah sembilan bulan. Terlepas dari perbedaan tersebut, pada umumnya masa kehamilan berkisar antara sembilan bulan hingga satu tahun. Jika lebih dari itu merupakan pengecualian.<sup>91</sup>

Pandangan fikih di atas yang berkenaan dengan penetapan status anak sah dimulai sejak terjadinya pembuahan baik yang terjadi di dalam rahim ibu atau tidak. Dan pembuahan ini harus terjadi dalam suatu perkawinan yang sah.

---

<sup>89</sup> Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta:Kencana,2008), 79

<sup>90</sup> Wahbah Zuhayly, *Fiqh Juz X*, 7250

<sup>91</sup> Fathurahman Djamil, *Pengakuan*, 106; lihat juga Wahbah Zuhayly, *Fiqh Juz X*, 7251-7252

Jika batasan di atas terlewati atau tidak terpenuhi maka suami dapat mengingkari anak yang dikandungnya dengan cara *li'an*. Jika hal ini terjadi dan terbukti dengan menyakinkan bahwa istri menjalin hubungan dengan laki-laki lain maka terputuslah hubungan nasab anak kepada ayahnya. Menurut Anwar al-Amrusy bahwa seorang laki-laki yang menikah dengan seorang wanita hamil dan secara diam-diam mengakui perbuatannya, maka hal ini menunjukkan bahwa dia telah mengakui hubungan biologis dengan wanita tersebut sekaligus anak yang dilahirkan oleh wanita tersebut. Namun menurut Anwar, tidak ada ketentuan yang bulat pada persoalan nasab.<sup>92</sup>

Pada satu sisi, terdapat ketentuan yang menyatakan batas minimal dan batas maksimal usia kehamilan, dan anak yang terlahir kurang atau lebih dari batas tersebut dipandang sebagai anak tidak sah. Di sisi yang lain anak tersebut dianggap sah karena secara diam-diam telah diakui oleh laki-laki yang menghamili ibunya dan kedua orang tuanya sudah menikah secara sah. Maka anak tersebut dengan sendirinya menjadi anak yang sah.

#### **b. Anak Sah Menurut Hukum Positif**

Dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan jo. Pasal 99 huruf a Kompilasi Hukum Islam dinyatakan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah. Berbeda halnya dengan konsep fiqh yang tegas, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam memberikan ketentuan yang lebih luas.

---

<sup>92</sup> Abdul Manan, *Aneka*

Menurut Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, kata “dalam” mengindikasikan bahwa ukuran sah atau tidaknya seorang anak dilihat dari waktu kelahirannya tanpa memperhitungkan kapan proses pembuatannya. Selain itu, seorang anak meskipun terlahir di luar perkawinan karena orang tuanya telah bercerai, tetap dipandang sebagai anak yang sah.<sup>93</sup>

Kata “dalam” juga membawa kontroversi. Sering dijumpai di masyarakat kasus perkawinan wanita hamil. Menariknya, hal ini mendapat justifikasi KHI sebagaimana diatur dalam pasal 53 KHI:

*Pasal 53*

- i. *Seorang wanita hamil di luar nikah, dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya.*
- ii. *Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dialnsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya.*
- iii. *Dengan dilangsungkannya perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandung lahir.*

Kawinan hamil sebenarnya menunjukkan bahwa pembuahan telah terjadi sebelum akad nikah. Kemudian baru dilaksanakan perkawinan dengan pria yang menghamili. Selang beberapa bulan kemudian, anak yang dikandung tersebut lahir. Menurut KHI, anak ini dikategorikan sebagai anak yang sah karena terlahir dalam perkawinan yang sah.<sup>94</sup>

Subekti menyatakan bahwa anak sah (*wettig kind*) menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah anak yang dilahirkan dan dibuat selama perkawinan yang sah antara ayah dan ibunya.<sup>95</sup> Upaya memastikan bahwa anak tersebut benar-benar keturunan ayahnya, menurut Subekti tentunya sukar di dapat. Berdasarkan hal ini ditetapkan masa tenggang kandungan paling lama yaitu 300

<sup>93</sup> Amiur Nurudin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, 286

<sup>94</sup> Amiur Nurudin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata*, 287

<sup>95</sup> Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata* (Jakarta:PT.Intermasa,1984), 48

hari dari tenggang kandungan yang paling pendek yaitu 180 hari. Dengan demikian seorang anak yang terlahir melebihi 300 hari setelah perceraian orang tuanya adalah anak tidak sah, sebagaimana diatur dalam Pasal 255 KUHPerdara. Ada tiga macam status anak yang diatur dalam KUHPerdara.<sup>96</sup> *Pertama*, anak sah yang diatur dalam Pasal 250 KUHPerdara.

*Tiap-tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan, memperoleh si suami sebagai bapaknya*

Berdasarkan hal ini, anak tersebut memiliki status sebagai anak kandung dengan hak-hak keperdataan melekat padanya serta berhak memakai nama belakang orang tuanya untuk menunjukkan asal usulnya.<sup>97</sup> *Kedua*, anak yang diakui dan diatur dalam Pasal 280 KUHPerdara:

*Dengan pengakuan terhadap anak luar kawin, terlahirlah hubungan perdata anak itu dan ayahnya atau ibunya.*

Dengan adanya pengakuan dari ibu yang melahirkannya dan bapak yang menghamili ibunya, anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan orang tuanya itu. Meskipun demikian, pengakuan ini tidak boleh dilakukan untuk anak hasil perzinahan,<sup>98</sup> sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 283 KUHPerdara. *Ketiga*, anak yang disahkan yaitu anak luar kawin antara laki-laki dan perempuan yang diakui sebagai anak mereka yang sah, dengan dicatat dalam akta perkawinan.

Menarik untuk dicermati lebih jauh, Pasal 99 KHI menyatakan bahwa Anak yang sah adalah :

*b. anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah;*

<sup>96</sup> Abdul Manan, *Aneka*, 76-77

<sup>97</sup> Abdul Manan, *Aneka*, 78

<sup>98</sup> Yang dimaksud dengan perzinahan dalam KUHPerdara hubungan di luar perkawinan yang sah antara seorang laki-laki dan perempuan dimana salah satu atau keduanya telah terikat dalam perkawinan yang sah dengan orang lain.

c. hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

KHI menjelaskan lebih rinci berkaitan dengan anak yang sah. Ketentuan pasal 99 huruf b di atas memberikan aturan yang bersifat antisipasi berkaitan dengan cara pembuahan yang tidak hanya terjadi di dalam rahim ibu melainkan dengan cara yang lain karena alasan-alasan medis.

## 2. Anak di Luar Nikah

### a. Anak di luar nikah menurut fiqh

Sebagai lawan dari anak sah, anak di luar nikah, yaitu anak yang dilahirkan oleh perempuan yang tidak terikat dalam perkawinan yang sah dengan laki-laki yang menghamilinya, baik secara hukum agama maupun hukum positif. Dalam pandangan fikih, anak di luar nikah adalah anak yang lahir akibat perbuatan zina. Al-Jurjani sebagaimana dikutip oleh Masyfuk Zuhdi mendefinisikan zina sebagai hubungan biologis antara orang yang beda jenis kelaminnya dan tidak ada unsur kesalahan atau kealpaan di dalamnya.<sup>99</sup>

Islam melarang perbuatan ini karena dapat menimbulkan ketidakjelasan nasab seseorang. Suami diberikan hak untuk menolak mengakui anak yang dilahirkan istrinya setelah terjadi *li'an* dan terbukti bahwa anak tersebut adalah hasil hubungan dengan orang lain. Perbuatan ini juga mengakibatkan teraniayanya anak secara psikologis, karena menyanggah sebutan anak zina (*walad az-zina*).<sup>100</sup>

Selain itu, zina mengakibatkan hilangnya *hurmatul mushaharah* atau kehormatan keluarga karena perkawinan. Imam Syafi'i menyatakan bahwa perempuan yang berzina tidak dilarang menikah dengan laki-laki yang

<sup>99</sup>Masyfuk Zuhdi, *Masail Fiqhiyah : Kapita Selekta Hukum Islam* (Jakarta:Haji Masagung,1993), 33

<sup>100</sup> Masyfuk Zuhdi, *Masail*, 36

menzinainya, dan anak yang terlahir dari perbuatan zina bukan anak laki-laki tersebut.

Imam Abu Hanifah dan Imam Ahmad Ibn Hanbal memiliki pandangan yang berbeda. Beliau menyatakan bahwa perzinahan tetap menimbulkan *hurmatul mushaharah* sebab baginya makna asli nikah adalah *wath'i*. Implikasinya adalah perempuan yang dizinai seolah-olah adalah istrinya. Sedangkan Imam Malik sependapat dengan Imam Syafi'i akan tetapi pada persoalan anak zina sepakat dengan pendapat Imam Ahmad dan Imam Abu Hanifah.<sup>101</sup>

Anak di luar nikah tidak dapat dihubungkan dengan ayahnya melainkan hanya dihubungkan kepada ibunya. Menurut Ibnu Rusyd, jumhur berpendapat bahwa anak-anak zina tidak dihubungkan nasabnya kepada bapak-bapak mereka kecuali pada masa jahiliyah. Namun, ada pendapat yang berbeda, dan mengatakan anak hasil zina dapat dihubungkan dengan bapaknya pada masa Islam, jika perzinahan itu dilakukan pada masa Islam pula.

Pendapat ini didasarkan pada hadits Nabi Saw.

عن ابن عمر رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم  
لَاعَنَ بَيْنَ رَجُلٍ وَأَمْرَأَتِهِ، فَانْتَقَى مِنْ  
وَلَدِهَا وَالْحَقَّ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ

Artinya: “Dari Umar r.a., bahwa Nabi Saw. telah meli'an antara seorang laki-laki dengan istrinya. Ia (suami) mengingkari anaknya. Maka Nabi Saw. menceraikan keduanya dan menghubungkan nasab anak tersebut pada ibunya.” (H.R. Nasa'i)<sup>102</sup>

Meskipun demikian, menurut Masyfuk Zuhdi, anak di luar nikah harus diperlakukan secara manusiawi, diberikan pendidikan, pengajaran dan

<sup>101</sup>Jazuni, *Hukum Islam di Indonesia Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam, dan Penerapannya* (Pondok Gede:Haniya Press,2006), 194

<sup>102</sup>Muhammad Nashiruddin al-Albani, *Shahih Sunan an-Nasa'i Juz II* (Riyadh:Maktabah Ma'arif,1998), hlm 491

kecakapan yang berguna untuk bekal hidup di masyarakat. Yang bertanggungjawab mencukupi kehidupan anak luar nikah terutama adalah ibu dan keluarganya. Akan tetapi jika ibu atau keluarganya melantarkannya maka siapa pun yang menemukan wajib mengasuhnya dan mencukupi kebutuhannya. Jika diperlukan dapat meminta bantuan dari *baitul maal*. Anak tersebut dapat juga diserahkan kepada panti asuhan.<sup>103</sup>

Selain dari hubungan perzinaan, seorang anak juga dapat dikategorikan dalam anak di luar nikah akibat adanya li'an dari orang tuanya. Kedudukan anak ini sama dengan anak zina, ia tidak mengikuti nasab bapaknya, melainkan mengikuti nasab ibunya. Ketentuan ini juga berlaku dalam hal kewarisan dan perkawinan bagi anak perempuan.<sup>104</sup>

**b. Anak di luar nikah menurut hukum positif**

Pengertian anak luar kawin, menurut Abdul Manan dalam konteks hukum perdata ada dua macam. (1) apabila sah satu atau kedua orang tuanya masih terikat dengan perkawinan dengan orang lain, kemudian mereka melakukan hubungan biologis dan melahirkan anak, maka anak tersebut dinamakan anak zina, bukan anak di luar kawin. (2) apabila orang tua anak tersebut masih sama-sama bujang, mereka mengadakan hubungan seksual, kemudian melahirkan anak maka anak itu dinamakan anak di luar nikah. Dan anak ini dapat diakui orang tuanya.

Masyfuk Zuhdi mengatakan bahwa dalam konteks hukum perdata di Indonesia, anak zina adalah anak yang terlahir di luar pernikahan yang sah sesuai

---

<sup>103</sup>Masyfuk Zuhdi, *Masail*, 39

<sup>104</sup> Abdul Manan., *Aneka*, 83

dengan ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pernikahan penduduk Indonesia yang dilakukan menurut hukum Islam, tetapi tidak dicatatkan, atau perkawinan yang dicatatkan tetapi tidak dilakukan sesuai dengan ketentuan agama, maka pernikahan tersebut tidak sah menurut negara dan anak yang terlahir darinya hanya memiliki nasab dengan ibu beserta keluarga ibunya saja.<sup>105</sup> Sebagaimana diatur dalam Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan jo. Pasal 100 Kompilasi Hukum Islam.

*Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.*

Menurut H. Herusuko banyak faktor yang menyebabkan terjadinya anak luar nikah, seperti hubungan biologis antara perempuan dengan laki-laki tanpa adanya ikatan pernikahan atau salah satunya masih terikat pernikahan, hubungan biologis karena paksaan atau perkosaan, anak yang terlahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan di Kantor Catatan Sipil/Kantor Urusan Agama, atau anak yang dilahirkan dari perkawinan adat.<sup>106</sup>

Selain dari hubungan yang tidak sah, KHI juga mengatur tentang pengingkaran anak (*li'an*) yang mengakibatkan status seseorang berubah menjadi anak di luar nikah.

#### *Pasal 101*

*Seorang suami yang mengingkari sahnya anak, sedang isteri tidak menyangkalnya, dapat meneguhkan pengingkarannya dengan li'an.*

#### *Pasal 102*

a. *Suami yang akan mengingkari seorang anak yang lahir dari isterinya, mengajukan gugatan kepada Pengadilan Agama dalam jangka waktu 180 hari sesudah hari lahirnya atau 360 hari sesudah*

<sup>105</sup> Masyfuk Zuhdi, *Masail*, 38

<sup>106</sup> Abdul Manan, *Aneka*, 82

*putusnya perkawinan atau setelah suami itu mengetahui bahwa istrinya melahirkan anak dan berada di tempat yang memungkinkan dia mengajukan perkaranya kepada Pengadilan Agama.*

- b. *Pengingkaran yang diajukan sesudah lampau waktu tersebut tidak dapat diterima*

*Pasal 126*

*Li`an terjadi karena suami menuduh isteri berbuat zinah dan atau mengingkari anak dalam kandungan atau yang sudah lahir dari isterinya, sedangkan isteri menolak tuduhan dan atau pengingkaran tersebut.*

*Pasal 127*

*Tata cara li`an diatur sebagai berikut :*

- c. *Suami bersumpah empat kali dengan kata tuduhan zina dan atau pengingkaran anak tersebut diikuti sumpah kelima dengan kata-kata "laknat Allah atas dirinya apabila tuduhan dan atau pengingkaran tersebut dusta"*
- d. *Isteri menolak tuduhan dan atau pengingkaran tersebut dengan sumpah empat kali dengan kata "tuduhan dan atau pengingkaran tersebut tidak benar", diikuti sumpah kelima dengan kata-kata murka Allah atas dirinya :tuduhan dan atau pengingkaran tersebut benar";*
- e. *tata cara pada huruf a dan huruf b tersebut merupakan satu kesatuan yang tak terpisahkan;*
- f. *apabila tata cara huruf a tidak diikuti dengan tata cara huruf b, maka dianggap tidak terjadi li`an.*

*Pasal 128*

*Li`an hanya sah apabila dilakukann di hadapan sidang Pengadilan Agama.*

Ada perbedaan antara hukum Islam dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dalam memandang persoalan anak luar nikah. Pasal 5a menyebutkan bahwa anak yang sah juga anak tak sah yang diakui oleh ayahnya, maka menyanggah nama keturunan ayahnya, sedangkan anak yang tidak diakui oleh ayahnya, menyanggah nama keturunan ibunya.<sup>107</sup>

Ketentuan ini menyatakan bahwa anak luar nikah tidak memiliki hubungan keperdataan dengan orang tuanya, kecuali telah diakui. Dalam pasal 272 KUHPerduta disebutkan bahwa anak yang dilahirkan di luar nikah (antara gadis

<sup>107</sup>R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata* (Jakarta:Pradnya Paramita,2006), 4

dan jejak) dapat diakui, sekaligus dapat disahkan, kecuali anak-anak yang dibiarkan dari hasil zina atau dalam sumbang.<sup>108</sup>

Secara yuridis formal, ayah tidak wajib memberi nafkah kepada anak luar nikah, walaupun secara biologis anak tersebut adalah anaknya sendiri. Jika terjadi hubungan kekerabatan hanya berlangsung secara manusiawi bukan secara hukum. Mayoritas ulama mengatakan bahwa anak zina tidak bisa mewarisi dari ayahnya, begitu pula sebaliknya karena tidak ada hubungan nasab di antara keduanya. Anak zina hanya bisa mewarisi dari ibu dan keluarga ibunya saja.<sup>109</sup> Selain itu, tidak ada hak perwalian dalam pernikahan jika anak di luar nikah kebetulan adalah perempuan. Ia tidak memiliki hak dinikahkan oleh ayah biologisnya atau wali lain berdasarkan nasab.<sup>110</sup>

Peraturan Perundang-Undangan tentang perkawinan belum memberikan ketentuan secara khusus mengenai anak di luar nikah sebagaimana diamanahkan oleh Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Menurut Musdah Mulia, salah satu golongan yang rentan terhadap diskriminasi, eksploitasi, dan membutuhkan perlindungan khusus salah satunya adalah anak yang lahir di luar nikah.<sup>111</sup>

Tidak ada satu pun manusia yang dapat memilih di keluarga mana ia dilahirkan. Tidak ada manusia yang memilih sendiri siapa orang tuanya.<sup>112</sup> Kelahiran dan orang tua merupakan sesuatu yang kodrati. Semua bentuk

---

<sup>108</sup> Fathurrahman Djamil, *Pengakuan*, 98

<sup>109</sup> Fathurrahman Djamil, *Pengakuan*, 160

<sup>110</sup> Sajuti Thalib, *Hukum Kewarisan Islam di Indonesia* (Jakarta: Sinar Grafika, 2002), 112

<sup>111</sup> Musdah Mulia, *Islam dan Hak Asasi Manusia Konsep dan Implementasi* (Yogyakarta: Naufan Pustaka, 2010), 254

<sup>112</sup> Musdah Mulia, *Islam*, 255

kesalahan, dosa, stigma dan apa pun namanya seharusnya dialamatkan kepada kedua orang tuanya, bukan pada anak. Dalam sejumlah Undang-Undang maupun Peraturan Catatan Sipil, kedudukan dan hak anak selalu dengan status pernikahan orang tuanya sehingga tidak ada celah sedikitpun perlindungan bagi anak yang lahir di luar pernikahan.<sup>113</sup>

### 3. Anak dari Nikah *Sirri*

#### a. Anak Nikah *Sirri* perspektif fiqh

Ada dua cara mengidentifikasi status anak nikah *sirri*. *Pertama*, jika menggunakan dasar *atsar* sahabat Umar Ibn Khattab ra. dalam kitab Al-Muwatho' Imam Malik, yang berbunyi:

أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَتَى بِنِكَاحٍ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلَّا رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَقَالَ: هَذَا نِكَاحُ السِّرِّ، وَلَا أُجِيزُهُ، وَلَوْ  
كُنْتُ نَقَدَّمْتُ فِيهِ لَرَجَمْتُ.

Artinya: *Sesungguhnya Umar bin Khattab pernah diberikan laporan mengenai suatu kasus perkawinan yang hanya disaksikan oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan. Maka dia berkata: " ini adalah pernikahan sirri dan aku tidak memperbolehkannya. Sekiranya aku hadir dalam pernikahan itu niscaya aku kutuki.*<sup>114</sup>

Hadits di atas mengisyaratkan bahwa Umar bin Khattab ra. melarang adanya nikah *sirri*. Didukung pendapat dari para imam madzhab dan ulama kontemporer yang melarang model pernikahan ini bahkan ada yang berpendapat harus difasakh. Maka status anak nikah *sirri* tidak sah karena perkawinan orang tuanya tidak memenuhi rukun dan syarat perkawinan.

*Kedua*, apabila mengacu pada ruang lingkup nikah *sirri* konteks Indonesia, yaitu suatu perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat sesuai dengan hukum

<sup>113</sup>Musdah Mulia, *Islam*, 256

<sup>114</sup>Anas bin Malik, *Muwaththa'*

Islam akan tetapi tidak atau belum dicatatkan di Kantor Urusan Agama. Maka status anak nikah *sirri* tetap sah meskipun tidak memiliki kekuatan pembuktian. Menurut Neng Djubaidah, anak nikah *sirri* merupakan anak yang dilahirkan akibat perkawinan yang sah sesuai ketentuan Pasal 3 KHI. Dalam RUU Hukum Materiil Pengadilan Agama, sebagaimana dikatakan oleh Neng Djubaidah, anak yang terlahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan, meskipun sah secara hukum Islam, tidak mempunyai kekuatan hukum dan tidak mendapat jaminan hukum. Ironisnya, anak yang terlahir dari perzinahan justru mendapatkan kedudukan yang legal dan memperoleh jaminan hukum<sup>115</sup>

**b. Anak Nikah Sirri perspektif hukum positif**

Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa Undang-undang itu tidak selalu jelas. Kemampuannya untuk memberikan jawaban terhadap persoalan-persoalan yang dihadapkan kepadanya juga sangat rendah, tidak juga menyediakan pasal-pasal yang langsung dapat digunakan untuk menyelesaikan persoalan tersebut. Menurut Scholten, sesuatu yang khayal apabila orang beranggapan bahwa undang-undang telah mengatur segalanya secara tuntas.<sup>116</sup>

Status anak yang terlahir dari perkawinan *sirri* juga belum dapat dijelaskan oleh peraturan perundang-undangan, seperti halnya persoalan status perkawinan orang tuanya. Mereka tidak memiliki bukti otentik bahwa ia lahir dari orang tuanya dalam perkawinan yang sah. Sedangkan dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dinyatakan:

---

<sup>115</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 29-30

<sup>116</sup> Anthon Freddy Susanto, *Semiotika*, 11

*Asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akte kelahiran yang autentik, yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang.*

Jika merujuk pada pendapat Yahya Harap di atas, secara hukum anak-anak ini dianggap sebagai anak yang tidak sah.<sup>117</sup> Hal ini merupakan akibat dari persoalan orang tuanya yang juga tidak memiliki bukti otentik dari perkawinannya. Dan di masa yang akan datang, anak ini akan kesulitan ketika harus melengkapi persyaratan administrasi.<sup>118</sup> Konsekuensinya, mereka hanya memiliki hubungan keperdataan dengan ibunya saja tidak dengan ayahnya.<sup>119</sup> Secara agama perkawinan orang tuanya bisa saja sah, namun ketidakjelasan status secara hukum membuat anak yang terlahir dari perkawinan *sirri* tidak memiliki hubungan yang kuat antara orang tua dengan anak, sehingga bisa saja sewaktu-waktu orang tua khususnya bapak menyangkal adanya anak tersebut.

Selain itu, terbuka peluang bagi orang tua untuk tidak memberi nafkah, pemeliharaan dan pendidikan. Anak akan kehilangan hak yang seharusnya menjadi kewajiban orang tua. Islam mengajarkan bahwa orang tua bertanggungjawab untuk merawat, mengasuh, dan mendidik anak hingga ia dewasa atau mampu menghidupi dirinya sendiri.<sup>120</sup>

Pasal 57 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak memberi ketentuan bahwa:

*Setiap anak berhak untuk dibesarkan, dipelihara, dirawat, dididik, diarahkan, dan dibimbing kehidupannya oleh orang tua atau walinya sampai dewasa sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.*<sup>121</sup>

<sup>117</sup> Lidia Karlani, *Alasan*, 56

<sup>118</sup> Sumarindang, *Akibat*, 76

<sup>119</sup> Khoirul Hidayah, *Dualisme*

<sup>120</sup> Ahmad Kosasih, *HAM dalam Perspektif Islam Menyingkap Persamaan dan Perbedaan Antara Islam dan Barat* (Jakarta: Salemba Diniyah, 2003), 73

<sup>121</sup> Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak LN. Tahun 2002 No.109

Kesejahteraan anak yang dimaksud dalam ketentuan-ketentuan di atas, menurut Pasal 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak adalah suatu tata kehidupan dan penghidupan anak yang dapat menjamin pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar, baik secara rohani, jasmani maupun sosial.<sup>122</sup> Ketentuan lain yang secara spesifik mengatur tentang hak pendidikan bagi anak terdapat dalam Pasal 60 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999:

*Setiap anak berhak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya sesuai dengan minat, bakat, dan tingkat kecerdasannya.*<sup>123</sup>

Menurut Gustav Redbruch sebagaimana dikutip oleh Antonius Sudirman dalam tesis berjudul “*Hukum dan Putusan Hakim Suatu Studi Perilaku Hukum Hakim Bismar Siregar*” mengemukakan bahwa ada tiga nilai dasar yang harus terdapat dalam hukum, yakni keadilan, kemanfaat, dan kepastian hukum. Meskipun demikian, menurut Gustav, ketiga unsur esensial hukum ini sulit terwujud secara bersamaan, lebih sering terjadi konflik antara ketiganya.<sup>124</sup>

Apabila melihat aspek kepastian hukum, anak yang terlahir dari perkawinan *sirri* jelas tidak memiliki bukti otentik tentang hubungan keperdataannya dengan orang tuanya. Dengan demikian tidak ada hubungan keperdataan dengan orang tuanya. Termasuk menjadi ahli waris jika orang tuanya meninggal dunia, bahkan anak ini akan kesulitan melangsungkan perkawinan karena identitas orang tuanya

---

<sup>122</sup> Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak LN. Tahun 1979 No. 32

<sup>123</sup> Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia LN. Tahun 1999 No. 165

<sup>124</sup> Antonius Sudirman, *Hukum dan Putusan Hakim Suatu Studi Perilaku Hukum Hakim Bismar Siregar*, Tesis (Semarang:Universitas Diponegoro,1999), 41

tidak jelas. Selain itu, anak ini tidak dapat diakui hanya melalui lisan tanpa ada bukti-bukti yang mendukung pengakuan tersebut.<sup>125</sup>

Hal ini bertentangan dengan nilai-nilai keadilan, sebab menurut Soenarjati Hartono, tujuan hukum yang terpenting adalah mencapai keadilan dalam masyarakat.<sup>126</sup> Jika tidak bisa menciptakan keadilan maka hukum yang harus diubah. Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa hukum bertujuan untuk melindungi rakyat. Hukum adalah institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia.<sup>127</sup> Hukum ada untuk manusia bukan sebaliknya.

Berdasarkan hal ini, setiap kali ada masalah dalam dan dengan hukum, hukum-lah yang harus ditinjau dan diperbaiki bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan dalam skema hukum.<sup>128</sup> Menurut Fuller hukum tidak dapat diterima sebagai hukum jika gagal untuk menyerasikan aturan dengan praktik penerapannya. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.<sup>129</sup> Jika peraturan perundang-undangan tentang perkawinan atau perlindungan anak tidak mampu membawa iklim keadilan bagi anak dari perkawinan *sirri* maka perlu adanya revisi terhadap substansinya.

Sejak hukum tampil dalam bentuknya yang khas, yaitu otonom, publik, dan positif, menjadikan proses hukum seperti penyelesaian perkara dan pencarian keadilan menjadi sesuatu yang hanya bisa ditempuh dengan cara yang spesifik.

---

<sup>125</sup> Sumarindang, *Akibat.*, 77

<sup>126</sup> Antonius Sudirman, *Hukum*, 43

<sup>127</sup> Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta:Genta Publishing,2009), 2

<sup>128</sup> Satjipto Raharjo, *Hukum*, 32

<sup>129</sup> Satjipto Raharjo, *Sosiologi*, 68

Tidak semua persoalan sosial dapat menemukan jalannya untuk masuk ke dalam jalur hukum yang semestinya. Tidak semua rakyat yang mempunyai persoalan, tahu hukum. Selain itu, format hukum yang disusun secara ketat tidak mudah menampung semua persoalan yang seharusnya diselesaikannya.<sup>130</sup>

#### **4. Perubahan status Keperdataan Anak**

Dalam konteks hukum Islam maupun hukum positif di Indonesia, status keperdataan seseorang dapat berubah dengan beberpa upaya, seperti pengakuan baik secara lisan maupun tertulis yang diperkuat dengan penetapan dari Pengadilan Agama

##### **a. Penetapan Asal Usul Anak Menurut Hukum Islam**

Menurut Masyfuk, hukum Islam tidak mengenal lembaga pengakuan anak apalagi pengesahan anak, seperti yang terdapat dalam KUHPperdata. Meskipun demikian, anak yang dilahirkan di luar nikah harus diberlakukan seperti halnya anak-anak sah, kecuali hubungan keturunan dengan ayah secara hukum. Bukan berarti Islam tidak humanis. Karena ayah dapat menggunakan lembaga wasiat dalam masalah kewarisan dan wali hakim dalam masalah pernikahan.<sup>131</sup>

Menurut Erna Sofwan Syukrie, dalam pengertian formil pengakuan anak menurut hukum merupakan suatu bentuk pemberian keterangan dari seorang laki-laki yang menyatakan pengakuan terhadap anak-anaknya. Sedangkan menurut pengertian materiil yang dimaksud pengakuan anak adalah perbuatan hukum untuk menimbulkan hubungan keluarga antara anak dengan yang mengakuinya tanpa mempersoalkan siapa yang menghamili perempuan yang melahirkan anak

<sup>130</sup> Satjipto Raharjo, *Sosiologi*, 55-56

<sup>131</sup> Masyfuk Zuhdi, *Masail*, 113

tersebut. Pengakuan ini bertujuan menciptakan kaitan hukum kekeluargaan terhadap anak di luar nikah yang menimbulkan akibat hukum lain seperti kewarisan.<sup>132</sup>

Atau dengan kata lain, pengakuan anak adalah suatu tindakan yang berakibat beralihnya status seorang anak yang bersumber dari pengakuan atau klaim yang dilakukan seseorang yang menjadikannya sebagai bapak atas anak tersebut. Berkaitan dengan masalah ini Umar ra. memberikan pendapat bahwa:

مَنْ أَقْرَبَ بَوْلِدِهِ طَرْفَةَ عَيْنٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ (أَخْرَجَهُ النَّبِيُّ، وَهُوَ حَسَنٌ مَوْثُوفٌ)

Artinya: Dari sahabat Umar ra., beliau berkata: “barang siapa yang mengakui anaknya walaupun sekejap mata, maka ia tidak berhak meniadakannya (tidak mengakuinya)” (H.R. al-Baihaqi)<sup>133</sup>

Menurut Abdullah Ali Husein, tidak semua *mukallaf* dapat mengakui seorang anak sebagai anaknya yang sah, melainkan harus berpedoman pada beberapa asas, yaitu adanya status yang baik bagi anak, tidak ada ketunggalan hukum dalam nasab, pengakuan tersebut dapat melindungi bagi yang lemah, dan adanya larangan mengingkari pengakuan yang telah diberikan.<sup>134</sup>

Pengakuan anak dalam hukum Islam dibagi menjadi dua. *Pertama*, pengakuan anak untuk diri sendiri. Menurut Abdullah Ali Husein ada beberapa syarat yang harus dipenuhi, seperti orang yang mengakui sebagai ayah adalah laki-laki dan ibu adalah orang yang mengakui bahwa dia telah mengandung dan melahirkan anak tersebut, orang yang mengakui harus *mukallaf*, anak yang diakui haruslah anak yang tidak diketahui nasabnya, pengakuan itu tidak disangkal oleh

<sup>132</sup> Abdul Manan, *Aneka* 84

<sup>133</sup> Ibnu Hajar al-‘Asqalâny, *Bulughul*, 241

<sup>134</sup> Abdul Manan, *Aneka*, 90

akal sehat, dan jika anak telah dewasa ia tidak menyangkal adanya pengakuan tersebut.<sup>135</sup>

*Kedua*, pengakuan anak terhadap orang lain. Menurut Ahmad Husni ketentuannya sama dengan pengakuan anak untuk diri sendiri akan tetapi ditambah beberapa ketentuan, seperti orang yang dihubungkan nasab kepadanya membenarkan adanya hubungan tersebut dan adanya saksi-saksi jika orang yang dihubungkan nasab kepadanya tidak mengakui adanya hubungan tersebut.

Menurut Wahbah Zuhaili, untuk memastikan apakah seorang anak itu sah atau tidak, terdapat beberapa alasan sebagai berikut:

1. Melalui pernikahan yang sah atau *fasid*.

*Fuqaha'* sepakat menyatakan bahwa pernikahan yang sah atau *fasid* merupakan salah satu cara dalam menetapkan nasab anak kepada kedua orang tuanya, sekalipun pernikahan dan kelahiran anak tersebut tidak didaftarkan secara resmi pada instansi terkait.<sup>136</sup> Hal ini sesuai dengan apa yang dijelaskan dalam hadis di bawah ini:

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ، وَاللِّعَاقِ  
الْحَجَرُ (مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ)

Artinya: “(Nasab) anak itu bagi suami dan bagi yang berzina adalah batu”  
(H.R. *Muttafaq ‘Alaih*)

2. Melalui pengakuan terhadap anak.

Seorang anak yang sah dapat ditetapkan melalui pengakuan dengan syarat:

- a. Anak yang diakui tidak diketahui nasabnya (*majhulun-nasab*). Jika diketahui nasabnya maka pengakuan itu batal, karena tidak diperbolehkan memindahkan nasab seseorang pada nasab orang lain. Menurut sebagian

<sup>135</sup> Abdul Manan, *Aneka*, 91

<sup>136</sup> Wahbah Zuhaily, *Fiqh*, 7265

ulama' Hanafiyah, yang dimaksud *majhulun-nasab* adalah anak yang tidak diketahui ayahnya di negara atau daerah di mana ia dilahirkan.

- b. Pengakuan tersebut logis, tidak bertentangan dengan akal sehat, seperti perbedaan umur yang wajar, atau tidak bertentangan dengan pengakuan orang lain, dan sebagainya.
  - c. Anak yang diakui membenarkan pengakuan tersebut, jika anak tersebut telah baligh dan berakal (menurut jumhur ulama') atau telah mumayyiz (menurut ulama Hanafi). Tetapi ulama' Maliki menolak syarat ini karena menurut mereka, nasab merupakan hak dari anak, bukan bapak.
  - d. Pada anak tersebut belum ada hubungan nasab dengan orang lain.<sup>137</sup>  
Jika persyaratan tersebut telah terpenuhi, maka anak yang diakui menjadi anak yang sah dari orang yang mengakuinya.
3. Melalui alat bukti (*bayyinah*).

Alat bukti dalam hal menentukan nasab adalah berupa kesaksian, di mana status kesaksian ini lebih kuat daripada sekedar pengakuan, sebab kesaksian sebagai alat bukti selalu melibatkan orang lain sebagai penguat. Sedangkan dalam pengakuan belum tentu didukung orang lain, yang berakibat pengakuan tersebut tidak kuat dan masih mungkin dibatalkan oleh adanya alat bukti berupa saksi yang benar.

**b. Penetapan Asal Usul Anak Menurut Hukum Positif**

Sebagaimana telah diutarakan pada bagian sebelumnya, sampai saat ini belum ada ketentuan tentang anak di luar nikah di Indonesia, sebagaimana

---

<sup>137</sup> Wahbah Zuhaily, *Fiqh*, 7266-7267

diperintahkan oleh Pasal 43 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.<sup>138</sup> Tidak ada kepastian hukum tentang siapa yang akan mendidik, mengawasi dan memberikan kasih sayang yang merupakan hak-hak anak. Menurut Busthanul Arifin, ketentuan dalam Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Jo. Pasal 100 KHI menimbulkan kesan kedudukan wanita yang melahirkan anak di luar nikah tidak seimbang dengan pria yang menghamilinya, bahkan menimbulkan kesan tidak adil dan tidak manusiawi bagi anak.<sup>139</sup>

Menurut Jazuni, hukum di Indonesia memang tidak mengenal lembaga pengakuan dan pengesahan anak karena dipandang akan merusak seluruh lembaga perkawinan yang begitu luhur.<sup>140</sup> Berbeda dengan pendapat di atas, Subekti menyatakan sebagai upaya perlindungan terhadap anak, Pasal 277 KUHPerdara memberikan suatu upaya hukum melalui lembaga pengesahan anak di luar nikah (*natuurlijk kind*), kecuali anak hasil perzinahan, baik dengan menyusulnya pernikahan orang tuanya atau dengan surat pengesahan. Implikasinya adalah berlaku ketentuan undang-undang yang seakan mereka dilahirkan dalam perkawinan itu. Pasal 280 KUHPerdara menyatakan dengan adanya pengakuan anak di luar kawin terlahirlah hubungan perdata anak itu dan ayah atau ibunya.

Upaya hukum yang dapat ditempuh untuk memperkuat pengakuan asal usul anak, dalam Pasal 55 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dijelaskan bahwa:

- (1) *Asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akte kelahiran yang autentik, yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang.*

---

<sup>138</sup> Abdul Manan, *Aneka*, 84

<sup>139</sup> Jazuni, *Hukum*, 197

<sup>140</sup> Jazuni, *Hukum*,

- (2) *Bila akte kelahiran tersebut dalam ayat (1) pasal ini tidak ada, maka pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal-usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat.*
- (3) *atas dasar ketentuan Pengadilan tersebut ayat (2) ini, maka instansi pencatat kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan yang bersangkutan mengeluarkan akte kelahiran bagi anak yang bersangkutan.*

Pasal 49 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi

Kependudukan menentukan bahwa:

- (1) *Pengakuan anak wajib dilaporkan oleh orang tua pada Instansi Pelaksana paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal Surat Pengakuan Anak oleh ayah dan disetujui oleh ibu dari anak yang bersangkutan.*
- (2) *Kewajiban melaporkan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dikecualikan bagi orang tua yang agamanya tidak membenarkan pengakuan anak yang lahir diluar hubungan perkawinan yang sah.*
- (3) *Berdasarkan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pejabat Pencatatan Sipil mencatat pada Register Akta Pengakuan Anak dan menerbitkan Kutipan Akta Pengakuan Anak.*

Data perseorangan yang dimuat dalam data kependudukan sebagaimana diatur dalam Pasal 58 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 dapat dijadikan dasar adanya hubungan keperdataan antara pemilik data dengan kedua orang tuanya. Jika hubungan tersebut atas dasar pengakuan maka hubungan antara keduanya dimanakan hubungan anak yang lahir di luar perkawinan sah atas dasar persetujuan ibu kandung dan ayah biologis.

Persoalannya kemudian, anak dari nikah *sirri* yang secara syar'i terlahir dari hubungan sah orang tuanya dan bukan hubungan zina.<sup>141</sup> Namun secara hukum positif anak ini tidak dipandang terlahir dalam perkawinan yang sah, karena orang tuanya tidak dapat menunjukkan bukti pernikahannya. Akibatnya, mereka tidak dapat memperoleh akta kelahiran. Meskipun demikian, anak ini dapat diakui oleh

---

<sup>141</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 361

kedua orang tuanya. Menurut Neng Djubaidah, pengakuan anak hasil nikah *sirri* melalui lembaga pengakuan anak kurang tepat, sebab kedudukannya dipersamakan dengan anak hasil zina dan hal ini bertentangan dengan ajaran Islam.<sup>142</sup>

Dalam Hukum Acara dijelaskan bahwa beban pembuktian ada pada pihak yang mendalilkan adanya suatu peristiwa hukum, begitu pula dengan pembuktian anak dari pernikahan *sirri* sebagaimana diatur dalam Pasal 163 HIR:

*Barangsiapa mengaku mempunyai suatu hak, atau menyebutkan suatu kejadian untuk meneguhkan hak itu atau untuk membantah hak orang lain, harus membuktikan adanya hak itu atau adanya kejadian itu.*

Menurut R. Tresna, redaksi pasal ini memberi kesan seolah pihak yang mengadakan perkara ke Pengadilan harus membuktikan apa yang diajukan. Padahal di dalam perkara perdata sesungguhnya yang harus dibuktikan kebenarannya hanya apa yang disangkal oleh pihak tergugat.<sup>143</sup>

Adapun alat bukti yang diakui oleh Peraturan Perundang-Undangan, sebagaimana terdapat dalam Pasal 164 HIR/Pasal 284 R.Bg. sebagai berikut:<sup>144</sup>

1. Bukti tertulis, berupa Akta meliputi akta otentik yang dibuat oleh pejabat negara yang berwenang atau akta di bawah tangan. Atau bukti tertulis berupa surat non akta, seperti catatan harian, memo dan lainnya.
2. Bukti saksi, diperlukan jika bukti tertulis tidak ada atau kurang cukup mendukung dan menguatkan dalil-dalil masing-masing pihak.

---

<sup>142</sup> Neng Djubaidah, *Pencatatan*, 362

<sup>143</sup> R. Tresna, *Komentar HIR* (Jakarta:Pradnya Paramita,2005), 139

<sup>144</sup> Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama* (Jakarta:Kencana,2005), 239

3. Persangkaan, kesimpulan-kesimpulan yang diberikan Undang-Undang atau Hakim ditariknya dari suatu peristiwa yang terkenal ke arah peristiwa yang tidak terkenal.
4. Pengakuan, keterangan dari salah satu pihak dalam suatu perkara, dimana ia mengakui apa-apa yang dikemukakan oleh pihak lawan. Pengakuan yang diucapkan di hadapan persidangan majelis hakim memiliki kekuatan pembuktian sempurna bagi pihak yang melakukannya. Berdasarkan hal ini pembuktian lebih lanjut tidak perlu dilakukan.
5. Sumpah, hal ini berbeda dengan sumpah yang diucapkan saksi sebelum memberikan keterangan. Sumpah ini diucapkan para pihak untuk meneguhkan atau melengkapi pembuktian yang sudah ada namun belum mencapai batas minimal pembuktian.

Tabel 2 Perbandingan ketentuan status keperdataan anak menurut fikih, KHI, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, dan KUHPperdata

Unsur Pembedang		Fiqh Munakahat	KHI	UU No. 1/1974	KUHPperdata
Anak Sah	Sebab	Dibuahi dan terlahir dalam perkawinan yang sah; nikah fasid, <i>wath'i subhat</i>	Terlahir di dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah; hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut	dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.	Dilahirkan dalam perkawinan yang sah; dilahirkan di luar perkawinan tetapi diakui oleh orang tua biologisnya
	Nasab	Kedua orang tuanya	Kedua orang tuanya	Kedua orang tuanya	Kedua orang tuanya
	Implikasi	Memiliki hubungan saling mewarisi dengan kedua orang tuanya, dan ayahnya memiliki hak perwalian jika anak tersebut perempuan	Memiliki hubungan saling mewarisi dengan kedua orang tuanya, dan ayahnya memiliki hak perwalian jika anak tersebut perempuan	Memiliki hubungan saling mewarisi dengan kedua orang tuanya, dan ayahnya memiliki hak perwalian jika anak tersebut perempuan	Berhak menyandang nama belakang orang tuanya, memiliki hubungan saling mewarisi
Anak di Luar Nikah	Sebab	Dari hubungan di luar nikah (zina); terjadi <i>li'an</i>	lahir di luar perkawinan	dilahirkan di luar perkawinan	Di lahirkan akibat hubungan perzinahan, karena ada pengingkaran dari orang tuanya
	Nasab	Ibu saja	Ibu dan keluarga ibu	Ibu dan keluarga ibu saja	Ibu saja

	<b>Implikasi</b>	Tidak memiliki hubungan saling mewarisi dengan bapak; dan bapak tidak berhak menjadi wali	saja Tidak memiliki hubungan saling mewarisi dengan bapak; dan bapak tidak berhak menjadi wali	Tidak memiliki hubungan saling mewarisi dengan bapak; dan bapak tidak berhak menjadi wali	Tidak memiliki hubungan saling mewarisi dengan bapak; dan bapak tidak berhak menjadi wali
<b>Status keperdataan</b>	<b>Alat Bukti</b>	Kesaksian	Akte kelahiran atau bukti lainnya	Akte kelahiran yang autentik	Akte kelahiran atau pengakuan
	<b>Cara perubahan</b>	Melalui perkawinan yang sah/fasid; pengakuan oleh orang tua; pembuktian	Permohonan penetapan asal usul anak di pengadilan Agama	Permohonan penetapan asal usul anak di pengadilan Agama	Pengakuan lisan maupun tertulis; penetapan di Pengadilan Negeri

### **E. Metode Perumusan Pertimbangan Hukum Bagi Hakim**

Menurut Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, S.H. salah satu hal terpenting dalam mengadili suatu perkara adalah fakta atau peristiwanya, bukan hukumnya. Sebab hukum merupakan alat, bisa saja suatu peristiwa telah ada ketentuannya namun berbeda penyelesaiannya.<sup>145</sup> Berdasarkan pendapat ini diperlukan adanya penemuan fakta dan upaya sinkronisasi antara fakta dengan ketentuan yang ada dalam Peraturan Perundang-Undangan melalui musyawarah Majelis Hakim. Musyawarah ini merupakan perundingan tertutup yang dilakukan untuk mengambil keputusan terhadap suatu perkara yang diajukan ke pengadilan. Tujuannya adalah menyamakan persepsi agar putusan yang dijatuhkan dirasa adil sesuai ketentuan hukum yang berlaku.<sup>146</sup> Oliver Wendel Holmes menyatakan bahwa dalam proses menemukan keadilan hakim tidak hanya menemukan hukum akan tetapi dapat membentuk hukum. Hakim harus selalu memilih, menentukan prinsip-prinsip mana yang dipakai dan menentukan pihak yang menang.<sup>147</sup>

Rapat majelis berfungsi merumuskan pertimbangan hukum dari suatu perkara yang akan diputus. Menurut Yahya Harap, pertimbangan hukum merupakan jiwa dari putusan. di dalam pertimbangan terdapat analisis, argumentasi, pendapat atau kesimpulan hakim. Analisis yang dikemukakan harus jelas dan berdasarkan hukum. Disamping itu harus dikemukakan juga apakah alat bukti yang diajukan oleh kedua pihak memenuhi syarat formil dan materiil pembuktian, alat bukti pihak mana saja yang mencapai batas minimal pembuktian,

---

<sup>145</sup> Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia* (Yogyakarta:Liberti,1998), 199

<sup>146</sup> Abdul Manan, *Penerapan*, 275

<sup>147</sup> Abdul Manan, *Penerapan*, 50

dalil-dalil mana saja yang terbukti, dan sejauh mana nilai pembuktian dari masing-masing pihak, hukum apa yang diterapkan untuk menyelesaikan masalah.

Jika prosedur ini tidak diterapkan maka putusan dinyatakan *onvoldoende gemotiverd* atau tidak cukup perimbangan hukumnya.<sup>148</sup> Dalam Hukum Acara Perdata berlaku Pasal 189 R.bg, Pasal 178 dan 179 HIR yang menyatakan bahwa dalam rapat majelis, karena jabatannya hakim harus menambah dasar-dasar hukum yang tidak dikemukakan oleh para pihak, majelis wajib memberikan keputusan tentang semua bagian gugatan atau permohonan dan dilarang memberikan keputusan tentang hal-hal yang tidak dimohon oleh para pihak.

Atau dengan kata lain hakim harus mengadili dengan benar setiap perkara yang diajukan kepadanya, dan ia tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak ada atau tidak jelas hukumnya. Sebagaimana diatur dalam Pasal 16 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman:

*Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.*<sup>149</sup>

Dalam rapat majelis, setiap anggota diberikan hak untuk mengonstatir peristiwa hukum dengan melihat, mengakui, atau membenarkan bahwa peristiwa tersebut benar-benar terjadi. Kemudian mengkualifisir dengan menilai peristiwa yang terjadi dari sisi hubungan hukumnya. Dan terakhir mengkonstituir yaitu menetapkan hukumnya atau memberikan keadilan kepada para pihak yang berperkara.<sup>150</sup>

<sup>148</sup>M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan* (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), 809

<sup>149</sup> Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman LN. Tahun 2004 No. 8

<sup>150</sup> Sudikno Mertokusumo, *Hukum*, 200-201

Penemuan hukum lazim dikenal dengan pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberikan tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkrit. Dalam pengertian lain, penemuan hukum adalah suatu teori yang memberikan arah bagaimana cara menemukan aturan yang sesuai untuk peristiwa hukum tertentu dengan cara penyelidikan sistematis dan menghubungkan satu aturan dengan aturan yang lain.<sup>151</sup>

Jaenal Aripin mengatakan bahwa lembaga peradilan di Indonesia sering kali menjadikan Undang-Undang sebagai landasan dalam memutuskan perkara. Persoalannya kemudian, banyak persoalan baru yang tidak diatur dalam Undang-Undang. Berdasarkan hal ini, hakim sebagai pelaksana hukum, menurut Abdul Gani Abdullah harus mampu menemukan, menafsirkan, bahkan menciptakan hukum untuk menuntaskan persoalan yang belum ada ketentuannya.<sup>152</sup>

Bambang Sutiyoso mengutip pendapat dari Wiarda dan Van Eikema Hommes membagi proses penemuan hukum menjadi dua bagian.<sup>153</sup> *Pertama*, penemuan hukum heteronom (*typisch logicitisch*), yaitu penemuan hukum yang dipengaruhi oleh faktor-faktor di luar penemuan hukum itu sendiri, seperti Undang-Undang, sistem pemerintah, ekonomi, politik dan lainnya. Hakim hanyalah penyampai dan pelaksana Undang-Undang, sehingga ia tidak memiliki wewenang mengubah, menambah, atau mengurangi apa yang ditentukan Undang-Undang.

---

<sup>151</sup> Jaenal Aripin, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia* (Jakarta:Kencana,2008), 126

<sup>152</sup> Jaenal Aripin, *Peradilan*

<sup>153</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan* (Yogyakarta:UII Press,2006), 38

*Kedua*, penemuan hukum otonom (*materiel juridisch*), yaitu hakim tidak hanya pelaksana Undang-Undang, tetapi berperan sebagai pembentuk hukum secara mandiri. Ia memiliki wewenang memberi bentuk pada isi Undang-Undang dan menyesuaikan dengan kebutuhan masyarakat.<sup>154</sup> Menurut Bambang, hakim di Indonesia menganut penemuan hukum heteronom, sepanjang hakim terikat Undang-Undang. Tetapi dalam penemuan hukum itu juga mempunyai unsur otonom yang kuat karena hakim sering kali harus menjelaskan atau melengkapi Undang-Undang menurut pandangannya sendiri.<sup>155</sup>

Dalam proses penemuan hukum dalam perspektif Hukum Acara Perdata, majelis hakim dapat menggunakan aturan Perundang-Undangan, hukum adat, yurisprudensi, dan tulisan-tulisan ilmiah para pakar hukum dan buku-buku lain yang memiliki keterkaitan dengan persoalan yang ditangani sebagai sumber hukum.<sup>156</sup> Jika tidak ditemukan dalam sumber-sumber tersebut, maka hakim dapat menggunakan beberapa metode, seperti metode interpretasi dan metode argumen.<sup>157</sup>

*Pertama*, metode interpretasi atau dikenal dengan istilah hermeneutika yuridis, yaitu penafsiran terhadap teks Undang-Undang yang tidak jelas, meskipun masih berpegang pada bunyi teks tersebut. Metode ini dibagi menjadi beberapa bagian: (1) penafsiran substantif, yaitu penerapan suatu teks Undang-Undang terhadap suatu kasus *in concreto* namun belum menggunakan penalaran yang lebih rumit, dan sekedar menerapkan silogisme. Silogisme adalah bentuk

---

<sup>154</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode*, 39

<sup>155</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode*, 40

<sup>156</sup> Abdul Manan, *Penerapan*, 279

<sup>157</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode*, 80

berfikir logis dengan mengambil kesimpulan dari hal-hal yang bersifat umum dan hal-hal yang bersifat khusus.<sup>158</sup> (2) penafsiran gramatikal, yaitu bahasa yang terdapat dalam Undang-Undang diuraikan ke dalam bahasa umum yang digunakan sehari-hari atau dengan kata lain menafsirkan Undang-Undang dengan kaidah bahasa yang berlaku. (3) penafsiran historis, yaitu penafsiran yang didasarkan pada sejarah terbentuknya peraturan tersebut. (4) penafsiran sosiologis, yaitu penerapan undang-undang berdasarkan tujuan kemasyarakatan atau menitik beratkan pada tujuan Undang-Undang bukan bunyi teks Undang-Undang. (5) penafsiran komparatif, yaitu penafsiran undang-undang dengan membandingkan antara berbagai sistem hukum.<sup>159</sup>

*Kedua*, metode Argumentasi atau penalaran hukum, yaitu penggunaan nalar logis untuk mengembangkan teks Undang-Undang jika dirasa tidak lengkap. Pada metode ini hakim tidak lagi terikat dan berpegang pada bunyi teks akan tetapi tidak boleh mengabaikan hukum sebagai sebuah sistem.<sup>160</sup> Metode ini juga dibagi menjadi beberapa bagian: (1) *argumentum per analogiam*, digunakan apabila hakim menjatuhkan putusan dalam suatu konflik yang tidak tersedia peraturannya, tetapi peristiwa tersebut memiliki kemiripan dengan peristiwa lain yang diatur Undang-Undang. (2) metode *argumentum a'contrario*, jika undang-undang menetapkan hal-hal tertentu untuk peristiwa tertentu, berarti peraturan itu terbatas pada peristiwa tertentu dan bagi peristiwa di luarnya berlaku ketentuan sebaliknya. (3) pengkrokretan hukum ketentuan dalam undang-undang yang terlalu umum dan luar ruang lingkungannya dipersempit sehingga dapat diterapkan

---

<sup>158</sup> Bambang Sutiyoso, *Metode* 84

<sup>159</sup> Abdul Manan, *Penerapan*, 279-281

<sup>160</sup> Abdul Manan, *Penerapan*, 282

dalam kasus nyata. Dalam metode ini dibentuk pengecualian-pengecualian dari peraturan yang bersifat umum, diterapkan pada kasus khusus dengan memberi ciri-ciri. (4) fiksi hukum, yaitu metode penemuan hukum yang mengemukakan fakta-fakta baru.<sup>161</sup>



---

<sup>161</sup> Abdul Manan, *Penerapan*, 283-284