

**PENERAPAN PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
NO: 46/PUU-VIII/2010 OLEH HAKIM PERSPEKTIF
PENEMUAN HUKUM**

(Studi Kasus No: 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg

Tentang Anak di Luar Nikah)

TESIS

Oleh:

Helmy Ziaul Fuad
14780005



PROGRAM MAGISTER AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYYAH

PASCASARJANA

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM

MALANG

2016

**PENERAPAN PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
NO: 46/PUU-VIII/2010 OLEH HAKIM PERSPEKTIF
PENEMUAN HUKUM
(Studi Kasus No: 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg
Tentang Anak di Luar Nikah)**

TESIS

**Diajukan Kepada Pascasarjana
Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang
Untuk Memenuhi Beban Studi Pada
Program Magister Al-Ahwal Al-Syakhshiyah**

Oleh:

**HELMY Ziaul Fuad
NIM 14780005**

Dosen Pembimbing:

**Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum
Dr. Hj. Umi Sumbulah., M.Ag**



**PROGRAM MAGISTER AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYYAH
PASCASARJANA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM
MALANG
2016**

LEMBAR PERSETUJUAN

Tesis dengan judul “Penerapan Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/Puu-Viii/2010 Oleh Hakim Perspektif Penemuan Hukum (Studi Kasus No: 0247/Pdt.P/2015/Pa.MlgTentang Anak Di Luar Nikah)” ini telah diperiksa dan disetujui untuk diuji.

Malang, 22 Juli 2016

Pembimbing I


(Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum)
NIP. 196512052000031001

Malang, 22 Juli 2016

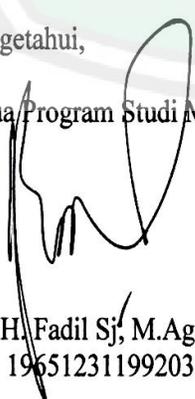
Pembimbing II


(Dr. Hj. Umi Sumbulah, M.Ag)
NIP. 197108261998032002

Malang 22 Juli 2016

Mengetahui,

Ketua Program Studi Magister Al-Ahwal Al-Syakhsiiyyah


(Dr. H. Fadil Sj, M.Ag)
NIP. 196512311992031046

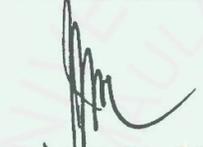
LEMBAR PENGESAHAN

Tesis dengan judul “Penerapan Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/Puu-Viii/2010 Oleh Hakim Perspektif Penemuan Hukum (Studi Kasus No: 0247/Pdt.P/2015/Pa.MlgTentang Anak Di Luar Nikah)” ini telah diuji dan dipertahankan di depan sidang dewan penguji pada tanggal 02 September 2016.

Dewan Penguji,


(Dr. Badrudin, M.HI)
NIP. 196411272000031001

Ketua


(Dr. H. Roibin, M.HI)
NIP. 196812181999031002

Penguji Utama


(Dr. H. Saifallah, S.H., M.Hum)
NIP. 196512052000031001

Anggota


(Dr. Hj. Umi Sumbulah, M.Ag)
NIP. 197108261998032002

Anggota

Mengetahui
Direktur Pascasarjana



(Prof. Dr. H. Banjaruddin, M.Pd.I)
NIP. 195612311983031032

LEMBAR PERNYATAAN

Saya yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : HELMY ZIAUL FUAD

NIM : 14780005

Program Studi : Magister Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah

Judul Penelitian : Penerapan Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/Puu-Viii/2010 Oleh Hakim Perspektif Penemuan Hukum
(Studi Kasus No: 0247/Pdt.P/2015/Pa.MlgTentang Anak Di Luar Nikah).

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa dalam hasil penelitian saya ini tidak terdapat unsur-unsur penjiplakan karya penelitian atau karya ilmiah yang pernah dilakukan atau dibuat oleh orang lain, kecuali yang telah tertulis dikutip dalam naskah ini dan disebutkan dalam sumber kutipan dan daftar pustaka.

Apabila dikemudian hari ternyata hasil penelitian ini terbukti terdapat unsur-unsur penjiplakan dan ada klaim dari pihak lain, maka saya bersedia untuk diproses sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Demikian surat pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya dan tanpa paksaan dari siapapun.

Malang, 21 Juli 2016



HELMY ZIAUL FUAD
14780005

KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أَلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ , أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ , وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَ أَصْحَابِهِ أَجْمَعِينَ . اللَّهُمَّ أَكْرَمْنَا مِنْكَ بِنُورِ الْفَهْمِ وَأَخْرَجْنَا مِنْ ظُلُمَاتِ الْوَهْمِ وَارزُقْنَا فَهْمَ النَّبِيِّينَ وَحِفْظَ الْمُرْسَلِينَ وَإِلْهَامَ الْمَلَائِكَةِ الْمُقَرَّبِينَ , اللَّهُمَّ افْتَحْ قُلُوبَنَا فَتُوحِ الْعَارِفِينَ , اللَّهُمَّ ارزُقْنَا حِكْمَةً وَنَصْرًا بِرَحْمَتِكَ يَا أَرْحَمَ الرَّحِمِينَ .

Segala puji hanya milik Allah, Tuhan pencipta langit, bumi dan segala isinya, dan dengan rahmat-Nya menganugrahkan limpahan rahmat, taufiq, dan hidayahnya. Berkat Anugerah yang begitu melimpah dan kesehatan baik jasmani maupun rohani yang dapat mengantarkan penulis menyelesaikan penulisan tesis dengan judul “Penerapan Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 Oleh Hakim Perspektif Penemuan Hukum (Studi Perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg)”.

Shalawat dan salam selalu tercurahkan kepada junjungan kita Nabi Muhammad SAW, yang telah membimbing kita dari zaman jahiliyah menuju zaman Islamiyyah. Dengan Segala daya dan upaya serta bantuan, bimbingan maupun pengarahan dan hasil diskusi dari berbagai pihak dalam proses peulisan tesis ini, maka dengan segala kerendahan hati penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang tiada batas kepada:

1. Prof. Dr. H. Mudjia Rahardjo, M,Si selaku rektor Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang yang memberikan bimbingan, pengetahuan luas dan kesempatan bagi penulis untuk menuntut ilmu di UIN Maliki Malang.
2. Prof. Dr. H. Baharuddin M.Pdi selaku Direktur Program Pascasarjana UIN Maliki Malang, yang telah memberikan banyak kemudahan dalam rangka penyelesaian penulisan tesis ini.
3. Dr. H. Saifullah, SH., M.Hum selaku dosen pembimbing I dan Dr. Hj. Umi Sumbulah., M.Ag selakudosen pembimbing II yang disela kesibukannya tak kenal lelah membimbing, memberi saran, motivasi, penuhKesabaran,

keluasan waktu, dan keikhlasannya telah mengilhami penulis untuk menyelesaikan tesis ini.

4. Dr. Fadil SJ, M.Ag selaku ketua Program Studi dan Dr. Zaenul Mahmudi, MA selaku sekretaris Program Studi Magister Al-Ahwal Al-Syakhshiyah pada Program Pascasarjana UIN Maliki Malang yang telah banyak memberikan kemudahan, motivasi dan saran berharga kepada penulis dalam menyelesaikan penulisan tesis ini.
5. Dosen penguji, baik penguji ujian proposal dan ujian tesis yang telah memberikan saran, kritik, dan koreksi.
6. Seluruh Dosen, dan seluruh civitas Akademik Program Pascasarjana UIN Maulana Malik Ibrahim Malang yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, dari beliau semua penulis menimba ilmu dan menambah wawasan. Ungkapan terima kasih rasanya tidak cukup menggantikan apa yang telah mereka berikan kepada penulis.
7. Kepada keluargaku tercinta, bapak Dr. H. Imron Rosyadi. SH., M.H, ibu Dra. Hj. Luluk La'alik, M.Pdi, adek Refi Malikul Adil, dan Maulida Qori Ainaya. Penulis ucapkan beribu terima kasih yang tak terhingga atas kasih sayang, motivasi, dan doa yang telah diberikan selama ini. Semoga Allah SWT selalu memberikan perlindungan, kesehatan dan kebahagiaan dunia akhirat kepada beliau berdua, Amin.
8. Sahabat-sahabat mahasiswa Program Studi Magister Al-Ahwal Al-Syakhshiyah Program Pascasarjana UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, angkatan 2014 "KOMPAS", Mas Syauqi, Mas Rifqi, Muharam, Ghozali, Mbak Aisyah, dll. Mereka semua adalah teman berbagi pengalaman, pengetahuan, semangat untuk selalu berjuang menuntut ilmu dengan keragaman dan keunikannya.
9. Kepada orang-orang yang selalu kusibukkan untuk bertukar fikiran dalam keadaan apapun, Friska Muthi Wulandari, Eka Risti, Mazida Amalina, Moch. Afifudin, Zidna, dan Hamid.
10. Semua pihak yang membantu dalam kelancaran selama proses penyelesaian tesis ini, dengannya beribu terimakasih penulis ucapkan.

Kepada semua pihak tersebut di atas, semoga amal baik yang telah diberikan mendapatkan pahala dan kebarokahan serta ridho Allah SWT.

Dengan segala kerendahan hati, peneliti menyadari bahwasan asih banyak kekurangan dan kekeliruan dalam penulisan tesis ini. Oleh karenanya, penulis sangat mengharapkan saran dan pembenahan dari para pembaca yang agung untuk penyempurnaan dan perbaikan agar lebih sempurna bagi pembaca dan perkembangan dunia pendidikan dimasa mendatang.

Akhirnya, semoga tesis ini dapat bermanfaat, dan semoga Allah SWT, selalu melimpahkan Rahmat, taufiq, hidayah, dan inayahnya kepada kita semua Amin.

Malang, 21 Juli 2016

Peneliti

Helmy Ziaul Fuad

PERSEMBAHAN

Dengan penuh syukur atas Rahmat dan Hidayah Allah SWT, serta untaian shalawat kepada Nabi-Nya Muhammad SAW, peneliti persembahkan Tesis ini kepada:

- Abi dan Ummi tercinta, Dr. H. Imron Rosyadi, SH., M.H dan Dra. Hj. Luluk La'alik, yang dengan tanpa lelah mencurahkan doa dan materi kepada putra-putinya.
- Kepada adek-adek kuRefi Malikul Adil dan Maulida Qory Ainaya, semoga Allah SWT selalu meridhoi keluarga kita. Amin.
- Kepada Keluarga besar Bani Tasir, BalungpanggangGresik Jawa Timur.
- Kepada Keluarga Besar Umar Jauhari,Blitar, Jawa Timur.

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL LUAR.....	i
HALAMAN SAMPUL DALAM	ii
LEMBARAN PERSETUJUAN.....	iii
LEMBARAN PENGESAHAN	iv
LEMBARAN PERNYATAAN	v
KATA PENGANTAR.....	vi
KATA PERSEMBAHAN	ix
DAFTAR ISI.....	x
PEDOMAN TRANSLITERASI.....	xii
MOTTO	xv
ABSTRAK.....	xvi
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Konteks Penelitian.....	1
B. Fokus Penelitian	6
C. Tujuan Penelitian.....	6
D. Kegunaan Penelitian.....	7
E. Originalitas Penelitian.....	7
F. Sistematika Pembahasan	14
BAB II KAJIAN PUSTAKA	16
A. Anak Perspektif Hukum Positif	16
B. Anak Perspektif Hukum Islam	20
C. Putusan MK dalam Hirarki Peraturan Perundang-Undangan.....	31
D. Penemuan Hukum	32
E. Legal Reasoning Hakim.....	49
BAB III METODE PENELITIAN	44
A. Jenis Penelitian.....	44
B. Pendekatan Penelitian.....	44
C. Sumber Data.....	45
D. Teknik Pengumpulan Data	46
E. Teknik Analisis Data	47
F. Pengecekan Keabsahan Data.....	58
BAB IV PAPARAN DATA.....	50
A. Data Perkara Asal Usul Anak	50

B. Kronologi Perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg.....	51
C. Pertimbangan Hakim dalam Perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg Tentang Anak di Luar Kawin Pasca Putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 dan Pandangan Pakar Hukum Islam Tentang Anak di Luar Kawin	61
BAB V PEMBAHASAN	72
A. Pertimbangan Hakim dalam Perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg Tentang Anak di Luar Kawin Pasca Putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010	72
B. Pertimbangan Hakim Dalam Penerapan Putusan MK No: 46/PUU- VIII/2010 Pada Perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg Perspektif Penemuan Hukum	81
BAB VI PENUTUP.....	92
A. Kesimpulan	92
B. Refleksi Teoritik.....	93
C. Saran	94
DAFTAR PUSTAKA.....	96
LAMPIRAN-LAMPIRAN.....	101

PEDOMAN TRANSLITERASI

A. Umum

Transliterasi ialah pemindahalihan tulisan Arab ke dalam tulisan Indonesia (Latin), bukan terjemahan bahasa Arab ke dalam bahasa Indonesia. Termasuk dalam kategori ini ialah nama Arab dari bangsa Arab, sedangkan nama Arab dari bangsa selain Arab ditulis sebagaimana ejaan bahasa nasionalnya, atau sebagaimana yang tertulis dalam buku yang menjadi rujukan. Penulisan judul buku dalam *footnote* maupun daftar pustaka, tetap menggunakan ketentuan transliterasi ini.

Transliterasi yang digunakan Pascasarjana UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, yaitu merujuk pada *transliteration of Arabic words and names used by the institute of Islamic Studies, McGill University*.

B. Konsonan

ا	=	Tidak dilambangkan	ض	=	dl
ب	=	B	ط	=	t}
ت	=	T	ظ	=	d}
ث	=	Th	ع	=) ‘koma menghadap ke atas (
ج	=	J	غ	=	gh
ح	=	h}	ف	=	f
خ	=	Kh	ق	=	q
د	=	D	ك	=	k
ذ	=	Dh	ل	=	l
ر	=	R	م	=	m
ز	=	Z	ن	=	n
س	=	S	و	=	w
ش	=	Sh	هـ	=	h
ص	=	s}	ي	=	y

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak di awal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan, namun apabila terletak di tengah atau akhir kata, maka dilambangkan dengan tanda koma di atas (’), berbalik dengan koma (‘) untuk mengganti lambang “.”

C. Vokal panjang dan diftong

Setiap penulisan bahasa Arab dalam bentuk tulisan latin vokal *fathah* ditulis dengan “a”, *kasrah* dengan “i”, *dlommah* dengan “u,” sedangkan bacaan panjang masing-masing ditulis dengan cara berikut:

Vokal Pendek		Vokal Panjang		Diftong	
_____	A		a <		ay
_____	I		i >		aw
_____	U		u >		ba'

Vokal (a) panjang =	a>	Misalnya	قال	Menjadi	qa>la
Vokal (i) panjang =	i>	Misalnya	قيل	Menjadi	qi>la
Vokal (u) panjang =	u>	Misalnya	دون	Menjadi	du>na

Khusus untuk bacaan ya' nisbat, maka tidak boleh digantikan dengan “i’”, melainkan tetap ditulis dengan “iy” agar dapat menggambarkan ya' nisbat diakhirnya. Begitu juga untuk suara diftong, wawu dan ya' setelah *fathah* ditulis dengan “aw” dan “ay”. Perhatikan contoh berikut:

Diftong (aw) =		misalnya	قول	Menjadi	qawlun
Diftong (ay) =		misalnya	خير	menjadi	khayrun

D. Ta' marbu>t}ah (ة)

Ta' marbûthah ditransliterasikan dengan “t” jika berada di tengah kalimat, tetapi apabila ta' marbûthah tersebut berada di akhir kalimat, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “h” misalnya الرسالة للمدرسة menjadi *al-riṣalat li al-mudarrisah*, atau apabila berada di tengah tengah kalimat yang terdiri dari susunan *mudlaf* dan *mudlaf ilayh*, maka ditransliterasikan dengan menggunakan *t* yang disambungkan dengan kalimat berikutnya, misalnya في رحمة الله menjadi *fi rahmatillâh*.

E. Kata Sandang dan Lafaz} al-Jala>lah

Kata sandang berupa “al” (ال) ditulis dengan huruf kecil, kecuali terletak di awal kalimat, sedangkan “al” dalam lafadh jalâlah yang berada di tengah-tengah kalimat yang disandarkan (*idhafah*) maka dihilangkan. Perhatikan contoh-contoh berikut ini:

1. Al-Ima>m al-Bukha>riy mengatakan ...
2. Al-Bukha>riy dalam muqaddimah kitabnya menjelaskan ...
3. Masya>'Alla>hka>na wa ma> lam yasya' lam yakun.
4. Billa>h 'azza wa jalla.

F. Nama dan Kata Arab Terindonesiakan

Pada prinsipnya setiap kata yang berasal dari bahasa Arab harus ditulis dengan menggunakan sistem transliterasi. Apabila kata tersebut merupakan nama Arab dari orang Indonesia atau bahasa Arab yang sudah terindonesiakan, tidak perlu ditulis dengan menggunakan sistem transliterasi. Perhatikan contoh berikut:

“...Abdurrahman Wahid, mantan Presiden RI keempat, dan Amin Rais, mantan Ketua MPR pada masa yang sama, telah melakukan kesepakatan untuk menghapuskan nepotisme, kolusi dan korupsi dari muka bumi Indonesia, dengan salah satu caranya melalui pengintensifan salat di berbagai kantor pemerintahan, namun ...”

Perhatikan penulisan nama “Abdurrahman Wahid,” “Amin Rais” dan kata “salat” ditulis dengan menggunakan tata cara penulisan bahasa Indonesia yang disesuaikan dengan penulisan namanya. Kata-kata tersebut sekalipun berasal dari bahasa Arab, namun ia berupa nama dari orang Indonesia dan terindonesiakan, untuk itu tidak ditulis dengan cara “Abd al-Rahma>nWahi>d,” “Ami>nRai>s,” dan bukan ditulis dengan “shala>t.”

MOTTO

وَلِيَخْشَاءِ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعْفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ
وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا

Dan hendaklah takut (kepada Allah) orang-orang yang sekiranya mereka meninggalkan keturunan yang lemah di belakang mereka yang mereka khawatir (terhadap kesejahteraannya). Oleh sebab itu hendaklah mereka bertakwa kepada Allah dan berbicara dengan tutur kata yang benar.¹

¹Al-Qur'an (4): 9. *Terjemah Al-Qur'an*, (Cibinong: Pustaka Al-Mubin).Hlm.77.

ABSTRAK

Helmy Ziaul Fuad. 14780005. *Penerapan putusan mahkamah konstitusi No: 46/puu-viii/2010 oleh hakim perspektif penemuan hukum (studi kasus no: 0247/pdt.p/2015/pa.mlg)*. Tesis. Prodi Magister Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Pembimbing: Dr. H. Saifullah, SH., M.Hum dan Dr. Hj. Umi Sumbulah, M.Ag

Kata Kunci: Penerapan, Putusan Mahkamah Konstitusi, Penemuan Hukum.

Sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia, Mahkamah Konstitusi memiliki kewenangan melakukan uji materi undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, pada dasarnya Mahkamah Konstitusi mengadili norma hukum (*law in book*). Sebagaimana Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 yang membatalkan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang hubungan keperdataan anak di luar perkawinan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Di sisi lain Mahkamah Agung dan peradilan di bawahnya bertugas mengadili perkara yang diajukan kepadanya sehingga putusannya merupakan kasus hukum (*Case Law/ Law in Case*). Dalam konteks hubungan norma hukum dengan sebuah kasus yang diadili, hakim pada dasarnya harus mengadili berdasarkan norma hukum. Akan tetapi apabila penerapan norma hukum akan mencederai tujuan hukum, hakim boleh melakukan diskresi melalui penemuan hukum.

Penelitian ini bertujuan mengetahui bagaimana norma hukum tersebut dipahami oleh hakim, yakni dengan menganalisa pertimbangan hakim tentang anak diluar kawin pasca putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 yang diterapkan pada putusan Pengadilan Agama Kota Malang dengan perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg tentang asal-usul anak perspektif penemuan hukum.

Penelitian ini merupakan penelitian lapangan yang menggambarkan secara detail dan mendalam tentang suatu keadaan atau fenomena dari objek penelitian yang diteliti dengan cara mengembangkan konsep serta menghimpun kenyataan yang ada. Penelitian ini menganalisis sebuah putusan hakim Pengadilan Agama perkara No: 0247/Pdt.P/2015 yang menerapkan putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 tentang anak di luar kawin. Dalam menganalisis, peneliti menggunakan teori penemuan hukum.

Anak luar kawin harus mendapatkan haknya untuk bisa hidup secara layak dari ayah biologisnya, seperti biaya pemeliharaan dan pendidikan yang akan menunjang kehidupannya. Hal ini bertujuan agar anak yang dihasilkan dari perbuatan zina tidak menjadi korban dari perbuatan kedua orang tua biologisnya. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Agama Malang No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg telah menerapkan norma hukum yang dikandung dalam putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/201, melalui penafsiran norma secara restriktif, dengan membatasi hubungan keperdataan antara anak dan ayah biologisnya.

ABSTRACT

Helmy Ziaul Fuad. 14780005. *The Implementation of Constitutional Court Decision No: 46/PUU-VIII/2010 by Judge's Perspective Legal Discovery (Case Study: 0247/pdt.p/2015/pa.mlg)*. Thesis. Master Program Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, State Islamic University of Maulana Malik Ibrahim Malang. Preceptor: Dr. H. Saifullah, SH., M.Hum and Dr. Hj. Umi Sumbullah, M.Ag.

Keyword: *Application, Constitutional Court Decision, Legal discovery.*

As one of the executors of judicial power in Indonesia, Constitutional Court has the authority to conduct a judicial review of laws against the constitution. Basically, Constitutional Court judge the rule of law (law in book). According to the judgment of the Constitutional Court, when a law is contrary to the Constitution, it will declare that norm has no binding force, as the Constitutional Court Decision No: 46/PUU-VIII/2010 which canceled Article 43 paragraph (1) of Law No. 1 of 1974 on civil relations children outside of marriage is contrary to the Constitution of 1945.

In other side, the Supreme Court and the Courts below have a duty to judge cases submitted to it, so the decision is a legal case (Case Law/ Law in Case). In the context of legal norms with a case that is on trial, the judge have to judge based on the rule of law. However, if the application of the rule of law will wound the purposes of the law, a judge may conduct discretionary through legal discovery.

From the background, the author took a research of how consideration of the judge about the mating children outside post of the Constitutional Court No: 46 / PUU-VIII / 2010 applied on convictions Religious Court of Malang in case No: 0274 / Pdt.P / 2015 / PA.Mlg about the origin of the child's perspective legal discovery.

This research is a field research that describes every detail about a situation or phenomenon of the research object studied by developing the concept and gather the reality. This study analyzes a judge's decision Religious Court case No: 0247 / Pdt.P / 2015 implementing the decision of the Constitutional Court No: 46 / PUU-VIII / 2010 on children outside of marriage. In analyzing the author used the theory of legal discovery.

Children's outside wedding must also acquire the right to live in decent of their biological father, such as the cost of maintenance and education that would support life. It is intended that the resulting child of fornication not be a victim of acts by their biological parents. Decision of Court Judge Malang Religion No.0274 / Pdt.P / 2015 / PA.Mlg has applied legal norms contained in the Constitutional Court decision No: 46 / PUU-VIII / 2010, through the interpretation of norms are restrictive, limiting the civil relationship between children and their biological father.

مستخلص البحث

فؤاد حلمي ز, 2016 م, تطبيق الحكم من المحكمة رقم : 2010/ PUU/VII /46 عند

الإكتشاف القانوني, رسالة الماجستير, قسم الأحوال الشخصية, كلية الدراسات العليا جامعة مولانا

مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. المشرف: (1) الدكتور الحاج سيف الله, الماجستير, (2)

الدكتورة أمي سنبله, الماجستير

الكلمات الأساسية: تطبيق, إقرار المحكمة الدستورية, الإكتشاف القانوني

إن المحكمة الدستورية، وهي من المحاكم ذات السلطة التنفيذية في إندونيسيا، تقوم بإختبار القوانين أمام القوانين الأساسية. و المحكمة الدستورية تبحث عن القيم في الأحكام، حيث يرى الحاكم في المحكمة قانونا ما إذا خالف القوانين الأساسية فلا قيمة فيه، ولا يفيد الأُلزام. و ذلك كما في قرار المحكمة الدستورية رقم: 2010/PUU-VIII/46 حيث نص على إبطال فصل 43 آية 1 ، القانون رقم 1 سنة 1974 فيما يتعلق بالإبن غير الشرعي و أحواله المدنية، لما في ذلك من المخالفة للقوانين الأساسية سنة1945.

ثم هناك ما يسمى بالمحكمة العليا و اللجان المساعدة لها. و أهم وظائفها محاكمة القضايا المرفوعة إليها. فالقرارات الصادرة منها تعتبر حالة القانون (Case law/ law in case). فالحاكم فيها يحاكم طبقا لقيم الأحكام، أما إذا كان في تطبيق القيم ما يخالف مقاصد الحكم، فلحاكم أن يصدر حكما من عنده.

بناء على ما سبق، فالباحث يقوم ببحث آراء الحاكم بعد صدور القانون رقم: PUU-/46 2010/VIII الذي تم صدوره في قرار المحكمة للشؤون الدينية مدينة مالانج، في حالة القضية الرقم: PA.Mlg/2015/pdt.p/0274 حول نسب الولد في الحكم.

نوع البحث هو البحث الميداني، الذي يهدف إلى تقديم الصورة عن الحالات و الظواهر الموجودة في موضوع البحث بالتفصيل و الدقة من وجوه البحوث التي يبحث مفهوم و جمع الواقع القائم. هذا البحث ليحلل قرار قاضي المحكمة الدينية في حالة القضية الرقم: 2015/ Pdt.P/0274 في تنفيذ قرار المحكمة الدستورية رقم: 2010 /PUU-VIII /46 علي الولد الزنا.

أن ولد الزنا يجب أن يحصل علي حقهم في معيشة كريمة من آبائهم مثل تكاليف الرعاية و التعليمية التي من شأ نها أن تقوم بأداء الحياة. ومن المقرر أن الولد الناتج من الزنا لا يمكن أن يكون مجني عليالأعمال آبائهم. قد حَقَّق قرار مجلس الحكام في المحكمة الدينية مدينة مالانج في حالة القضية الرقم: 2015/ Pdt.P/0274 القواعد القانونية الواردة علي قرار المحكمة الدستورية رقم: 2010 /PUU-VIII /46 من خلال تفسير القاعدة تقييدا، مما يجد من العلاقة المدنية بين الإبن و أبيه الصلبي.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Konteks Penelitian

Anak merupakan tunas-tunas bangsa yang akan meneruskan cita-cita bangsa yaitu mewujudkan suatu masyarakat yang adil dan makmur. Setiap anak dapat atau mampu memikul tanggung jawabnya di masa depan, maka perlu mendapatkan kesempatan yang seluas-luasnya untuk tumbuh dan berkembang secara normal baik jasmani, rohani maupun sosial.

Namun demikian terdapat pula keadaan dimana kelahiran seorang anak dalam suatu keluarga tidak selamanya merupakan suatu kebahagiaan. Hal ini biasanya terjadi apabila seorang wanita yang tidak bersuami melahirkan anak. Anak yang lahir dari seorang wanita yang tidak mempunyai suami atau laki-laki yang bukan suaminya dinamakan anak luar kawin.

Kehadiran seorang anak di luar perkawinan akan menjadikan suatu permasalahan yang cukup memprihatinkan baik bagi seorang wanita yang melahirkan maupun bagi lingkungan masyarakat setempat. Dengan adanya anak lahir di luar perkawinan itu akan menimbulkan banyak pertentangan-pertentangan di antara keluarga maupun di dalam masyarakat mengenai kedudukan hak dan kewajiban anak tersebut.

Undang-Undang Dasar 1945 yang di yakini sebagai pondasi Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia mengamanatkan bahwa setiap orang berhak atas jaminan pengakuan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta

pengakuan yang sama di hadapan hukum, atas semua warga negara.² Negara wajib memberikan perlindungan setiap warga negara termasuk perlindungan terhadap hak anak yang merupakan bagian integral dari Hak Asasi Manusia. Atas dasar penghormatan terhadap hak dasar tersebut, telah lahir Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang dirubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014, yang secara tegas menyatakan bahwa Hak Anak adalah bagian dari Hak Asasi Manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, negara, pemerintah dan pemerintah daerah.³

Meskipun secara konstitusional, ada pengakuan bahwa hak anak menjadi bagian dari Hak Asasi Manusia (HAM) yang kemudian melahirkan norma derivasi dengan lahirnya Undang-Undang Perlindungan Anak, namun bukan berarti anak-anak Indonesia telah mendapatkan perlakuan yang sama di hadapan hukum. Di antara kendala yang dihadapi adalah masih adanya beberapa peraturan perundang-undangan lain yang bersinggungan dengan kepentingan anak, namun belum melakukan penyesuaian, di antaranya adalah undang-undang di bidang hukum keluarga. Dalam hukum keluarga, Indonesia pada awalnya menggunakan hukum peninggalan penjajah belanda (*Burgerlijk Wetboek*), meskipun kemudian dinyatakan tidak berlaku sejauh yang telah diatur oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.⁴ Meskipun demikian,

² Pasal 28D ayat (1)

³ Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 34 tahun 2014 tentang Perubahan Atas UU No 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.

⁴ Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan diundangkan pada 2 januari 1974 dan dinyatakan berlaku efektif sejak 1 oktober 1975 hal ini dilihat dari dikeluarkannya PP No 9 Tahun 1975.

Undang-Undang Perkawinan itu sendiri lahir sebelum Indonesia meratifikasi konvensi Internasional tentang Hak Asasi Manusia.

Dari kelahirannya sampai saat ini, usia Undang-Undang Perkawinan (UUP) telah memasuki hampir empat puluh satu tahun, suatu rentang waktu yang cukup lama. Tidaklah mengherankan apabila ada sebagian warga negara yang merasa materi UUP tersebut tidak sejalan lagi dengan konstitusi dasar negara, bahkan merasa hak konstitusinya dilanggar oleh UUP. Salah satu bukti itu adalah didaftarkannya gugatan uji materi pasal 2 ayat (2) dan pasal 43 ayat (1) UUP, ke Mahkamah Konstitusi. Materi pasal 2 ayat (2) menjelaskan hubungan hukum antara perkawinan yang dilaksanakan menurut agama dan kewajiban pencatatan, sedangkan pasal 43 ayat (1) menyangkut anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Terhadap gugatan uji materi tersebut kemudian Mahkamah Konstitusi menjatuhkan putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012 inti amarnya terletak pada diktum point 3 yang berbunyi ; *“Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat*

tersebut harus dibaca, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya"

Landasan atau dalil yang disampaikan oleh pemohon adalah hak-hak konstitusional mereka yang dijamin oleh Negara melalui pasal 28B ayat (1) dan pasal 28B ayat (2) UUD 1945 telah terhalangi berdasarkan pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Mahkamah Konstitusi, dengan adanya pasal 2 ayat (2) dan pasal 43 ayat (1) UUP. Menurut pemohon perkawinan mereka sah menurut rukun nikah Islam. Akan tetapi sahnya perkawinan tersebut terhalangi oleh pasal 2 ayat (2) yang mengharuskan sebuah perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dari cara kelahiran seorang anak yang berbeda dimata hukum ini mengakibatkan terjadinya diskriminatif karena status anak yang dilahirkan menjadi tidak jelas.⁵

Sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia, Mahkamah Konstitusi (MK) memiliki kewenangan melakukan uji materi undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar,⁶ maka pada dasarnya MK mengadili norma hukum (*law in book*). Dengan segala kewenangan yang diberikan, apabila menurut pertimbangan MK bahwa sebuah undang-undang itu bertentangan dengan UUD, maka ia akan menyatakan norma tersebut tidak mempunyai

⁵ Saifullah, *Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak di Luar Nikah Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010*. (Jurnal Al-Manahij, Vol 8 No:2, 2014).Hlm.2

⁶ Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945

kekuatan mengikat.⁷ Di sisi lain tugas sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman yang diberikan konstitusi terhadap Mahkamah Agung dan lembaga peradilan di bawahnya di antaranya adalah mengadili perkara yang diajukan kepadanya, sehingga putusan merupakan kasus hukum (*Case Law/ Law in Case*).

Dalam konteks hubungan norma hukum dengan sebuah kasus yang diadili, hakim pada dasarnya harus mengadili berdasarkan norma hukum. Akan tetapi apabila penerapan norma hukum akan mencederai asas keadilan, kapastian dan manfaat, hakim boleh melakukan diskresi melalui penemuan hukum.⁸ Untuk mengetahui bagaimana norma hukum tersebut dipahami oleh hakim, perlu dilakukan penelitian terhadap putusan pengadilan, dalam hal ini Penulis tertarik meneliti sebuah putusan dari produk sebuah pengadilan. Penulis mengambil sebuah putusan dengan Nomor perkara 0274/Pdt.P/2015 yang berkaitan dengan asal usul anak yang diperoleh dari nikah siri, akan tetapi majelis hakim memandang pernikahan siri yang dilakukan tidak sah, dikarenakan kedua belah pihak masih dipandang memiliki ikatan pernikahan dengan pasangan lain yang dalam proses perceraian. Hal ini memberi konsekuensi terhadap anak yang dilahirkan menjadi anak diluar nikah⁹. Dalam putusannya hakim mengabulkan

⁷ Dari sisi ini, sebagian ahli hukum mengatakan bahwa MK dan DPR keduanya mempunyai kewenangan membuat norma hukum, akan tetapi lembaga legislatif membentuk norma hukum secara positif, sedangkan MK secara negatif, dengan menyatakan sebuah norma **tidak mempunyai kekuatan mengikat**. Lihat Pasal 24 C ayat (1) dan lihat Prof.Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011).Hlm.204.

⁸ Ada beberapa metode penemuan hukum oleh hakim, seperti hermenetika, redenering dan konstruksi hukum, Lihat: Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006).Hlm.78 Dalam hukum Islam juga dikenal beberapa metode istinbath al-hukmi dengan dua pendekatan seperti kaidah kebahasaan dan maqashid al-syari'ah, Lihat: Nasrun Haroen, *Ushul Fiqh*, (Jakarta, Logos, 1996).Hlm.xi-xiii

⁹ Jika dilihat dari UU No1 Tahun 1974 pasal 42 bisa sedikit disimpulkan bahwa status anak dalam UU tersebut dibedakan menjadi dua yaitu anak sah dan anak yang tidak sah. Anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Sedangkan anak tidak sah adalah

permohonan pemohon tanpa adanya tes DNA dengan menetapkan bahwa anak yang dilahirkan adalah anak biologis dari kedua pasangan yang melakukan pernikahan tidak sah. Dari latar belakang tersebut penulis ingin meneliti Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 274/Pdt.P/2015/PA.Mlg yang menerapkan putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 dilihat dari perspektif penemuan hukum.

B. Fokus Penelitian

1. Bagaimana pertimbangan hakim dalam perkara nomor 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg pasca putusan Mahkamah Konstitusi No; 46/PUU-VIII/2010?
2. Bagaimana pertimbangan hakim dalam perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg pasca putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 ditinjau dari penemuan hukum?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui pertimbangan hakim terhadap penetapan anak diluar kawin pada perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010.

anak yang dihasilkan akibat perkawinan yang tidak sah atau anak yang dihasilkan tanpa adanya pernikahan.

2. Menganalisis pertimbangan hakim dalam menerapkan putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 terhadap perkara asal usul anak No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg Perspektif Penemuan Hukum.

D. Kegunaan Penelitian

Adapun kegunaan yang diharapkan dalam penelitian ini adalah:

1. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran dalam hukum, baik hukum Islam maupun hukum Positif dan juga dapat memberikan kontribusi pemikiran dalam hukum keluarga.
2. Sebagai sumbangan pemikiran praktis bagi siapapun yang mempunyai permasalahan dengan keadaan yang dipaparkan, terkait status anak diluar nikah.

E. Originalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran penyusun, belum ada penelitian yang membahas “penerapan putusan MK NO: 46/PUU-VIII/2010 oleh hakim tentang anak diluar nikah ditinjau dari penemuan hukum pada perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg”. Namun demikian, ada beberapa penelitian yang membahas mengenai anak diluar nikah pasca putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010, di antaranya :

Penelitian terdahulu berupa tesis diteliti oleh Lydia Amelia yang berjudul “Peranan Notaris Dalam Pembuatan Akta Waris Terhadap Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PU-VIII/2010” tahun 2013. Tujuan penelitian ini adalah untuk mengetahui peran notaris di dalam pembuatan akta waris terhadap anak luar kawin pasca putusan MK No. 46/PUU- VII/2010 dan untuk mengetahui besar pembagian harta warisan terhadap anak luar kawin pasca

putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif yang menggunakan analisis kualitatif yuridis yang menggunakan bahan hukum primer; bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Alat penelitian dalam pengumpulan data yaitu menggunakan studi dokumen dan bahan pustaka. Sedangkan jalan penelitian yang dilakukan dibagi menjadi tiga tahap penelitian yaitu persiapan penelitian, pelaksanaan penelitian, penulisan laporan penelitian. Hasil penelitian ditemukan bahwa *Pertama*, Tentang Peran notaris di dalam pembuatan akta waris terhadap anak luar kawin pasca putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 adalah membuat sebuah akta yang menyatakan Anak Luar Kawin tersebut adalah ahli waris dari laki-laki yang mempunyai hubungan biologis dengannya dan menghitung besaran harta warisan yang diperoleh oleh anak luar kawin tersebut. *Kedua*, Besar pembagian harta warisan terhadap anak luar kawin pasca putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 adalah di persamakan dengan anak luar kawin yang mendapatkan pengakuan oleh kedua orangtuanya sebagaimana di atur oleh KUH Perdata berdasarkan penafsiran analogi.¹⁰

Penelitian terdahulu selanjutnya berupa tesis yang disusun oleh saudari Meyrin dengan judul “Tinjauan Hukum Dampak Berlakunya Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Anak Yang Lahir di Luar Perkawinan Terhadap Akta Pengakuan Anak dan Surat Keterangan Hak Waris Yang Dibuat Oleh Notaris” tahun 2012. Dalam penelitian dibahas tentang apakah yang melatar belakangi terbitnya putusan MK tersebut, juga bagaimanakah dampak berlakunya putusan terhadap akta pengakuan anak dan

¹⁰Lydia Amelia, “Peranan Notaris Dalam Pembuatan Akta Waris Terhadap Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PU-VIII/2010”.Tesis Magister Kenotariatan Universitas Gajah Mada Yogyakarta Tahun 2013.

surat keterangan hak waris. Penyusunan tesis ini menggunakan metode penelitian normatif. Hasil dari penelitian ini adalah, *Pertama*, Mahkamah Konstitusi menerbitkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dengan dasar pertimbangan bahwa Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan telah melanggar konstitusional bersyarat. Pasal 43 ayat (1) dinilai telah membatasi hak-hak konstitusional para pemohon yang dijamin oleh UUD 1945. Hak-hak tersebut antara lainnya adalah hak-hak yang tercantum pada Pasal 28 B ayat (1) dan 28 B ayat (2,) serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. *Kedua*, Dengan menggunakan Pasal 42 UU Perkawinan sebagai latar belakang secara a contrario “anak” yang dimaksud dalam putusan Nomor 46 /PUU-VIII/2010 tentang anak yang lahir diluar perkawinan adalah semua anak yang tidak sah. Anak tidak sah yaitu semua anak yang dilahirkan diluar perkawinan, namun tidak terbatas pada anak yang dilahirkan dari kawin kontrak, anak dari hasil perkawinan siri (sah secara agama namun belum melakukan pencatatan), anak dari hasil kejahatan pemerkosaan, anak hasil kumpul kebo, anak hasil bayi tabung dan lain sebagainya termasuk juga anak hasil zina dan anak sumbang. *Ketiga*, Hubungan perdata yang timbul sebagai akibat dari putusan Mahkamah Konstitusi tersebut bukannya menyangkut hak-hak keperdataan secara umum seperti hak atas nama dan hak alimentasi, akan tetapi termasuk juga hak waris. *Keempat*, Ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum yang dimaksud adalah ilmu yang dapat membuktikan hubungan darah. Dalam kedokteran, ilmu yang dapat membuktikan hubungan darah adalah ilmu kesehatan forensik, khususnya dengan tehnik pemeriksaan terhadap DNA (*Deoksiribo Nucleic Acid*). Sedangkan alat bukti

lainnya menurut hukum adalah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1866 KUH Perdata, Pasal 164 HIR dan Pasal-Pasal seterusnya. Selain itu termasuk juga sebagai alat bukti adalah alat bukti elektronik seperti microfilm atau microfiche, SMS (*Short Message Service*), email, foto, film, rekaman video, pita suara dan lain-lain sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan alat tersebut dapat menguatkan dalil-dalil pemohon atau gugatannya. Kelima, Dalam profesi notaris terdapat tugas dan wewenang yang berkaitan dengan anak diluar kawin, antara lain yaitu membuat akta pengakuan anak oleh ayahnya dan membuat surat keterangan hak waris. Pasca terbitnya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, lembaga pengakuan anak oleh ayahnya masih tetap berlaku karena pada hakekatnya akta pengakuan anak oleh ayahnya dibuat atas dasar kehendak sukarela laki-laki tersebut. Tidak semua proses penetapan hubungan keperdataan ayah dengan anaknya harus serta merta melalui proses pengadilan. Akan tetapi, penetapan pengadilan mengenai status anak luar kawin dengan ayahnya dibuat berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 bersifat memaksa. Dari kedua cara tersebut di atas sama-sama menimbulkan akibat hukum yaitu lahirnya hubungan keperdataan. Perbedaan keduanya adalah yang satu merupakan pengakuan sukarela dan yang satunya lagi adalah pengakuan secara paksa. Atas dasar itulah maka ditarik kesimpulan bahwa hak waris yang timbul akibat adanya hubungan perdata anak yang lahir diluar perkawinan dengan ayahnya dan keluarga ayahnya adalah masih tetap berpedoman pada hak waris anak luar kawin menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Notaris yang hendak membuat surat keterangan hak waris sebaiknya menggunakan dasar berupa

penetapan pengadilan yang memutuskan adanya hubungan keperdataan seorang anak dengan ayahnya.¹¹

Penelitian terdahulu selanjutnya oleh Khafid Abadi dengan judul “Pengabsahan dan Hak-Hak Perdata Anak Luar Nikah Dalam Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 Perspektif Maqashid al-Shari’ah”. Dalam tesis ini, fokus kajiannya adalah pada pengabsahan anak di luar nikah. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan normatif (Hukum Islam) karena tinjauan yang digunakan menggunakan kacamata Maqashid al-Shari’ah. Dalam salah satu hasil penelitian ini mengatakan bahwa, Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 yang memberikan status nasab (pengabsahan anak) di luar nikah telah melanggar salah satu dari lima unsur Maqashid al-Shari’ah yaitu menjaga nasab (*hifz an-Nasl*).¹²

Penelitian terdahulu yang selanjutnya disusun oleh Ahmad Farahi berupa tesis dengan judul “Prinsip Keadilan Terhadap Hak Keperdataan Anak Luar Nikah Sebelum Dan Setelah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010”. Dalam tesis ini, fokus kajiannya adalah tentang tinjauan prinsip keadilan terhadap hak keperdataan anak luar nikah sebelum putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. Serta tinjauan prinsip keadilan terhadap hak keperdataan anak luar nikah setelah putusan tersebut dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi. Hasil dari penelitian ini: *Pertama*, sebelum putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 tersebut dikeluarkan, anak luar nikah belum mendapatkan hak-hak keperdataannya secara

¹¹Meyrin, “*Tinjauan Hukum Dampak Berlakunya Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Anak Yang Lahir di Luar Perkawinan Terhadap Akta Pengakuan Anak dan Surat Keterangan Hak Waris Yang Dibuat Oleh Notaris*”. Tesis Fakultas Hukum Universitas Indonesia Tahun 2012.

¹²Khafid Abadi, “*Pengabsahan dan Hak-Hak Perdata Anak Luar Nikah Dalam Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 Perspektif Maqashid al-Shari’ah*”. Tesis UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta Tahun 2013.

adil. Baik menurut prinsip keadilan Islam, Barat, maupun perspektif HAM. *Kedua*, setelah putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 tersebut dikeluarkan, anak luar nikah berhak mendapatkan hak-hak keperdataannya secara adil. Baik menurut prinsip keadilan Islam, Barat, maupun perspektif HAM. Yakni dalam prinsip keadilan menurut Murtadha Muthahari dan Madjid Khadduri. Juga konsep keadilan barat yang diwakili teorikeadilannya John Rawls dan teori keadilan kamutatifnya Aristoteles juga nilai keadilannya Gustav Radbruch. Begitu juga dengan prinsip keadilan dalam HAM yang menekankan kesetaraan, non diskriminasi, dan kewajiban negara untuk melindungi hak-hak warga negaranya. Penelitian ini merupakan penelitian kepustakaan (*library research*). Penelitian ini menggunakan metode analisis isi (*content analysis method*) dengan membandingkan prinsip keadilan terhadap hak-hak keperdataan yang berhak diterima anak luar nikah sebelum putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 dikeluarkan dan setelah putusan tersebut dengan menggunakan beberapa konsep keadilan, yaitu menurut prinsip keadilan Islam, Barat, maupun perspektif HAM.¹³

Tabel 1.1

Penelitian Terdahulu

NO	Nama Peneliti,	Judul	Kategori dan Tahun Penelitian	Perbedaan	Persamaan
1.	Lydia Amelia	Peranan Notaris Dalam Pembuatan Akta Waris Terhadap Anak Luar Kawin Pasca	Tesis, 2013.	Fokus kajian pada peran notaris dalam membuat akta ahli waris anak luar nikah setelah keluarnya	Sama-sama penelitian yang mengkaji Putusan

¹³Ahmad Farahi "Prinsip Keadilan Terhadap Hak Keperdataan Anak Luar Nikah Sebelum Dan Setelah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010. Tesis UIN Maulana Malik Ibrahim Malang 2013.

		Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.		putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dan besaran warisan tersebut disamakan dengan anak yang mendapatkan pengakuan kedua orang tua sebagaimana yangtelah diatur oleh KUHPerdota. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan prundang-undangan serta dikaji dengan kontruksi hukum.	Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.
2.	Meyrin	Tinjauan Hukum Dampak Berlakunya Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Anak Yang Lahir di Luar Perkawinan Terhadap Akta Pengakuan Anak dan Surat Keterangan Hak Waris Yang Dibuat Oleh Notaris.	Tesis, 2012.	Fokus penelitian pada hukum keperdataan anak di luar nikah dan latar latar belakang yang mendasari Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 sekaligus meneliti dampak putusan terhadap akta pengakuan anak dan surat keterangan hak waris yang dibuat oleh notaris.	Sama-sama penelitian yang mengkaji Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.
3.	Khafid Abadi	Pengabsahan dan Hak-Hak Perdata Anak Luar Nikah Dalam Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 Perspektif <i>Maqashid al-Shari'ah</i> .	Tesis, 2013.	Fokus kajiannya adalah pada pengabsahan anak di luar nikah. Menggunakan pendekatan hukum Islam dalam hal ini menggunakan perspektif <i>maqashid al-shari'ah</i> . Dimana salah satu hasil penelitian ini adalah putusan tersebut telah melanggar salah satu dari lima unsur	Sama-sama penelitian yang mengkaji Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

				<i>maqashid al-shari'ah</i> yaitu <i>hifdz al-nasl</i> (menjaga keturunan).	
4.	Ahmad Farahi	Prinsip Keadilan Terhadap Hak Keperdataan Anak Luar Nikah Sebelum Dan Setelah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.	Tesis, 2013.	Fokus kajiannya adalah tentang tinjauan prinsip keadilan terhadap hak keperdataan anak luar nikah sebelum putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. Serta tinjauan prinsip keadilan terhadap hak keperdataan anak luar nikah setelah putusan tersebut dikeluarkan oleh Mahkamah Konstitusi.	Sama-sama penelitian yang mengkaji Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Dari penelusuran yang peneliti lakukan diatas, dapat di simpulkan bahwa telah banyak yang mengkaji atau meneliti yang terkait anak diluar nikah pasca putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. Akan tetapi belum ada yang mengkaji tentang penerapan putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 oleh hakim tentang anak diluar nikah No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg.

F. Sistematika Pembahasan.

Suatu pembahasan karya ilmiah pada umumnya diperlukan suatu bentuk penulisan yang sistematis, sehingga tampak gambaran yang jelas, terarah dan saling berhubungan antara satu bab dengan bab setelahnya. Untuk memperjelas sistematika penyusunan, maka penulis akan mendeskripsikan sistematika sebagai berikut.

Bab pertama yakni pendahuluan, dalam bab ini berisi tentang latar belakang penelitian, rumusan masalah, batasan masalah, tujuan dan manfaat penelitian, orisinalitas penelitian, definisi istilah, metode penelitian dan

sistematika pembahasan. Bab ini merupakan langkah awal untuk memberikan pemahaman tentang permasalahan-permasalahan anak diluar nikah, yang dirumuskan dalam rumusan masalah, dengan menggunakan metode yang sesuai dengan penelitian ini dan disusun dengan sistematika yang baik. .

Bab kedua, berisi tentang kajian pustaka yang akan menguraikan tentang tinjauan umum mengenai pengertian anak, kewajiban orang tua terhadap anak, dan tinjauan umum tentang teori penemuan hukum.

Bab ketiga, yakni Metode Penelitian berisi mengenai jenis penelitian, pendekatan penelitian, sumber data, teknik pengumpulan data dan teknik analisa bahan data.

Bab keempat, menjelaskan gambaran umum tentang putusan Pengadilan Agama No: 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg, data perkara tentang asal-usul anak, serta memaparkan hasil wawancara kepada hakim yang bersangkutan dan pakar hukum Islam.

Bab kelima,yakni menjelaskan kedudukan anak dalam perkara tersebut dan menjelaskan hasil dari analisis terhadap penetapan asal usul anak pasca putusan MK dilihat dari penemuan hukum.

Bab keenam, yakni bab penutup dari penelitian ini, pada bab ini dikemukakan kesimpulan dari pembahasan pada bab-bab yang telah dipaparkan sebelumnya. Serta saran-saran penulis yang mungkin berguna dan bermanfaat bagi perkembangan ilmu pengetahuan.

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Anak Perspektif Hukum Positif

1. Definisi Anak Perspektif Hukum Positif

Anak merupakan generasi penerus orang tuanya, dia akan memikul tanggung jawab dimasa yang akan datang. Dalam pertumbuhan-nya anak membutuhkan dampingan atau bantuan dari orang tuanya baik dari segi finansial dan pendidikan. Tidak salah jika negara negara memberikan suatu perlindungan bagi anak-anak dari perlakuan-perlakuan yang dapat merusak masa depan-nya.

Dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak bahwa anak adalah Amanah Dan Karunia Tuhan Yang Maha Esa, yang di dalam dirinya melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya.¹⁴ Sedangkan dalam pasal 1 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 mendefinisikan bahwa anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan.

Di Indonesia pengertian atau definisi mengenai anak termaktub di beberapa Undang-Undang, yakni:

1. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yaitu Pasal 1 angka (1) : Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 tahun, termasuk anak yang ada dalam kandungan.

¹⁴ Tata Sudrajat, *Anak Jalanan dan Masalah Sehari-Hari Sampai Kebijakan*, (Bandung: Yayasan Akatiga, 1996).Hlm.151-152.

2. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak yaitu Pasal 1 angka (2) : Bahwa anak adalah seseorang yang belum mencapai umur 21 tahun belum pernah kawin.
3. Konvensi Hak-Hak Anak Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tanggal 20 November 1989. Konvensi ini secara umum mendefinisikan seorang anak sebagai umat manusia siapapun yang berusia di bawah 18 tahun dan konvensi ini yang mengatur hak-hak sipil, politik, ekonomi, sosial, dan kultural anak-anak.
4. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan memperbolehkan bekerja 15 tahun. Pada prinsipnya anak tidak boleh bekerja, dikecualikan untuk kondisi dan kepentingan tertentu anak diperbolehkan bekerja, seperti; pekerjaan ringan dan lain-lainnya.
5. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional memberlakukan wajib belajar 9 tahun, yang dikonotasikan menjadikan anak berusia 7 sampai 15 tahun.
6. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyebutkan bahwa anak seseorang yang belum berusia 18 tahun dan belum pernah kawin.
7. Undang-undang no. 1 tahun 1974 tentang perkawinan menyebutkan bahwa 16 tahun bagi perempuan dan 19 tahun bagi pria.
8. Undang-undang no. 3 tahun 1997 tentang pengadilan anak “anak nakal adalah anak yang telah mencapai umur 8 tahun tetapi belum mencapai 18 tahun dan belum pernah menikah.

Dari beberapa perundang-undangan diatas dapat disimpulkan bahwa hukum di Indonesia masih terjadi inkonsistensi dalam memberikan definisi tentang anak khususnya dalam batasan usia. Walaupun demikian, tetap dapat ditarik kesamaan dari beberapa perundang-undangan (hukum positif) bahwa yang dikatakan anak adalah orang yang belum dewasa (*minderjarig /person under age*), orang yang dibawah umur/ keadaan dibawah umur (*minderjarigheid /interiority*) atau kerap juga disebut sebagai anak dibawah umur pengawasan wali (*mindejarige ondervoodij*).¹⁵

2. Hak-Hak Anak Perspektif Hukum Positif

Lahirnya setiap anak di dunia ini memiliki fitrah yang sama sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa. Sebagaimana yang tertera pada Pasal 28 B ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 bahwa “Setiap anak berhak kelangsungan hidup tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”. Dilihat dari pemahaman pasal tersebut bahwa tidak ada perbedaan terhadap lahirnya setiap anak di dunia ini, tidak terkecuali apakah dia sebagai anak yang sah atau anak luar kawin, bahkan kalimat “berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi” sesungguhnya menunjukkan bahwa negara pada prinsipnya melarang adanya pengelompokan status terhadap seorang anak, karena dengan adanya status dan kedudukan anak yang berbeda dimata hukum sesungguhnya negara telah melakukan diskriminasi terhadap anak yang menjadi warganya.

¹⁵ Lilik Mulyadi, *Pengadilan Anak Di Indonesia Teori, Praktik dan Permasalahannya*, (Bandung : Mandar Maju, 2005), hlm 3-4.

Berdasarkan Pasal 28 D ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 Menyebutkan bahwa: Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum. Menurut ketentuan Pasal 1 angka (3) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia bahwa yang dimaksud dengan “diskriminasi” adalah: Setiap pembatasan, pelecehan, atau pengucilan yang langsung ataupun tak langsung didasarkan pada perbedaan manusia atas dasar agama, suku, ras, etnik, kelompok, golongan, status sosial, status ekonomi, jenis kelamin, bahasa, keyakinan politik, yang berakibat pengurangan, penyimpangan atau penghapusan pengakuan, pelaksanaan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan dasar dalam kehidupan baik individual maupun kolektif dalam bidang politik, ekonomi, hukum, sosial, budaya, dan aspek kehidupan lainnya.

Hak Asasi Manusia secara khusus sudah mengatur tentang hak asasi anak baik dalam kedudukannya sebagai warga negara maupun sebagai manusia, antara lain sebagai berikut:

Pasal 52.

- 1) Setiap anak berhak atas perlindungan oleh orang tua, keluarga, masyarakat, dan negara.
- 2) Hak anak adalah hak asasi manusia dan untuk kepentingannya hak anak itu diakui dan dilindungi oleh hukum bahkan sejak dalam kandungan.

Pasal 53

- 1) Setiap anak sejak dalam kandungan, berhak untuk hidup, dan meningkatkan taraf kehidupannya.

- 2) Setiap anak sejak kelahirannya, berhak atas suatu nama dan status kewarganegaraan.¹⁶

Dari beberapa pasal diatas dapat sedikit disimpulkan bahwa ketentuan-ketentuan tersebut tidak hanya berlaku untuk anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah, melainkan juga berlaku bagi anak diluar kawin. Setiap anak tidak menanggung dosa atas kelahirannya, sehingga ia juga tidak boleh menerima diskriminasi secara hukum, apalagi jika melihat fakta sosial di masyarakat anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayahnya sering mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan stigma di masyarakat.

Para masyarakat sepakat bahwa semua anak Indonesia adalah aset bangsa. Oleh karena itu kesejahteraan anak perlu terus ditingkatkan. Upaya untuk meningkatkan kesejahteraan anak, telah diamanatkan dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak, Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1988 Tentang Usaha Kesejahteraan Sosial Bagi Anak Yang Mempunyai Masalah, Ratifikasi Konvensi Peseerikatan Bangsa-Bangsa Tentang Hak-hak Anak melalui Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 Tentang Wajib Belajar Pendidikan Dasar 9 Tahun, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia telah mencantumkan tentang Hak Anak (Pasal 52 ayat (1) dan (2)), Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Sedangkan hak-hak anak diatur dalam Peraturan Pemerintah No 2 Tahun 1988 bahwa anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan dan bimbingan berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarganya maupun di dalam asuhan

¹⁶ Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999

khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar. Dimaksud dengan asuhan, adalah berbagai upaya yang dilakukan kepada anak yang tidak mempunyai orang tua dan terlantar, anak terlantar dan anak yang mengalami masalah kelainan yang bersifat sementara sebagai pengganti orang tua atau keluarga agar dapat tumbuh dan berkembang dengan wajar, baik secara rohani, jasmani maupun sosial.¹⁷

B. Anak Perspektif Hukum Islam

1. Definisi Anak Perspektif Hukum Islam

Pengertian anak dalam Hukum Islam dan hukum keperdataan yang dihubungkan dengan keluarga. Anak dalam hubungannya dengan keluarga, seperti anak kandung, anak laki-laki dan anak perempuan, anak sah dan anak tidak sah, anak sulung dan anak bungsu, anaktiri dan anak angkat, anak piara, anak pungut, anak kemenakan, anak pisang, anak sumbang (anak haram) dan sebagainya.¹⁸

Pengelompokan pengertian anak, memiliki aspek yang sangat luas. Berbagai makna terhadap anak, dapat diterjemahkan untuk mendekati anak secara benar menurut system kepentingan agama, hukum, sosial dari bidang masing-masing bidang. Pengertian anak dari berbagai cabang ilmu akan berbeda-beda secara substansial fungsi, makna dan tujuan. Sebagai contoh, dalam agama Islam pengertian anak sangat berbeda dengan pengertian anak yang dikemukakan bidang disiplin ilmu hukum, sosial, ekonomi, politik dan hankam. Pengertian anak dalam Islam disosialisasikan sebagai makhluk ciptaan

¹⁷ Pasal 1 angka 32 Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 1988

¹⁸ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta, Balai Pustaka, 2002).Hlm. 41

Allah SWT yang arif dan berkedudukan mulia yang keberadaannya melalui proses penciptaan yang berdimensi pada kewenangan kehendak Allah SWT.¹⁹ Secara rasional, seorang anak terbentuk dari unsur gaib yang transcendental dari proses ratifikasi sains (ilmu pengetahuan) dengan unsur-unsur ilmiah yang diambil dari nilai-nilai material alam semesta dan nilai-nilai spiritual yang diambil dari proses keyakinan (tauhid Islam).²⁰ Penjelasan status anak dalam agama Islam ditegaskan dalam al-Quran surat al-Isra ayat 70:

فَضَّلْنَاهُمْ أَطْيَبَتْ مِّنْ وَرَزَقْنَاهُمْ وَالْبَحْرِ الْبُرِّيِّ وَحَمَلْنَاهُمْ ۗ آدَمَ بَنِي كَرَّمْنَا وَلَقَدْ

تَفَضَّلْنَا مِمَّنْ كَثِيرٍ عَلَىٰ وَ

“Dan sesungguhnya telah kami muliakan anak-anak Adam. Kami angkut mereka didarat dan dilautan, kami beri mereka rezeki dari yang baik-baik dan kami lebihkan mereka dengan kelebihan yang sempurna atas kebanyakan makhluk yang telah kami ciptakan.”

Menunjukkan bahwa al-Qur'an atau akidah Islam meletakkan kedudukan anak sebagai suatu makhluk yang mulia, diberikan rezeki yang baik-baik dan memiliki nilai plus semua diperoleh melalui kehendak sang Pencipta Allah SWT, untuk menyikapi nilai transcendental dimaksud, pada bagian lain al-Qur'an menegaskan eksistensi anak tersebut dengan firman Allah SWT, dalam al-Qur'an surat at-Tiin ayat 4.

¹⁹ Iman Jauhari, *Advokasi Hak-Hak Anak Ditinjau dari Hukum Islam dan Peraturan Perundang-undangan*, (Medan: Pusataka Bangsa, 2008).Hlm. 46

²⁰ Iman Jauhari, *Advokasi Hak-Hak Anak Ditinjau dari Hukum Islam dan Peraturan Perundang-undangan*,.Hlm. 46

﴿تَقْوِيمًا حَسَنًا فِي الْإِنْسَانِ خَلَقْنَا لَقَدْ﴾

“Sesungguhnya aku ciptakan kamu manusia dalam bentuk yang sebaik-baiknya, atau semulia-mulianya”

Ayat di atas menentukan bahwa statement yang diberikan oleh Islam menjadikan bidang ilmu pengetahuan, khususnya ilmu hukum semakin objektif dalam memandang proses advokasi dan hukum perlindungan anak, baik dalam melakukan pembinaan anak, pemeliharaan anak, yang pada akhirnya akan menjadikan anak sebagai khalifah-filardi ditengah-tengah masyarakat millennium ini. Berbeda kalau cara pandang dengan system ilmu pengetahuan khususnya ilmu hukum yang dibangun berdasarkan liberalisasi dari warisan hukum kaum penjajah belanda dan berpatokan pada filsafat, sosial, budaya dan ekonomi yang dikemukakan oleh teori-teori pada umumnya, seperti teori Darwin, Herbert Spencer, Karl Marx, August Comte, dan lain-lain menjadikan proses evolusi fisik, kultur, dan perdaban tentang status anak dan hak-hak anak yang transparansional. Pengertian status anak yang diberikan masing-masing Sarjana Hukum mengandalkan teori-teori yang dilandaskan pada alam semesta (natural of law) yang menekankan prinsip-prinsip *the struggle for life and survival of the fittest* (perjuangan untuk hidup dan yang kuat akan bertahan).²¹

Menurut ajaran Islam, Anak adalah amanah Allah SWT dan tidak bisa dianggap sebagai harta benda yang bisa diperlakukan sekehendak hati oleh

²¹ M. Quraish Shihab, *Membumikan al-Qur'an*, (Bandung: Mizan, 2000). Hlm. 345. statemen ini mengandung pesan pewarisan anak sebagai generasi penerus, agama, bangsa, dan Negara harus dipersiapkan menjadi manusia yang tangguh, cerdas, dan mandiri. Statemen tersebut tidak meminimlisisasikan system hukum dalam sosialisasi kehidupan tata pergaulan masyarakat di tingkat regional, maupun dunia internasionala

orang tuanya. Sebagai amanah anak harus dijaga sebaik mungkin oleh orang tua yang mengasuhnya. Anak adalah manusia yang memiliki nilai kemanusiaan yang tidak bisa dihilangkan dengan alasan apapun. “Dalam kamus bahasa Arab Anak disebut juga dengan walad, satu kata yang mengandung penghormatan, sebagai makhluk Allah yang sedang menempuh perkembangan ke arah abdi Allah yang shaleh. Pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir dikalangan sahabat Nabi Muhammad SAW dalam penafsiran kata-kata walad pada ayat 176 surat an-Nisa’ yang mempunyai pengertian mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Pandangan ini sangat berbeda dengan ijma para fuqaha dan ulama yang di anut selama ini, bahwa yang dimaksud dengan walad dalam ayat tersebut hanya anak laki-laki saja, tidak termasuk anak perempuan”.²² Namun demikian, pengertian walad dalam nash bisa berarti laki-laki dan juga bisa berarti perempuan. Kata al-Walad dipakai untuk menggambarkan adanya hubungan keturunan, sehingga kata al-walid dan al-walidah diartikan sebagai ayah dan ibu kandung. Berbeda dengan kata “ibn” yang tidak mesti menunjukkan hubungan keturunan dan kata “ab” tidak berarti mesti ayah kandung.

2. Hak-Hak Anak Perspektif Hukum Islam

Hak anak dalam Islam memiliki aspek universal terhadap kepentingan anak. Meletakkan hak anak dalam pandangan Islam, memberikan gambaran bahwa dasar tujuan kehidupan umat Islam adalah membangun umat manusia yang memegang teguh ajaran Islam. Dengan demikian, hak anak dalam

²² Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, (Cairo, Maktabah al-Dakwah al-Islamiyah Shabab al-Azhar 1990). Hlm.95.

pandangan Islam ini meliputi aspek hukum dalam lingkungan seseorang. Cara pandang yang dimaksud tidak saja memposisikan umat Islam yang harus tunduk pada hukum Islam sebagai formalitas-formalitas wajib yang harus ditaati dan apabila dilanggar maka perbuatan tersebut akan mendapatkan laknat baik di dunia maupun di akherat.

Dimensi Islam dalam meletakkan hak asasi manusia sangatlah luas dan mulia. Dari ajaran kehidupan moral, hak asasi anak juga dipandang sebagai benih dalam sebuah masyarakat. Dalam pandangan ini Abdur Rozak Husein menyatakan “jika benih anak dalam masyarakat itu baik, maka sudah pasti masyarakat akan terbentuk menjadi masyarakat yang baik pula”, lebih lanjut dikatakan, Islam menyatakan bahwa anak-anak merupakan benih yang akan tumbuh untuk membentuk masyarakat di masa yang akan datang.²³

Dalam daur kehidupan, manusia mengalami 4 (empat) fase yang pasti dilalui yaitu: *pertama*, dari awal kelahirannya, kedua, dari awal kelahiran sampai anak menjelang dewasa (mumayyiz), ketiga, dari awal mumayyiz sampai dewasa (baligh), dan keempat, dari awal baligh sampai menjelang meninggal dunia.²⁴ Selama daur yang dilalui manusia itu dibarengi dengan hak dan kewajiban, baik dalam garis vertical maupun horizontal.

Hak dan kewajiban vertical adalah hubungan manusia dengan Tuhannya sebagai sang *Khaliq* (penciptanya). Sedangkan hubungan horizontal adalah hak dan kewajiban terhadap sesama manusia yang terjadi secara alami maupun yang dibuat dan direncanakan untuk dan oleh manusia sendiri.

²³ Abdur Rozak Husein, *Hak dan Pendidikan Dalam Islam*, alih bahasa H. Azwir Butun (Bandung: Fikahati Aneska, 1992).Hlm.19.

²⁴ Ali Hasaballah, *Usul at-Tasyri al-Islami*, (Mesir: Dar al-Maarif, 1959),.Hlm.341.

Diantara hak dan kewajiban horizontal adalah kewajiban memperhatikan hak keluarganya, hak suami isteri, dan hak anak-anaknya. Subhi mahmasani berpendapat bahwa orang tua memperhatikan hak anak untuk masa depan mereka yaitu hak menyusui, hak untuk mendapatkan asuhan, hak untuk mendapatkan nama baik dan kewarganegaraan, hak nafkah atau harta, hak pengajaran, serta hak pendidikan, akhlak dan agama.²⁵ Secara garis besar, hak anak menurut Islam dapat dikelompokkan sebagai berikut.²⁶

a. Hak anak sebelum lahir

Allah Berfirman dalam surat Al-An'am ayat 140:

لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ عَلَىٰ أَفْتِرَاءٍ ۗ اللَّهُ رَزَقَهُمْ مَّا وَحَرَّمُوا عِلْمًا بِغَيْرِ سَفْهَاءٍ ۗ أَوْلَدَهُمْ قَتَلُوا الَّذِينَ خَسِرَ قَدْرُهُمْ

﴿مُهْتَدِينَ ۖ كَانُوا وَمَا ضَلُّوا قَدْرَهُمْ﴾

“sesungguhnya rugilah orang yang membunuh anak-anak mereka karena kebodohan lagi tidak mengetahui, dan mereka meng haramkan apa yang Allah telah rizkikan kepada mereka dengan semata-mata mengada-adakan terhadap Allah. Sesungguhnya mereka telah sesat dan tidaklah mendapatkan petunjuk”

Maksud ayat ini, supaya anak memperoleh penjagaan dan pemeliharaan akan keselamatan dan kesehatannya. Ditegaskan pula dalam surah at-Talaq (65): 6 tentang kewajiban sorang suami untuk menjaga isterinya yang sedang hamil.

²⁵ Subhi Mamasani, *Konsep Dasar Hak-hak Asasi Manusia (Studi Pebandingan Syari'at Islam dan Perundang-undangan Modern)*, alih bahasa Hasanudin, (Jakarta: Tintamas Indonesia, 1987).Hlm. 204.

²⁶ Abdur Rozak Husein, *Hak dan Pendidikan Dalam Islam*, alih bahsa H. Azwir Butun (Bandung: Fikahati Aneska, 1992).Hlm. 11-34.

Islam mengajarkan agar selalu menjaga kehidupan keluarga dari api neraka (jalan kesesatan) bahkan demi hak asasi manusia diperintahkan saling menjaga antar sesama manusia. Islam juga melarang membunuh perempuan dan anak-anak dalam keadaan perang.

b. Hak anak dalam kesucian keturunan (*nasab*).

Hak *nasab* (hak atas hubungan kekerabatan atau keturunan) merupakan sesuatu yang penting bagi anak. Kejelasan nasab akan sangat penting mempengaruhi perkembangan anak pada masa berikutnya. Allah berfirman: alahzab (33) ayat 5

الدِّينِ فِي فَاحْوَانِكُمْ ءَابَاءَهُمْ تَعْلَمُونَ لَمْ يَنْزِلْنَا إِلَيْهِمْ لَوْلَا يُبَاهِيهِمْ أَدْعُوهُمْ
 أَنْ قُلُوبِكُمْ تَعْمَدُتْ مَا وَلَكِنْ بِهِ ءَأَخْطَأْتُمْ فِي مَا جُنَّحٌ عَلَيْكُمْ وَلَيْسَ وَمَوْلَايَكُمْ
 ﴿٥﴾ رَّحِيمًا غُفُورًا اللَّهُ وَكَ

Artinya: Panggillah mereka dengan nama bapak-bapak mereka. Itulah yap lebih adil disisi Allah. Dan jika tidak kamu ketahui siapa bapa bapak mereka, maka adalah mereka saudara kamu seagama maula-maula kamu. Tetapi tidaklah kamu berdosa jika kamu salah dengan dia, melainkan jika disengaja oleh hati kamu. dan Allah adalah Maha Pengampun, Maha Penyayang.

Hal ini dimaksudkan demi ketenangan jiwa sang anak. Adanya kejelasan nasab bagi anak merupakan kebanggaan batin dan agar tidak terjadi kerancuan dan kebimbangan dalam masyarakat.²⁷

²⁷ Untuk memperjelas tentang keturunan, dalam fiqh diterangkan bagaimana cara menentukan nasab,yaitu dengan pengakuan, penetapan hakim, dan persaksian. Lihat, Mustafa as-Siba'I, asy-Syakhsiiyah, (Damaskus: tnp., tt.), hlm. 291-294.

c. Hak anak untuk menerima pemberian nama yang baik.

Diantara tradisi masyarakat yang berlaku ialah ketika seorang anak dilahirkan, dipilihlah untuk sebuah nama. Dengan nama tersebut, ia bisa dikenal oleh orang-orang disekelilingnya. Dengan syari'atnya yang sempurna Islam memperhatikan dan mementingkan masalah ini. Sehingga nama-nama jelek yang mempengaruhi kemuliaan dan akan menjadi bahan ejekan serta cemooh hendaknya dihindari. Nama-nama yang paling utama adalah nama-nama para nabi atau nama Abd yang dirangkaikan dengan nama-nama Allah SWT, seperti Abd Al-Rahma, Abd Al-Rahim.

d. Hak anak untuk menerima susuan (rada'ah)

Hak ini berdasarkan firman Allah dalam surat al-baqarah (2) ayat 233:

مَوْلُودٍ وَعَلَى الرَّضَاعَةِ يُتَمَّ أَنْ أَرَادَ لِمَنْ كَامِلَيْنِ حَوْلَيْنِ أَوْلَادَهُنَّ يُرَضِعْنَ وَالْوَالِدَاتُ
لَا يُولَدِهَا وَالِدَةٌ تَضَارُّ لَهَا وَسَعَهَا إِلَّا نَفْسٌ تُكَلِّفُهَا بِالْمَعْرُوفِ وَكَسَوْتُهُنَّ رِزْقُهُنَّ لَهُ رَأَى
أَوْرَمَهُمَا تَرَا ضٍ عَنِ فِصَالٍ أَرَادَ فَإِنْ ذَلِكَ مِثْلُ الْوَارِثِ وَعَلَى بَوْلِدِهِ لَّهُ مَوْلُودٌ
لَمَّمْتُمْ إِذَا عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فَلَا أَوْلَادَكُمْ تَسْتَرِضِعُونَ أَنْ أَرَدْتُمْ وَإِنْ عَلَيْهِمَا جُنَاحٌ فَلَا وَتَش
بَصِيرَةٌ تَعْمَلُونَ بِمَا اللَّهُ أَنْ وَعَلِمُوا اللَّهَ وَاتَّقُوا بِالْمَعْرُوفِ أَيْتِمَّ مَآسٍ

Artinya: Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian kepada para ibu dengan cara ma'ruf. Seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya dan seorang ayah karena anaknya, dan warispun berkewajiban demikian. Apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) dengan kerelaan keduanya dan permusyawaratan, maka tidak ada dosa atas keduanya. Dan jika kamu ingin anakmu disusukan oleh orang lain, maka tidak ada dosa bagimu apabila kamu memberikan pembayaran menurut yang patut. Bertakwalah kamu kepada Allah dan ketahuilah bahwa Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.

Sebagaimana ayat diatas, ada pula ayat lain yang menerangkan bahwa ada keringanan dalam segi beribadah kepada Allah bagi para ibu yang sedang menyusui, seperti dalam ibadah puasa.²⁸ Dalam kondisi tertentu, apabila seorang ibu tidak memungkinkan untuk memberikan ASInya kepada anaknya, karena kemaslahatan, maka wajib orang tua untuk mencari orang lain untuk menyusui anaknya,²⁹ sebagai pemenuhan hak-haknya untuk mendapatkan ASI.

- e. Hak anak untuk mendapatkan asuhan, perlindungan dan pemeliharaan

Diantara berbagai tanggung jawab yang paling menonjol yang diperhatikan Islam adalah mengajar, membimbing, dan mendidik anak yang berada dibawah tanggung jawabnya. Semua ini merupakan tanggung jawab yang besar, berat dan penting karena hal ini dimulai sejak anak dilahirkan sampai pada masa *taklif* (dewasa).

Orang tua bertanggung jawab penuh untuk memberikan tanggung jawab pendidikan kepada anak-anaknya. Pendidikan tanggung jawab ini meliputi; *pertama*, pendidikan iman, *kedua*, pendidikan moral, *ketiga*, pendidikan fisik, *keempat*, pendidikan intelektual, *kelima*, pendidikan psikologis, *keenam*, pendidikan social, dan *ketujuh*, pendidikan seks.

Oleh karena itu, diperlukan adanya bimbingan, pengarahan dan pengawasan agar anak dapat berkembang menuju kedewasaan sebagaimana

²⁸ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh As-Sunnah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1403 H/1983 M), VII: 143.

²⁹ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh As-Sunnah*, hlm. 142

mestinya. Selain itu, pendidikan dalam Islam juga bertujuan untuk memelihara dan menjaga fitrah yang dimiliki anak itu sendiri, yaitu bersih dan suci, terutama fitrah manusia atas agama.³⁰

f. Hadhanah Pasca Perceraian

Para ahli fiqih mendefinisikan hadhanah adalah: melakukan pemeliharaan anak-anak yang masih kecil atau yang sudah besar tetapi belum tamyiz, tanpa perintah dari padanya, menyediakan sesuatu yang menjadikan kebajikannya, menjaganya dari sesuatu yang menyakiti dan merusaknya, mendidik jasmani, rohani dan akalinya agar mampu berdiri sendiri menghadapi hidup dan memikul tanggung jawabnya.³¹ Hadhanah merupakan kewenangan untuk merawat dan mendidik orang yang belum *mumayiz* atau yang kehilangan kecerdasannya karena mereka tidak bisa mengerjakan keperluan diri sendiri. Kewenangan seperti itu lebih tepat dimiliki kaum wanita karena naluri kewaniataan yang ia miliki dan kesabarannya dalam menghadapi permasalahan kehidupan anak-anak lebih tinggi di banding laki-laki.³²

C. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Hirarki Peraturan Perundang-Undangan.

Jika ditinjau berdasarkan kewenangan Mahkamah Konstitusi, maka :

1) Fungsi dan Peran Mahkamah Konstitusi

³⁰ Imam an-Nawawi, *Sahih Muslim bi Syarh al-Imam an-Nawawi* (Beirut: Dar-al-Fikr, 1981) VII, Hlm 113.

³¹ Sayid Sabiq, *Fiqih Sunah*, (Bandung : Al Ma'arif) hlm. 173.

³² Abdul Azis Dahlan, et al, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: Intermasa, 1996), hlm. 415

Fungsi dan peran Mahkamah Konstitusi di Indonesia ada empat. Yang mana kewenangan MK tersebut adalah:³³

- a. Menguji undang-undang terhadap UUD 1945.
 - b. Memutussengketa kewenangan antar lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945.
 - c. Memutus pembubaran partai politik
 - d. Memutus perselisihan tentang hasil pemilu.
- 2) Pengujian Undang-undang terhadap UUD 1945

Jika suatu undang-undang atau bagian di dalamnya itu dinyatakan terbukti bertentangan atau tidak memenuhi ketentuan-ketentuan berdasarkan ketentuan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka produk hukum tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (Pasal 57 UU 8/2011). Melalui kewenangan *judicial review*, Mahkamah Konstitusi menjadi lembaga negara yang mengawal agar tidak lagi terdapat ketentuan hukum yang keluar dari koridor konstitusi.

3) Putusan Final dan Mengikat

Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat mengikat (final and binding). Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final. Artinya tidak ada peluang menempuh upaya hukum berikutnya pasca putusan itu sebagaimana putusan pengadilan biasa yang masih memungkinkan kasasi dan peninjauan kembali. Selain itu juga ditentukan putusan MK memiliki kekuatan hukum tetap sejak dibacakan dalam

³³ Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 yang dipertegas dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a sampai dengan d Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

persidangan MK.³⁴ Putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap maka juga memiliki kekuatan hukum mengikat untuk dilaksanakan. Semua pihak termasuk penyelenggara negara yang terkait dengan ketentuan yang diputus oleh MK harus patuh dan tunduk terhadap putusan MK.

Dalam perkara pengujian undang-undang misalnya, yang diuji adalah norma undang-undang yang bersifat abstrak dan mengikat. Meskipun dasar permohonan pengujian adalah adanya hak konstitusional pemohon yang dirugikan, namun sesungguhnya tindakan tersebut adalah mewakili kepentingan hukum seluruh masyarakat, yaitu tegaknya konstitusi. Kedudukan pembentuk undang-undang, DPR dan Presiden, bukan sebagai tergugat atau termohon yang harus bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan. Pembentukan undang-undang hanya sebagai pihak terkait yang memberikan keterangan tentang latar belakang dan maksud dari ketentuan yang dimohonkan. Hal itu dimaksud agar ketentuan yang diuji tidak ditafsirkan menurut pandangan pemohon atau MK saja, tetapi juga menurut pembentukan undang-undang, sehingga diperoleh keyakinan hukum apakah bertentangan dengan atau tidak dengan konstitusi.

D. Penemuan Hukum

Fokus penting dalam tesis ini menyangkut dua hal, yaitu putusan hakim dan penerapan putusan MK NO: 46/PUU-VIII/2010. Pada hakikatnya putusan merupakan hasil dari proses penemuan hukum oleh hakim yang melalui empat

³⁴Lihat Pasal 10 dan Pasal 47 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

pengertian, yaitu: pelaksanaan hukum, penerapan hukum, pembentukan hukum dan penciptaan hukum.³⁵ Menurut Sudikno Mertokusumo, penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang kongkret.³⁶ Dari definisi tersebut dipahami bahwa penemuan hukum merupakan proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret (*das sein*) tertentu. Paul schoulten mendefinisikan penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang bukan hanya penerapan peraturan perundang-undangan pada peristiwa, kadang-kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analog ataupun pengkonkretan hukum (*rechtssverwijning*).³⁷

Sajipto Raharjo, setelah meneliti beberapa definisi tentang penemuan hukum, menyimpulkan pengertian yang lebih lengkap tentang penemuan hukum. *pertama*, penemuan hukum dalam arti penerapan suatu peraturan yang telah tersedia secara jelas pada suatu peristiwa. *Kedua*, penemuan hukum³⁸ dalam arti pembentukan hukum untuk suatu peristiwa konkret yang tidak tersedia suatu peraturan perundang-undangan yang jelas dan lengkap untuk diterpkan padanya, sehingga hakim harus membentuk hukum melalui metode tertentu.³⁹

³⁵ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, (yogyakarta: Liberty, 1998).Hlm.37.

³⁶ Mertokusumo, *Penemuan Hukum*.Hlm.26.

³⁷ N.E Algra dan Van Duyvendijk, *Mula Hukum*, tej. Simorangkir, (Bandung: Bina Cipta, 1983).Hlm.359.

³⁸ Pengertian ini menunjukkan pada penemuan hukum dengan metode yang amat sederhana, yaitu hakim hanya menerapkan suatu aturan hukum (undang-undang) yang sesuai dengan peristiwa konkretnya. Lihat buku Sajipto Raharjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, (Bandung: Alumni, 1983).Hlm.37

³⁹ Sajipto Raharjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, (Bandung: Alumni, 1983).Hlm.37

Ruang lingkup kebebasan hakim dalam usaha menemukan hukum telah lama menjadi perdebatan dikalangan para ahli hukum, terutama mengenai kedudukan hakim terhadap perundang-undangan. Perdebatan pandangan dikalangan pakar hukum kemudian melahirkan berbagai aliran hukum. Aliran hukum positivisme memahami hukum sebagai perintah penguasa dan sumber utama hukum adalah undang-undang. Kebebasan hakim terhadap undang-undang hanya sampai batas kebolehan melakukan penafsiran. Hakim menjelaskan fungsi sebagai orang yang melaksanakan undang-undang. Dalam istilah lain, fungsi hakim tidak lebih sebagai terompet undang-undang.⁴⁰

Bagi hakim, menerapkan hukum dan membuat hukum merupakan tugas menemukan hukum, dan kedua-duanya harus dilakukan berdasarkan kasus yang dihadapinya.⁴¹ Hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan hukum tidak ada atau hukum tidak kurang jelas (*ius curia novit*). Dengan asas *ius curia novit*, hakim dianggap orang yang serba tahu hukum, sehingga ia harus menyelesaikan segala yang diajukan kepadanya.

Dalam upaya untuk menemukan hukum terdapat beberapa metode penemuan hukum yang selama ini sudah dikenal, yaitu interpretasi (penafsiran/*hermenetutika*), argumentasi (penalaran/*redenering*), dan eksposisi (kontruksi hukum).⁴²

1. Metode Interpretasi

⁴⁰Soerjono Soekanto, Chalmah Suyanto, dan Hartono Widodo, *Pendekatan Sosiologi Terhadap Hukum*, (Jakarta: Bina Askara, 1988).Hlm.24.

⁴¹Bagir Manan, *Memulihkan Peradilan yang Berwibawa dan Dihormati*, (Jakarta: IKAHI, 2008).Hlm.47.

⁴²Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006).Hlm.78.

Metode interpretasi adalah metode untuk menafsirkan terhadap teks perundang-undangan tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa kongkrit tertentu. Dalam ilmu hukum dan praktek peradilan dikenal beberapa macam metode interpretasi yang meliputi:

- a) Interpretasi subsumptif, yaitu penerapan suatu teks peraturan perundang-undangan terhadap kasus *in concreto* dengan menggunakan silogisme, yakni bentuk berpikir logis dengan mengambil kesimpulan dari hal-hal yang bersifat umum (*premis mayor*) untuk diterapkan ke dalam hal-hal yang bersifat khusus (*premis minor*). Contoh interpretasi subsumptif adalah bahwa suami yang menceraikan istrinya wajib membayar *mut'ah* yang layak kepada bekas istrinya (*premis mayor*). Si Amin menceraikan istrinya (*premis minor*). Kesimpulannya, Amin harus membayar *mut'ah* terhadap istrinya.
- b) Interpretasi gramatikal, yaitu menafsirkan kata-kata atau istilah dalam undang-undang sesuai dengan kaidah hukum tata bahasa yang berlaku. Penafsiran gramatikal menjadi penting adanya karena beberapa undang-undang di Indonesia masih berupa peninggalan pemerintah Belanda, seperti *Burgerlijke Wetboek* (BW), *Wet Boek van Kopenhandel* (WVK), dan *Wet Boek Stafrecht* (WVS). Tidak disangkal lagi, ketika peraturan-peraturan tersebut diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia, maka kadang kala dijumpai beberapa perbedaan rasa dalam kaidah bahasanya. Oleh karena itu, diperlukan interpretasi gramatikal agar bena-benar jelas dan tepat diterapkan pada suatu kasus.

- c) Interpretasi historis, yaitu penafsiran makna undang-undang berdasarkan sejarah hukum ataupun sejarah terjadinya undang-undang. Setiap ketentuan peraturan perundang-undangan mempunyai sejarahnya sendiri. Karena itu, bagi hakim yang perlu mengetahui makna atau kalimat dalam suatu undang-undang, ia dapat menelusuri sejarah kalimat itu dirumuskan saat pembuatan undang-undang.
- d) Interpretasi sosiologis, yaitu melakukan interpretasi makna undang-undang sesuai dengan perkembangan kemasyarakatan. Undang-undang yang sudah ketinggalan harus ditafsirkan dengan cara yang terjadi saat ini. Melalui interpretasi ini, hakim dapat mengkompromikan adanya perbedaan atau kesenjangan antara sifat positif dari hukum (*rechts positiviteit*) dengan kenyataan hukum (*rechts werkelijkheid*). Dengan demikian, metode interpretasi sosiologis ini menjadi sangat penting, agar bunyi undang-undang tidak dianggap usang dan ketinggalan zaman yang akan membuat hukum menjadi asing saat diperkenalkan di masyarakat.
- e) Interpretasi ekstensif, yaitu melakukan penafsiran melebihi batas-batas grammatikal.
- f) Interpretasi restriktif, yaitu melakukan penafsiran mempersempit terhadap bunyi undang-undang sesuai dengan artinya menurut bahasa.
- g) Interpretasi sistematis, yaitu menafsirkan perundang-undangan dengan menghubungkan dengan peraturan perundang-undangan yang lain atau dengan keseluruhan sistem hukum.⁴³

⁴³ Sutiyoso, *Penemuan Hukum*. Hal.109-116.

2. Metode Argumentasi

Metode argumentasi disebut juga dengan metode penalaran hukum, *redenering* atau *reasoning*. Metode ini dipergunakan apabila undang-undangnya tidak lengkap, maka untuk melengkapinya dipergunakan metode argumentasi.⁴⁴ Berkaitan dengan beberapa metode argumentasi tersebut dapat diuraikan lebih lanjut dalam uraian di bawah ini:⁴⁵

- a) Metode Analogi, metode yang memperluas peraturan perundang-undangan yang terlalu sempit ruang lingkungannya, kemudian diterapkan terhadap peristiwa yang serupa, sejenis atau mirip dengan yang diatur dalam undang-undang.
- b) Metode *A Contrario* merupakan cara menjelaskan makna undang-undang dengan didasarkan pada pengertian yang sebaliknya dari peristiwa kongkrit yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang.
- c) Metode *Rechtsverwijning* terkadang peraturan perundang-undangan itu ruang lingkungannya terlalu umum atau luas, maka perlu adanya penyempitan makna agar dapat diterapkan terhadap peristiwa tertentu.

3. Metode Eksposisi

Metode eksposisi tidak lain merupakan metode konstruksi hukum, yaitu metode untuk menjelaskan kata-kata atau membentuk pengertian (hukum).⁴⁶

⁴⁴Sutiyoso, *Penemuan Hukum*. Hal.132.

⁴⁵Sutiyoso, *Penemuan Hukum*. Hal.133-138.

⁴⁶Sutiyoso, *Penemuan Hukum*. Hal.143.

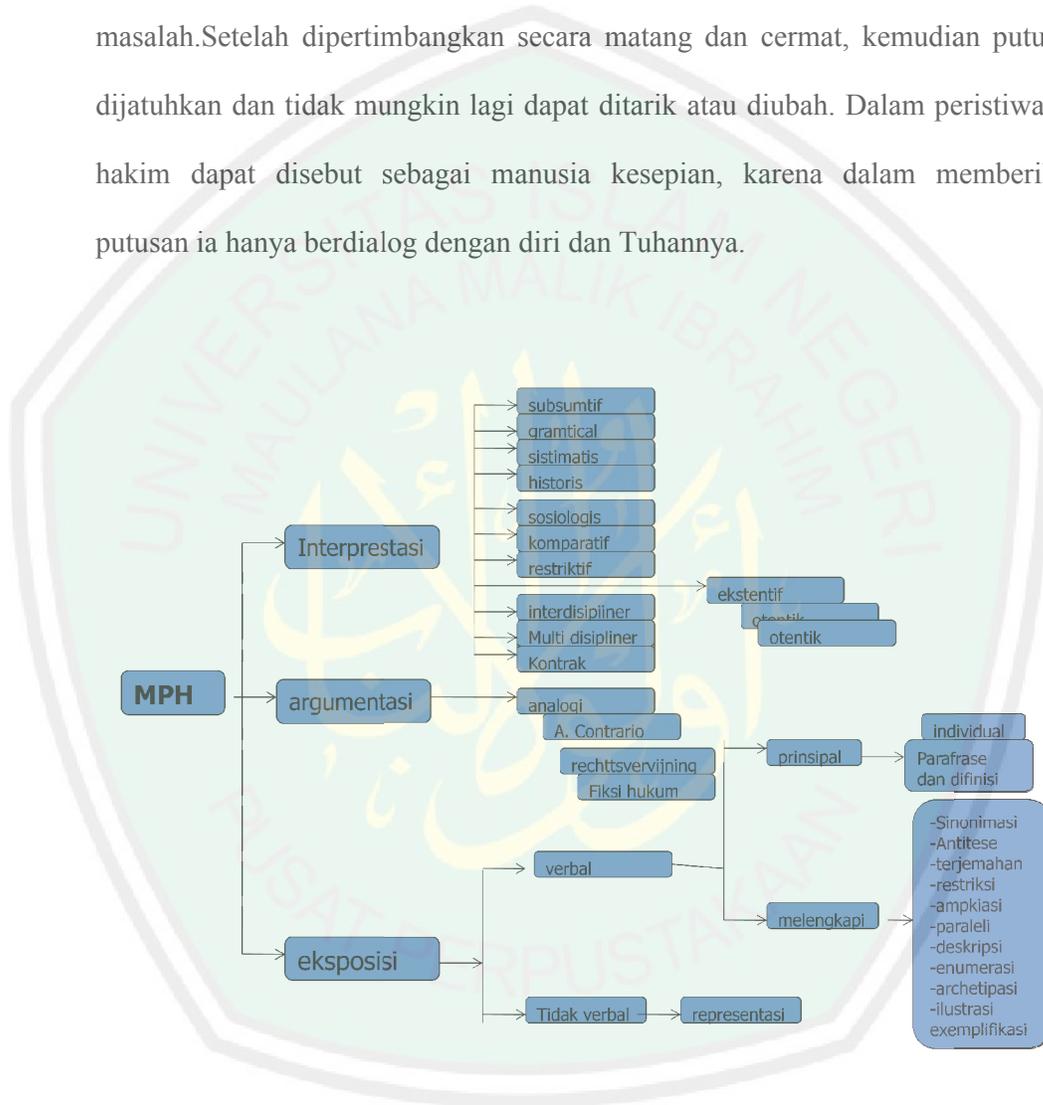
Dalam hukum Islam dikenal juga adanya teori penemuan hukum yang berdasarkan pada kemanfaatan yaitu teori *maslahah mursalah*. Menurut Abd al-Wahhab Khallaf, ada dua istilah yang digunakan para ahli hukum Islam, dengan maksud yang sama, yaitu *maslahah mursalah* sebagai istilah yang digunakan Mazhab Maliki dan *al-istislah* sebagai istilah yang digunakan ulama Mazhab Hambali.⁴⁷ Untuk dapat diterapkannya *maslahah* sebagai metode penemuan hukum, para ulama sepakat untuk menetapkan beberapa syarat. *Pertama*, hendaknya *maslahah* itu bersifat umum, dalam arti benar-benar dapat mendatangkan manfaat bagi manusia secara umum. *Kedua*, *maslahah* tersebut harus benar-benar sejalan dengan maksud dan tujuan syara'. *Ketiga*, hendaknya penggunaan dalil *maslahah* tidak bertentangan dengan dalil hukum syara'. *Keempat*, *maslahah* diterapkan pada kondisi yang tepat, yang seandainya tidak dilakukan, umat berada dalam kesulitan.⁴⁸

Apabila peraturan telah ditemukan, maka harus dibahas secara mendalam. Jika sekiranya kurang jelas, harus diinterpretasikan, dan sekiranya tidak lengkap harus dilakukan argumentasi hukum. Sekiranya terjadi kekosongan hukum, harus dilakukan konstruksi hukum. Setelah peraturan hukum diterapkan pada peristiwa hukum, maka hakim kemudian memulai merumuskan putusan. Menjatuhkan putusan bukan sekedar menerapkan peraturan, namun harus menuangkan, memertimbangkan, dan kemudian mengevaluasi secara cermat. Dalam suatu putusan idealnya harus terpenuhi cita hukum secara proposional yaitu keadilan hukum, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum.

⁴⁷ Abd al-Wahhab Khallaf, *Masadir al-Tasyri al-Islami fi Ma la Nassa Fihi*, (Beirut: Dar al-Qalam, 1970). Hlm. 69.

⁴⁸ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 2000). Hlm. 337.

Tugas hakim adalah memeriksa, mengadili, dan menyelesaikan perkara yang diajukan. Oleh karenanya, tugas hakim tidak terhenti pada penemuan hukum saja, namun bagaimana putusan yang dijatuhkan dapat menuntaskan masalah. Setelah dipertimbangkan secara matang dan cermat, kemudian putusan dijatuhkan dan tidak mungkin lagi dapat ditarik atau diubah. Dalam peristiwa ini hakim dapat disebut sebagai manusia kesepian, karena dalam memberikan putusan ia hanya berdialog dengan diri dan Tuhannya.



E. Legal Reasoning Hakim

Pertimbangan atau *considerans* suatu putusan hakim adalah bentuk pertanggungjawaban kepada masyarakat mengapa hakim itu mengambil suatu keputusan tertentu. *"In order that a trial should be fair, if it is necessary, not only*

correct decision should be reached, but also that it should be seen to be based on reason; and that only can be seen if the judge himself states his reasons” , kata Sir Alfred Denning.⁴⁹ Pasal-Pasal baik dari sumber hukum tertulis maupun tidak tertulis harus dicantumkan. Dalam menghadapi suatu perkara, hakim dianggap tahu akan semua hukum (*ius curia novit*). Jadi soal menemukan hukum adalah urusan hakim, dan bukan menjadi pihak para pihak berperkara. Sumber-sumber untuk menemukan hukum bagi hakim ialah:⁵⁰ perundang-undangan, hukum yang tidak tertulis, putusan desa, yurisprudensi, dan ilmu pengetahuan. Perundang-undangan merupakan produk hukum utama dalam sistem hukum *Civil Law* yang dikeluarkan oleh badan berwenang di Indonesia. Tapi perlu digaris bawahi bahwa sesuai amanat Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman Pasal 5 Ayat (1) “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.”⁵¹

Seperti diuraikan sebelumnya, bahwa hukum materiil yang dipergunakan hakim di Pengadilan Agama masih banyak yang belum diwujudkan dalam bentuk UU. Oleh karena itu, dalam kaitan dengan memutuskan perkara, hakim harus senantiasa mendasarkan pada hukum yang berlaku dalam arti luas, yang meliputi; UU sebagai hukum positif, kebiasaan yang hidup di dalam masyarakat, yurisprudensi, serta pendapat para ahli (doktrin hukum).

⁴⁹Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangannya sejak 1942*, (Jakarta : PT. Gunung Agung, 1973).Hlm.29

⁵⁰Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1982).Hlm.161.

⁵¹ Duwi Handoko, *Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, (Pekanbaru: Hawa dan Ahwa, 2015).Hlm.64.

Hal ini dimaksudkan agar dalam proses peradilan tidak ada celah bagi hakim untuk menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya (*ius curia novit*), artinya hakim dianggap tahu akan hukum, sehingga apapun permasalahan yang diajukan kepadanya, maka ia wajib mencarinya hukumnya. Ia wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ia berperan sebagai pembentuk hukum dan padanya tidak diperkenankan hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*),⁵² dan terpaku pada hukum positif. Penerapan asas ini dalam proses persidangan menjadi sangat penting, karena hakim sebagai organ pengadilan dan *the last resort*, dianggap mengetahui dan memahami hukum., sehingga apabila hakim tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib *berijtihad* dan menggali hukum.⁵³ Mengingat Indonesia adalah negara hukum dengan sistem hukum Romawi (*Romawi Law*) seperti dalam istilah Manan,⁵⁴ dengan mengikuti panutan paradigma positivistik,⁵⁵ maka penggunaan undang-undang sebagai hukum materiil dalam memutuskan perkara mutlak dilakukan.⁵⁶ Akan tetapi pada kenyataannya, untuk lingkungan Peradilan Agama di Indonesia, banyak kompetensi yang diembannya tetapi hukum materiil berupa Undang-

⁵²Taufiq Hamami, *Mengenal Lebih Dekat Kedudukan dan Eksistensi Peradilan Agama dalam Sistem Tata Hukum di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 2003).Hlm.98.

⁵³Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia dari Nalar Partisipatori Hingga Emansipatori*, (Yogyakarta: LkiS, 2005).Hlm.257.

⁵⁴Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006).Hlm.296.

⁵⁵Positivisasi hukum selalu berakibat sebagai proses nasionalisasi dan etatisasi hukum, dalam rangka penyempurnaan kemampuan negara dan pemerintah untuk monopoli kontrak social yang formal, melalui pemberlakuan atau pemberdayaan hukum positif. Niklas Luhman, *A Sociological Theory of Law*, (London: Routledge & Kegan Paul, 1985).Hlm.103-105, sebagaimana dikutip Soetandyo dalam buku *Hukum; Paradigma, Metode dan Pilihan Masalah*, (Jakarta: ELSAM-HUMA, 2002).Hlm.96-97.

⁵⁶Bagi negara dengan system hukum tersebut, berlakulah teori legistik; “ada hukum ada undang-undang, ada undang-undang ada hukum”. Sehingga, melanggar hukum adalah melanggar undang-undang, keputusan atas pelanggaran tersebut, juga harus didasarkan pada undang-undang.

undang. Karena itu, penggunaan yurisprudensi dalam memutuskan perkara juga bisa dilakukan oleh para hakim.

Namun, sehubungan negara hukum Indonesia menganut sistem Eropa Kontinental, maka penggunaan yurisprudensi ini tidak mengenal asas *the binding force of precedent*, yaitu hakim terikat oleh yurisprudensi dan harus mengikutinya, atau putusan hakim yang ada sebelumnya.⁵⁷ Akan tetapi menganut *the persuasive force of precedent*, yaitu hakim dapat memperhatikan putusan-putusan hakim sebelumnya dalam rangka dijadikan pedoman memutuskan suatu perkara. Dengan kata lain, penggunaan yurisprudensi dalam proses persidangan terutama untuk dijadikan pertimbangan putusan bukan hal yang mutlak.⁵⁸ Dalam kaitan ini, menurut Gani Abdullah, salah satu strateginya adalah hakim harus memiliki dan mampu mengaplikasikan metode penemuan hukum (*rechtsvinding law*). Jika ada kasus yang dihadapi belum ada hukumnya, ia wajib menciptakan (*rechtsschepping*) hukum baru dengan ijtihâd dan mengambil preseden hukum yang hidup di masyarakat (*living law*).⁵⁹

Secara teoritis, penemuan hukum adalah “cara menemukan aturan yang sesuai untuk peristiwa hukum tertentu, dengan cara penyelidikan yang sistematis terhadap aturan dengan menghubungkan antara satu aturan dengan aturan

⁵⁷Bagir Manan, *Sistem Peradilan Berwibawa, Suatu Pencarian*, (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2004).Hlm.12.

⁵⁸Yurisprudensi menjadi tawaran dan alternative bagi negara dengan system Romawi (Eropa Kontinental), sepanjang masih ada sumber hukum lain, terutama hukum tertulis baik berupa undang-undang maupun peraturan lainnya.Karena itu, keberlakuan yurisprudensi tidak bersifat mutlak. Bagir Manan, *Sistem Peradilan Berwibawa*,Hlm.16.

⁵⁹Abdul Gani Abdullah, *Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, h. 36.

lainnya”.⁶⁰ Karena itu, penemuan hukum sebenarnya merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim terhadap peristiwa-peristiwa hukum konkrit.⁶¹ Dalam pandangan Bambang Sutyoso penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum oleh subyek atau pelaku penemu hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu yang dapat dibenarkan oleh ilmu hukum seperti, interpretasi, penalaran, eksposisi dan lain sebagainya.⁶²

Dalam kaitan hakim sebagai penemu dan pembuat hukum, Bentham berpendapat bahwa “pembentuk hukum dan undang-undang hendaknya dapat melahirkan undang-undang dan putusan yang dapat mencerminkan keadilan bagi semua individu. Dengan berpegang pada prinsip ini, hukum yang dihasilkan hendaknya memberikan manfaat dan kebahagiaan terbesar bagi masyarakat”.⁶³ Ia juga menegaskan bahwa; “hukum dan moral merupakan dua hal yang tidak bisa dipisahkan. Hukum harus bermuatan moral dan moral harus bermuatan hukum, mengingat moral itu merupakan salah satu sendi utama kehidupan manusia yang berakar pada kehendaknya, maka hukum yang efisien dan efektif adalah yang bisa memberikan kebahagiaan sebesar-besarnya kepada masyarakat luas”.⁶⁴

⁶⁰N.E. Algra, dkk., *Kamus Istilah Hukum Fockema Andrea Belanda Indonesia*, diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Saleh Adiwinata, dkk. Dari judul asli *Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, (Bimacipta, Jakarta, 1983)Hlm.455.

⁶¹Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 1998).Hlm.26.

⁶²Dr. Bambang Sutyosos, S.H., M.Hum, *Metode Penemuan Hukum*, cet ke-5 (Yogyakarta: UII Press, 2015).Hlm.50.

⁶³Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, (Bandung: Mandar Maju, 1988).Hlm.37

⁶⁴Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam*.Hlm.20-21

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian.

Jenis penelitian ini dikenal dengan penelitian lapangan. Peneliti menggambarkan secara detail dan mendalam tentang suatu keadaan atau fenomena dari objek penelitian yang diteliti dengan cara mengembangkan konsep sertamenghimpun kenyataan yang ada.⁶⁵

Dalam penelitian ini, peneliti langsung terjun kelapangan untuk memperoleh informasi dari para informan yaitu para hakim yang berada di Pengadilan Agama Kota Malang khususnya yang memerikasa perkara Nomor: 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg dan Pakar hukum Islam.

B. Pendekatan Penelitian.

Pendekatan penelitian adalah metode atau cara mengadakan penelitian.⁶⁶Dari ungkapan tersebut jelas bahwa yang dikehendaki adalah suatu informasi dalam bentuk deskripsi dan menghendaki makna yang berada di balik bahan hukum. Sesuai dengan jenis penelitiannya yakni penelitian hukum normatif, dalam penelitian ini penyusun menggunakan pendekatan kasus (*Case approach*)⁶⁷, pendekatan perundang-undangan⁶⁸, dan pendekatan konsep⁶⁹

Dalam menggunakan pendekatan kasus ini yang perlu dipahami adalah *ratio decidendi*, yaitu alasan-alasan hukum yang digunakan oleh hakim untuk

⁶⁵ Amiruddin, dan H. Zainal Asikin., *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2004).Hlm.133.

⁶⁶ Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian: Suatu Pendekatan Praktek* (Jakarta: Rieneka Cipta, 2002).Hlm 23.

⁶⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta:Kencana, 2005).Hlm. 93-96

⁶⁸ Marzuki, *Penelitian Hukum*.Hlm.302.

⁶⁹ Marzuki, *Penelitian Hukum*.Hlm.306.

sampai pada putusannya. *Ratio decidendi* ini lah yang menunjukkan bahwa ilmu hukum merupakan ilmu prespektif bukan deskriptif. Oleh karena itu pendekatan ini merujuk pada *ratio decidendi*.

Suatu penelitian putusan hakim tentu juga menggunakan pendekatan perundang-undangan, karena yang akan diteliti adalah sebagai aturan hukum yang menjadi fokus sekaligus tema sentral suatu penelitian. Untuk itu penelitian harus melihat hukum sebagai sistem tertutup yang mempunyai sifat-sifat *comprehensive, all-inclusive, dan systematic*.⁷⁰

Dalam penelitian ini selain menggunakan pendekatan kasus dan pendekatan perundang-undangan, peneliti juga menggunakan pendekatan konsep yang merupakan integrasi mental atas dua atau lebih yang diisolasikan menurut cirri khas dan disatukan dengan devinisi yang khas.

C. Sumber Data.

Menurut Lofland sebagaimana dikutip oleh Lexy J.Meleong, sumber data utama dalam penelitian kualitatif ialah kata-kata dan tindakan, selebihnya adalah tambahan seperti dokumen dan lain-lain.⁷¹Sumber data dalam penelitian ini ada dua macam, yaitu: sumber data primer dan sumber data sekunder.

1. Sumber data primer adalah sumber data yang diperoleh dari sumber utama.

Sumber utama dalam penelitian ini adalah para hakim yang menjadi informan dan pakar hukum Islam. Adapun informan yang akan peneliti wawancarai, yakni:

- 1) Dra.Hj. Rusmulyani, M.H.

⁷⁰Marzuki, *Penelitian Hukum*.Hlm.303.

⁷¹ Meleong J Lexy, *Metodelogi Penelitian Kualitatif*.(Bandung: Remaja Rosdakarya, 2009).Hlm.4

- 2) Dr. Musthofa, S.H., M.H
 - 3) Drs. Munasik, M.H
 - 4) Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag.
 - 5) Dr. KH. Dahlan Tamrin, M.Ag
2. Sumber data Sekunder merupakan sumber data yang menunjang sumber data primer dalam penelitian yang akan memperkuat penjelasan di dalamnya, di antaranya:
- 1) Putusan Mahkamah Konstitusi No.46/PUU-VIII/2010
 - 2) Putusan Majelis Hakim No. 0247/Pdt.P/2010/PA.Mlg
 - 3) Metode Penemuan Hukum (Bambang Sutiyoso)
 - 4) Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif (Ahmad Rifai S.H., M.H)
 - 5) Hermeneutika Hukum (Jazim Hamidi)
 - 6) Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum (B.Arief Sidharta)
3. Sumber data tersier merupakan sumber data yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti Kamus Hukum (Drs.M.Marwan & Jimmy P.S.H), Ensiklopedia Hukum Islam (Abdul Aziz Dahlan), dan Kamus Besar Bahasa Indonesia.

D. Teknik Pengumpulan Data.

1. Wawancara

Wawancara adalah proses memperoleh keterangan untuk tujuan penelitian dengan cara Tanya jawab, sambil bertatap muka antara peneliti dengan informan yang terkait. Wawancara yang peneliti lakukan menggunakan tidak

terstruktur, artinya pedoman wawancara hanya dibuat dengan garis besar yang akan dipertanyakan.

2. Dokumentasi

Dokumentasi merupakan teknik pengumpulan data yang tidak langsung ditujukan pada subjek penelitian namun melalui teknik dokumen. Dokumen yang didapatkan oleh peneliti adalah transkrip, buku-buku, surat kabar, jurnal, dan sebagainya. Seperti halnya putusan PA kota Malang, dan beberapa referensi yang peneliti telah sebutkan.

E. Teknik Analisis Data.

Dari data yang sudah didapat dari lapangan melalui proses wawancara dan dokumentasi dioalah dan disusun melalui beberapa tahap untuk membentuk sebuah kesimpulan dan analisis yang tepat. Tahapan-tahapan pengolahan dan analisis data adalah pengeditan, klasifikasi, verifikasi dan analisis.

1. Pengeditan

Proses penelitian kembali terhadap catatan, berkas-berkas, informasi yang dikumpulkan. Dengan harapan dapat meningkatkan mutu kehandalan data mengenai dasar pertimbangan majelis hakim Pengadilan Agama Kota Malang dalam menerapkan putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 dalam perkara No: 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg, yang hendak dianalisis. Peneliti menganalisis kembali data-data yang sudah terkumpul, sehingga data yang diperoleh dengan segera dapat dipisahkan untuk proses selanjutnya.

2. Klasifikasi

Merupakan usaha untuk mempermudah menganalisis mengklasifikasi berbagai kategori.⁷² Peneliti menelaah secara mendalam seluruh data yang diperoleh, lalu mengklasifikasikan keberbagai kategori sesuai data yang dibutuhkan untuk mempermudah dalam menganalisis.

3. Verifikasi

Verifikasi adalah pembuktian kebenaran data untuk menjamin validitas data yang telah terkumpul. Verifikasi ini dilakukan dengan cara menemui sumber data (informan) dan memberikan hasil wawancara denganya untuk ditanggapi apakah data tersebut sesuai dengan yang diinformasikan olehnya atau tidak.

4. Analisis

Agar data yang telah diklasifikasikan dapat dipahami dengan mudah, maka tahap selanjutnya menganalisa data yang telah diperoleh untuk dipaparkan kembali. Dalam hal ini peneliti menganalisis data dari beberapa buku sebagai referensi, kemudian memadukannya dengan hasil penelitian lapangan. Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan jenis deskriptif analisis.

F. Pengecekan Keabsahan Data

Pengujian keabsahan data dalam penelitian ini menggunakan teknik triangulasi, dengan cara membandingkan apa yang dikatakan dengan apa yang diterapkan oleh informan dalam hal ini khususnya majelis hakim. Selain itu,

⁷²Amirudin, Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2006).Hlm.168.

triangulasi dalam penelitian ini dilakukan dengan membandingkan hasil wawancara terhadap data sekunder yang telah didapatkan.⁷³



⁷³Lexy J. Moleong, *Metodologi*.Hlm.330.

BAB IV
PAPARAN DATA

A. Data Perkara Asal-Usul Anak 2014-2015 di PA Malang

Menurut data dari hasil penelitian, perkara asal-usul anak yang diputuskan pada tahun 2014-2015 sejumlah 56 perkara. Tahun 2014 ada 21 putusan sedangkan pada Tahun 2015 ada 35 putusan. Dalam penelitian ini, penyusun mengambil 9 sampel, 4 perkara tahun 2014 dan 4 perkara di tahun 2015. Adapun sampel perkara poligami pada tahun 2014 dan 2015 adalah:

Tabel 4.1

DATA PERKARA TAHUN 2014			
NO	NOMOR PERKARA	STATUS PERKARA	STATUS ANAK DALAM PERKARA
1	0004/Pdt.P/2014/PA.Mlg	Dikabulkan	Anak sah dari pernikahan siri
2	0152/Pdt.P/2014/PA.Mlg.	Dikabulkan	Anak sah dari pernikahan siri
3	0283/Pdt.P/2014/PA Mlg	Dikabulkan	Anak sah dari pernikahan siri
4	0371/Pdt.P/2014/PA.Mlg	Dikabulkan	Anak sah dari pernikahan siri
5	0377/Pdt.P/2014/PA.Mlg.	Dikabulkan	Anak sah dari

			pernikahan siri
DATA PERKARA TAHUN 2015			
NO	NOMOR PERKARA	STATUS PERKARA	STATUS ANAK DALAM PERKARA
1	0038/Pdt.P/2015/PA.Mlg.	Dikabulkan	Anak sah dari pernikahan siri
2	0142/Pdt.P/2015/PA.Mlg.	Dikabulkan	Anka lahir karena perkawinan yang rusak
3	0429/Pdt.P/2015/PA.Mlg	Dicabut	-
4	0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg	Diakbulkan Sebagai Anak biologis	Anak Zina

Dari paparan data di atas dapat disimpulkan bahwa rata-rata perkara asal-usul anak yang masuk ke Pengadilan Agama kota Malang adalah perkara yang status anaknya lahir dari pernikahan siri. Adapun status hukum dari perkara-perkara tersebut rata-rata dikabulkan.

B. Kronologi Perkara No: 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg.

Penelitian ini diangkat dari sebuah kasus yang pernah ditangani oleh Pengadilan Agama kota Malang, yang terdaftar dengan nomor registrasi 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg. Adapun duduk perkaranya sebagai berikut:

Dalam perkara ini hakim yang memeriksa dan mengadili adalah sebagai berikut yaitu: Dra.Hj. RUSMULYANI, M.H sebagai hakim ketua, dan Dra. Hj.

SRIYANI, M.H sebagai hakim anggota I, serta MUSTHOFA, S.H., M.H sebagai hakim anggota II.

Perkara asal usul anak ini diajukan oleh suami dan istri dengan identitas sebagai berikut;

1. PEMOHON I, umur 36 tahun, Agama Islam, pekerjaan swasta (buruh bangunan), tempat tinggal Jalan Kota Malang, selanjutnya disebut "PEMOHON I";
2. PEMOHON II umur 27 tahun, Agama Islam, pekerjaan swasta (Pembantu Rumah Tangga), tempat tinggal di Jalan, Kota Malang, selanjutnya disebut "PEMOHON II";

Perkara yang diajukan oleh pemohon satu dan pemohon dua bersifat permohonan. Sehingga dalam perkara ini tidak ada yang namanya tergugat melainkan jika perkara ini dikabulkan maka putusan yang dijatuhkan oleh Pengadilan berupa penetapan. Dalam surat permohonan juga terdapat sebuah fakta hukum yang menjadi landasan agar permohonan itu dikabulkan. Seperti halnya surat permohonan yang diajukan oleh pemohon satu dan pemohon dua yang mempunyai fakta hukum, yakni:

1. Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II telah melangsungkan perkawinan menurut agama Islam pada tanggal 20 Januari tahun 2010 di wilayah Kelurahan Pandanwangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang dengan wali bapak kandung Pemohon II yang bernama AYAH KANDUNG PEMOHON II disaksikan SAKSI NIKAH I dan SAKSI NIKAH II serta maskawin Rp.100.000 (seratus ribu rupiah) tunai;

2. Bahwa, dalam perkawinan tersebut Pemohon I dan Pemohon II telah melakukan hubungan layaknya suami istri dan telah dikaruniai seorang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 di RSUD Kota Malang;
3. Bahwa, kelahiran anak Pemohon I dan Pemohon II yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 tersebut tidak dapat dibuatkan akta kelahirannya, karena perkawinan Pemohon I dan Pemohon II sampai anak tersebut lahir belum dicatatkan di Kantor Urusan Agama Kecamatan Blimbing Kota Malang;
4. Bahwa, selanjutnya Pemohon I dan Pemohon II mencatatkan perkawinan di KUA Kecamatan Blimbing Kota Malang pada tanggal 13 September 2013 berdasarkan Kutipan Akta Nikah Nomor :, tanggal 13 September 2013, namun demikian adanya akta nikah tersebut tidak dapat dijadikan dasar dikeluarkannya akta kelahiran bagi anak Pemohon I dan Pemohon II yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010;
5. Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II sangat membutuhkan penetapan Pengadilan tentang asal-usul anak tersebut sebagai dasar dikeluarkannya Akta Kelahiran bagi anak yang bersangkutan dan Pemohon I dan Pemohon II sanggup mengajukan bukti-bukti tentang asal-usul anak tersebut;
6. Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II sanggup membayar semua biaya yang timbul dalam perkara ini;

Dari paparan fakta hukum diatas dapat disimpulkan bahwa alasan pemohon mengajukan permohonan dikarenakan anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah secara hukum. Sehinggaakta kelahiran untuk anak yang dilahirkan tidak bisa dibuat atau diproses tanpa adanya penetapan dari Pengadilan.

Dari landasan fakta hukum tersebut pemohon satu dan pemohon dua mengajukan permohonan penetapan yang terdiri dari:

- Mengabulkan permohonan Pemohon I dan Pemohon II;
- Menetapkan anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II lahir pada tanggal 02 Mei 2010, adalah anak dari Pemohon I dan Pemohon II ;
- Memerintahkan Pegawai Pencatat Kelahiran/Kantor Catatan Sipil Kota Malang untuk mengeluarkan Akta Kelahiran anak tersebut yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010;
- Membebaskan biaya perkara sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Stelah mengajukan surat permohonan dimuka persidangan maka kewajiban pemohon satu dan dua ia melakukan pembuktian dengan menghadirkan para saksi. Dalam perkara ini baik pemohon satu dan pemohon dua mendatangkan dua orang saksi sebagai penguat alat bukti agar permohonan dapat dikabulkan. Adapun hasil keterangan saksi dalam perkara ini adalah: bahwa Pemohon I dan Pemohon II menikah secara sirri pada tanggal 20 Januari 2010 di Kelurahan Pandanwangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang, Pemohon I berstatus duda tetapi belum resmi bercerai dan Pemohon II juga janda tetapi belum resmi bercerai,dalam pernikahan

Pemohon I dan Pemohon II telah dikaruniai 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, yang hingga sekarang anak tersebut tetap tinggal bersama dan dalam pemeliharaan Pemohon I dan Pemohon II.

Setelah pemohon satu dan pemohon dua menyampaikan semua alat bukti di persidangan maka selanjutnya tugas hakim yang menilai alat-alat bukti baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Adapun penilaian hakim dalam putusan penetapan tertera pada pertimbangan-pertimbangan majlis hakim, yakni:

1. Menimbang, bahwa maksud dan tujuan diajukannya permohonan ini adalah sebagaimana tersebut di atas.
2. Menimbang, bahwa dalam permohonannya domisili Pemohon I dan Pemohon II berada pada yurisdiksi Pengadilan Agama Kota Malang, sesuai Pasal 49 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan terakhir dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, maka perkara ini merupakan kewenangan relatif Pengadilan Agama Kota Malang.
3. Menimbang, bahwa dalil permohonan Pemohon menyatakan Pemohon I dan Pemohon II beragama Islam, oleh karena itu berdasarkan Pasal 63 Ayat (1) huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 1 huruf (b) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, karenanya Pengadilan Agama berwenang memeriksa dan mengadili serta memutus perkara a quo.

4. Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II dalam permohonannya pada pokoknya memohon kepada Majelis Hakim agar dapat menetapkan asal usul 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 adalah anak dari Pemohon I dan Pemohon II, dengan mengemukakan alasan sebagaimana termuat dalam surat permohonannya yang telah dicantumkan dalam tentang duduk perkaranya di atas, adalah secara formal telah memenuhi sebagaimana sebuah surat permohonan perdata, sehingga perkaranya dapat diterima untuk dipertimbangkan.
5. Menimbang, bahwa berdasarkan bukti bertanda P.1., P.2, P.3, P.4 dan P.5 yang diajukan oleh Pemohon I dan Pemohon II bermaterai cukup dan telah dicocokkan serta sesuai dengan aslinya, sehingga Majelis Hakim menilai alat bukti tertulis tersebut sah sebagai alat bukti berdasarkan Pasal 1888 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Pasal 2 ayat (3) Undang-Undang Nomor 13 tahun 1985 tentang Bea Meterai serta Pasal 2 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perubahan Tarif Bea Meterai dan Besarnya Batas Pengenaan Harga Nominal Yang Dikenakan Bea Meterai.
6. Menimbang, bahwa alat bukti P.1, P.2, P.3, P.4, dan P.5 tersebut merupakan akta autentik yang dibuat oleh pejabat yang berwenang, dan isinya tersebut tidak dibantah, maka nilai kekuatan pembuktiannya adalah bersifat sempurna dan mengikat berdasarkan Pasal 1870 KUH Perdata dan Pasal 165HIR.
7. Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II di persidangan telah pula menghadirkan bukti 2 (dua) orang saksi yakni **SAKSI I** dan **SAKSI II** untuk

menguatkan kebenaran alasan permohonannya, yang mana dari keterangan para saksi tersebut saling bersesuaian dan mendukung dalil permohonan Pemohon I dan Pemohon II, bahwa Pemohon I dan Pemohon II menikah secara sirri pada tanggal 20 Januari 2010 di Kelurahan Pandanwangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang, Pemohon I berstatus duda tetapi belum resmi bercerai dan Pemohon II juga janda tetapi belum resmi bercerai, dalam pernikahan Pemohon I dan Pemohon II telah dikaruniai 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, yang hingga sekarang anak tersebut tetap tinggal bersama dan dalam pemeliharaan Pemohon I dan Pemohon II, maka secara formal keterangan para saksi dapat dijadikan sebagai bukti dalam perkara ini.

8. Menimbang, bahwa dari fakta yang terungkap dipersidangan, dari dalil permohonan Pemohon I dan Pemohon II dihubungkan dengan alat-alat bukti tertulis (P.2) dan diperkuat dengan keterangan para saksi terbukti bahwa 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, telah dilahirkan oleh ibu kandungnya yakni Pemohon II (PEMOHON II) setelah terjadinya pernikahan secara sirri (di bawah tangan) dengan Pemohon I di wilayah Kelurahan Pandan Wangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang, dan pada tanggal 13 September 2013 Pemohon I dan Pemohon II kembali menikah dan tercatat secara resmi di Kantor Urusan Agama Kecamatan Blimbing, Kota Malang.
9. Menimbang, bahwa pernikahan sirri Pemohon I dengan Pemohon II yang terjadi pada tanggal 20 Januari 2010 adalah pernikahan yang dilakukan di luar

pengawasan Pegawai Pencatat Nikah, yang oleh karenanya tidak mempunyai kekuatan hukum (Pasal 5 dan 6 Kompilasi Hukum Islam).

10. Menimbang, bahwa memperhatikan bukti P.5 (Pemohon II telah bercerai dengan Widiyanto/suami terdahulu dengan Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1409/Pdt.G/2009/PA Mlg. tanggal 6 Juli 2010 dengan Akta Cerai Nomor : 989/AC/2010/PA Mlg tanggal 23 Agustus 2010) dihubungkan dengan keterangan para saksi Pemohon I dan Pemohon II dipersidangan bahwa ketika terjadinya pernikahan sirri Pemohon I berstatus duda tetapi belum resmi bercerai dan Pemohon II juga janda tetapi belum resmi bercerai.
11. Menimbang, bahwa dari fakta tersebut di atas Majelis Hakim menilai bahwa ketika Pemohon I dan Pemohon II melangsungkan pernikahan sirri pada tanggal 20 Januari 2010, Pemohon II masih terikat pernikahan sebagai suami istri yang sah dengan seorang laki-laki bernama Widiyanto bin Bahrim, karena perceraian Pemohon II dengan Widiyanto bin Bahrim/suami terdahulu baru terjadi dengan Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1409/Pdt.G/2009/PA Mlg. tanggal 6 Juli 2010 dengan Akta Cerai Nomor : 989/AC/2010/PA Mlg tanggal 23 Agustus 2010, oleh karenanya pernikahan sirri Pemohon I dengan Pemohon II yang terjadi pada tanggal 20 Januari 2010 adalah pernikahan yang tidak sah dan terlarang serta tidak mempunyai kekuatan hukum.
12. Menimbang, bahwa akibat dari hubungan Pemohon I dengan Pemohon II telah lahir seorang anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, dan akibat hukum dari peristiwa tersebut

adalah hubungan hukum yang terdapat didalamnya hak dan kewajiban yang melekat secara timbal balik dan subyek hukumnya meliputi anak, ibu dan ayah biologisnya.

13. Menimbang, bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan hukum/hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena anak tersebut lahir bukan dari perkawinan yang sah sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, namun meskipun demikian anak tetap mempunyai hak.
14. Menimbang, bahwa syari'at Islam berupaya agar masyarakat dan atau orang-orang yang menyebabkan lahirnya anak tidak sah dapat memelihara atau menyelamatkan anak tersebut agar tidak terlantar (vide Abu Malik bin As Sayyid Salim Shabi, Fiqh Sunah lengkap hal. 63).
15. Menimbang, bahwa setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, meskipun dia anak biologis berhak untuk dibesarkan dan disejahterakan oleh orang tuanya sendiri, anak berhak memperoleh pendidikan, pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya (vide Pasal 7 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002).
16. Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, dari fakta yang terungkap dipersidangan dihubungkan dengan prinsip-prinsip hukum Islam tentang perlindungan anak dan dihubungkan dengan Undang-Undang Perlindungan Anak dan dihubungkan pula dengan pendapat ahli hukum, dan berdasarkan ketentuan Pasal 55 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 1

tahun 1974, dan Pasal 103 ayat (1) dan (2) Kompilasi Hukum Islam, maka Majelis Hakim dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul 1 (satu) orang anak yang dimohonkan oleh Pemohon I dan Pemohon II.

17. Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II telah tinggal dan menetap dan atau tercatat sebagai warga/penduduk Kota Malang, maka berdasarkan ketentuan Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974, dan Pasal 103 ayat (3) Kompilasi Hukum Islam, maka penetapan ini dapat dijadikan dasar atau rujukan bagi Kantor Kependudukan dan Catatan Sipil Kota Malang untuk menerbitkan Akta Kelahiran anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 tersebut di atas.

18. Menimbang, bahwa perkara asal usul anak ini termasuk dalam bidang perkawinan, maka menurut Pasal 89 ayat (1) undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, kemudian dirubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006, Undang-Undang 50 Tahun 2009, perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, seluruh biaya perkara ini dibebankan kepada Pemohon I dan Pemohon II.

Dari pertimbangan-pertimbangan tersebut, majelis hakim memustus perkara dengan menetapkan sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon I dan Pemohon II;
2. Menetapkan anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 adalah anak Pemohon II (PEMOHON II) dan anak

biologis dari seorang laki-laki bernama PEMOHON I (Pemohon I) sesuai dengan Akta Nikah Nomor :, tanggal 13 September 2013;

3. Memerintahkan kepada Pemohon I dan Pemohon II untuk mencatatkan penetapan ini di Kantor Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil Kota Malang;
4. Membebankan kepada Pemohon I dan Pemohon II untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 241.000,- (dua ratus empat puluh satu ribu rupiah);

Dari putusan tersebut dapat disimpulkan bahwa majelis hakim mengabulkan permohonan pemohon yang menetapkan pemohon dua sebagai orang tua kandung dan pemohon satu sebagai orang tua biologis. Hal ini dikarenakan dalam pertimbangannya majelis hakim melihat pernikahan siri yang dilakukan oleh pemohon satu dan pemohon dua tidak sah dikarenakan baik pemohon satu dan pemohon dua, masing-masing masih mempunyai ikatan perkawinan dengan orang lain.

C. Pertimbangan Hakim dalam Perkara No: 274/Pdt.P/2015/PA.Mlg Tentang Anak di Luar Kawin Pasca Putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 dan Pandangan Pakar Hukum Islam Tentang Anak di Luar Kawin

Dalam pemaparan data terkait pandangan hakim, peneliti mewawancarai tiga orang hakim. Mereka adalah Dra.Hj Rusmulyani, M.H sebagai ketua majelis hakim dalam perkara 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg. Musthofa, S.H., M.H selaku hakim anggota dalam perkara 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg dan Drs. Munasik M.H selaku hakim yang pernah memutus perkara tentang asal-usul anak. Untuk selengkapnya peneliti uraikan seperti dibawah ini:

Tabel 4.2

NO	Nama	Profesi	Keterangan
1	Dra.Hj. Rusmulyani, M.H	Hakim	Ketua Majelis hakim dalam perkara 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg
2	Musthofa, S.H., M.H	Hakim	Hakim Anggota dalam perkara 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg
3	Drs. Munasik, M.H	Hakim	Mantan Hakim PA Malang yang pernah memutus kasus anak diluar nikah.

Hakim yang pertama kali peneliti wawancara adalah Dra.Hj Rusmulyani, M.H sebagai ketua majelis hakim. Dalam pandangannya beliau membedakan antara anak yang lahir dari pernikahan dengan anak yang lahir tanpa adanya pernikahan. Selengkapnya adalah sebagaimana pernyataan beliau berikut ini;

“Mengenai proses perkara baik perkara apapun itu semuanya sama, yang membedakan adalah pembuktian dipersidangan. Melihat perkara ini baik pemohon satu dan pemohon dua ternyata masih mempunyai hubungan dengan orang lain sehingga majelis hakim memandang pernikahan itu tidak sah atau pernikahan yang terlarang.”⁷⁴

Berdasarkan pernyataan di atas dapat dipahami bahwa menurut hakim ada perbedaan anatara anak yang lahir karena adanya pernikahan dengan anak yang lahir tanpa adanya pernikahan yakni dalam hak keperdataan dan bunyi amar putusan.

Dari pertanyaan diatas selanjutnya peneliti melanjutkan pertanyaan terkait posisi perkara dengan No: 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg. Adapun uraian beliau sebagaimana berikut;

“Sebenarnya dalam kasus ini baik pemohon satu dan dua telah melakukan siri dan dikaruniai anak. Karena siri dan dikaruniai anak tersebut pemohon satu dan dua mengajukan permohonan tentang penetapan anak ini. Akan tetapi dalam persidangan muncul bukti bahwa pemohon satu dan dua ternyata masih mempunyai ikatan pernikahan dengan yang lain karena

⁷⁴ Dra. Hj. Rusmulyani, M.H, *Wawancara*, Malang, 13-05-2016.

masih dalam proses perceraian. Maka dari itu kami majelis hakim menyimpulkan kalau itu pernikahan terlarang yang pada akhirnya kami sepakat bahwa anak yang dihasilkan merupakan anak hasil diluar nikah.”⁷⁵

Uraian di atas dapat disimpulkan bahwa majelis hakim dalam memandang posisi perkara sepakat bahwa pernikahan yang dilakukan para pihak merupakan pernikahan yang terlarang dan menyimpulkan bahwa anak yang dihasilkan juga merupakan anak dari pernikahan yang tidak sah.

Setelah mendapatkan penjelasan posisi perkara, peneliti menanyakan perihal tentang apa yang dimaksud dengan anak diluar kawin, menurut ibu Rusmulyani bahwa anak diluar kawin adalah anak yang dilahirkan tanpa adanya suatu perkawinan atau pernikahan. Sebagaimana penjelasan berikut ini;

“Untuk memahami apa yang dimaksud dengan anak diluar kawin saya merujuk pada fiqh dari pada undang-undang, karena undang-undang tidak member penjelasan yang pasti. Bahwa anak diluar kawin merupakan anak yang dihasilkan dari hubungan laki-laki dan wanita tanpa adanya pernikahan.”⁷⁶

Sedangkan menurut bapak munasik yang dimaksud dengan anak diluar kawin adalah sebagai berikut;

“untuk mendefinikan apa yang dimaksud dengan anak diluar kawin harus mendefinisikan apa itu perkawinan yang sah. Terjadi ikhtilaf diantara para hakim terkait pasal 2 UU No 1 Tahun 1974, ada yang mendefinis antara ayat yang satu dengan ayat dua sebagai kesatuan ada yang menafsirkan dua hal yang terpisah dan ini menjadi mayoritas. Dari sini terjadi definisi berbeda pula terkait apa yang dimaksud dengan anak diluar kawin. Bagi yang menafsirkan ayat dalam pasal dua menjadi kesatuan maka yang dimaksud dengan anak diluar kawin adalah anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat, sedangkan yang menafsirkan ayat yang berada pada pasal dua bukan suatu kesatuan mendefinisikan anak diluar kawin adalah anak yang lahir tanpa adanya pernikahan. Kalau saya pribadi mendefinisikan anak diluar kawin merupakan anak yang dihasilkan tanpa adanya pernikahan atau anak hasil zina, ini karna merujuk pada fiqh. Menurut fiqh anak yang dilahirkan dari pasangan yang masih terikat pernikahan dengan pasangan yang lain disebut anak zina mukhsan,

⁷⁵ Musthofa, S.H., M.H, *Wawancara*, Malang, 15-05-2016.

⁷⁶ Dra. Hj. Rusmulyani, M.H, *Wawancara*, Malang, 13-05-2016.

sedangkan anak yang dilahirkan oleh pasangan yang tanpa adanya ikatan dengan orang lain dan pasangan tersebut juga tidak punya ikatan diantaranya maka anak tersebut anak zina ghairu mukhsan.”⁷⁷

Dari uraian ibu rusmulyani dan bapak munasik dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud anak diluar kawin adalah anak yang lahir tanpa adanya proses pernikahan yang sah secara agama.

Peneliti selanjutnya menanyakan perihal dasar hukum dalam memutuskan tentang anak diluar kawin. Menurut beliau terjadi perbedaan pandangan terkait dikabulkan atau ditolak permohonan tersebut. Dalam hal ini hakim yang bersangkutan cenderung menolak sebagaimana pernyataan beliau berikut ini;

“Sebenarnya dari tiga hakim yang ada di dalam majelis terjadi beda pendapat, dua hakim menerima dan saya pribadi menolak, akan tetapi karena beberapa pertimbangan akhirnya saya menerimanya dan kebetulan saya sebagai ketua majelis. Adapun alasan saya menolak dikarenakan anak yang dilahirkan adalah anak hasil dari pernikahan terlarang atau zina yang mengakibatkan jika ditermia dikhawatirkan berdampak pada waris dan wali. Sehingga untuk menanggulangi kekhawatiran saya tersebut maka saya berinisiatif untuk memberikan pemahaman kepada para pihak bahwasannya putusan yang dijatuhkan itu hanya berdampak pada akta kelahiran dan tidak berdampak pada hak-hak keperdataan.”⁷⁸

Uraian diatas dapat disimpulkan bahwa hakim yang bersangkutan lebih cenderung memilih hukum Islam dikarenakan tidak berani mengambil resiko yang nantinya berdampak pada hak-hak keperdataan seperti wali dan waris. Akan tetapi ketika putusan dikabulkan hakim berinisiatif memberi pemahaman kepada para pihak bahwa putusan ini hanya berdampak pada akta kelahiran saja dan bukan pada keperdataan. Hal ini berbeda dengan pandangan hakim anggota yakni bapak Musthofa. Menurut beliau dalam memahami anak diluar kawin harus

⁷⁷ Drs. Munasik, M.H, *Wawancara*, Malang, 24-05-2016.

⁷⁸ Dra. Hj. Rusmulyani, M.H, *Wawancara*, Malang, 13-05-2016.

membedakan terlebih dahulu antara pengakuan anak dengan pengesahan anak.

Sebagai pernyataan beliau berikut ini;

“Karena saya orang hukum maka saya berbicara dalam konteks normatif, saya sependapat bahwa anak diluar nikah tidak bisa mendapatkan hak keperdataan nya. Akan tetapi dalam perkara ini saya membedakan pengakuan anak dengan pengesahan anak sesuai dengan undang-undang kependudukan. Dengan membedakan kedua hal itu saya mengabulkan permohonan pemohon karena perkara ini cenderung pada pengakuan anak ketimbang pengesahan anak. Adapun pertimbangan yang lain adalah untuk masa depan anak itu sendiri.”⁷⁹

Selanjutnya peneliti bertanya pada hakim perihal apakah putusan Mahkamah Konstitusi dapat dijadikan sebagai sumber hukum. Menurut bapak Musthofa, putusan Mahkamah Konstitusi sama halnya dengan Mahkamah Agung yang bisa menjadi sumber hukum. Sebagaimana beliau sampaikan berikut ini;

“Ya saya setuju, sederhana saja mas, bahwa putusan MK sama dengan putusan MA yang mana putusannya sebagai sumber atau rujukan hukum dinegri kita.”

Selanjutnya peneliti menanyakan perihal tentang dampak adanya putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010. Menurut bapak Musthofa putusan MK tersebut member dampak terhadap pemahaman hakim tentang anak diluarkawin, sebagaimana berikut ini;

Putusan MK tentang anak di luar kawin memberi perubahan hakim dalam memahami hak-hak yang harus diberi dari bapak biologis terhadap anak yang lahir dari akibat perbuatannya.⁸⁰

Untuk mengetahui pendapat hakim mengenai anak diluar kawin, peneliti mengakhirinya dengan menanyakan bagaimana pandangan hakim terkait putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 tentang anak diluar kawin. Menurut Dra. Hj. Rusmulyani, M.H sebagai ketua majelis hakim berpendapat bahwa;

⁷⁹ Musthofa, S.H., M.H, *Wawancara*, Malang, 15-05-2016.

⁸⁰ Musthofa, S.H., M.H, *Wawancara*, Malang, 15-05-2016

“Memahami putusan MK, saya menerima bahwasannya bapak dari biologis itu harus bertanggung jawab terhadap anak biologisnya, akan tetapi yang dimaksud anak biologis disini adalah anak yang dihasilkan dari pernikahan siri bukan hanya biologis semata yang tanpa adanya pernikahan. Hal ini dilihat dari asal-usul perkara yang di ajukan ke MK perihal pernikahan siri oleh Macica Mukhtar dengan Muerdiono.”⁸¹

Berdasarkan pernyataan hakim tersebut maka dapat dipahami bahwa anak diluar kawin dalam putusan MK adalah anak yang dilahirkan bukan tanpa adanya pernikahan melainkan anak yang dilahirkan dari pernikahan yang tidak tercatat. Dalam hal ini bapak Munasik berbeda pendapat tentang putusan MK, bahwa dalam putusan MK No 46 tahun 2010 itu yang dimaksud anak diluar kawin adalah anak hasil zina, sebagaimana penjelasan berikut ni;

“yang dimaksud anak diluar kawin dalam putusan MK No 46 tahun 2010 adalah anak zina, ini dilihat dari tujuannya yakni untuk perlindungan anak. Selama ini anak yang dihasilkan dari pernikahan siri telah terlindungi tanpa adanya putusan MK, karena pernikahan siri sendiri diakui oleh pengadilan, ini terbukti dengan adanya isbat nikah. Sedangkan anak dari hasil zina tidak mendapatkan perlindungan. Adapun yang dimaksud dengan keperdataan disini, hakim bisa membatasi dengan merujuk pada undang-undang perlindungan anak yang mana anak berhak mendapatkan kehidupan yang layak, baik dari pendidikan dan ekonomi tidak sampai pada waris dan wali.”⁸²

Dilihat dari uraian tersebut, dapat dipahami bahwa bapak munasik melihat putusan MK bukan putusan yang kasuistik melainkan perubahan hukum yang progresif untuk melakukan perlindungan terhadap anak zina.

Sedangkan dalam pemaparan data terkait pandangan pakar hukum Islam, peneliti mewawancarai dua orang mereka adalah Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag, dan Dr. KH. Dahlan Tmarin, M.Ag. Hal ini dikarenakan beliau-beliau adalah seorang tokoh agama dan akademisi kotaMalang. Untuk selengkapnya peneliti uraikan profil informan seperti dibawah ini:

⁸¹ Dra. Hj. Rusmulyani, M.H, *Wawancara*, Malang, 13-05-2016.

⁸² Drs. Munasik, M.H, *Wawancara*, Malang, 24-05-2016.

Tabel 4.3

NO	Nama	Profesi	Keterangan
1	Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag	Dosen UNMER dan DA'I	Riwayat akademik, s1 IAIN Malang, s2 dan s3 IAIN Jakarta, selain dosen beliau juga sebagai pengurus Majelis Ulama Indonesia (MUI) kota malang dan pengurus Dewan Masjid Indonesia (DMI) Kota Malang. Adapun karya tulis beliau yang cukup populer adalah <i>Metode Ijtihad Ibnu Rusyd. Malang : Kutub Minar. 2005.</i>
2	Dr. Dahlan Tamrin, M.Ag	Dosen UIN Malang dan DA'i	Riwayat akademik, lulusan pondok pesanren miftahul huda gading Malang (1965-1870), pondok pesantren Nurul Hudan Mergosono Malang (1971-1975), pendidikan terakhir s3 di IAIN Sunan Ampel, selain dosen beliau juga sebagai penasehat Jami'iah NU Kota Malang 2006-2011 dan 2011-2016. Adapun salah satu karya tulis beliau tentang <i>Studi Konstruksi Sosial Etika Politik Penganut Tarekat Malang Raya</i>

Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag sebelum mendefinisikan anak diluar kawin beliau mendefinisikan apa yang dimaksud dengan pernikahan dan perkawinan, sebagaimana berikut ini;

“kalau merujuk pada undang-undang maka peristilahan yang digunakan yakni perkawinan, sedangkan jika merujuk pada fiqh yakni pernikahan. Pada intinya keduanya sama, akan tetapi undang-undang lebih menekankan apa yang dimaksud perkawinan adalah pernikahan yang dicatatkan. Dari sini dapat ditarik bahwa yang dimaksud anak diluar kawin adalah anak yang lahir tanpa adanya pernikahan.”⁸³

Dari uraian diatas dapat dipahami bahwa menurut bapak Kasuwi Saiban yang dimaksud anak diluar kawin adalah anak yang dihasilkan tanpa adanya pernikahan. Hal ini sesuai juga dengan pendapat Dahlan Tamrin. Menurut beliau untuk mengetahui status atau kedudukan anak di luar kawin harus dijelaskan

⁸³ Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag, *Wawancara*, Malang, 28-05-2016.

terlebih dahulu secara istilah arti dari sebuah perkawinan dan pernikahan, sebagaimana berikut di bawah ini:

“Secara istilah harus dibedakan dulu antara pernikahan dengan perkawinan. Kalau pernikahan itu berarti aturan yang sesuai dengan fiqh munakahat. Sedangkan perkawinan sesuai dengan undang-undnag, yang membedakan keduanya hanya dipencatatan nya saja dan yang dimaksud anak diluar kawin adalah anak yang lahir tanpa adanya pernikahan yang sah.”⁸⁴

Dari pandangan beliau dapat disimpulkan bahwa baik pernikahan maupun perkawinan mempunyai makna yang sama, hal yang membedakan hanya sebatas dalam pencatatan (administrative), sedangkan anak di luar kawin adalah anak yang tanpa adanya pernikahan yang sah atau perkawinan yang dilakukan secara agama.

Peneliti selanjutnya menanyakan perihal bagaimana dengan hak-hak anak diluar nikah atau anak diluar kawin (anak biologis) terkait keperdataannya. Menurut Prof Kasuwi Saiban, bahwa anak yang lahir diluar nikah tidak mempunyai keperdataan dengan ayahnya walaupun itu biologis.

“Tentang hak keperdataan anak diluar nikah ini tidak bias terlepas dari sebab akibat yang terputus bahwa anak yang dilahirkan merupakan anak hasil orang tua biologis tanpa adanya pernikahan. Semua ulama sepakat bahwa anak diluar nikah tidak punya hak keperdataan dengan ayahnya tetapi punya keperdataan dengan ibunya, hal ini dikarenakan sesuatu tidak bias ditolak bahwa anak itu lahir dari ibu yang mengandung. Adapun perihal tentang keperdataan anak diluar nikah selain waris dan wali para ulama berbeda pendapat. Menurut imam Hanafi bahwa anak diluar nikah bisa mendapatkan hak keperdataan dalam pendidikan dan kehidupan yang layak dari ayah biologisnya, sedangkan menurut imam Syafi’I anak diluar nikah tidak bias mendapatkan apapun dari ayah biologisnya, dan saya mengikuti pendapat imam syafi’i. Hal ini dikarenakan agar wanita berhati hati dalam bertindak dan berfikir ulang sebelum berbuat karenadiera sekarang sudah terjadi dzorurot dzina.”⁸⁵

⁸⁴ Dr. KH. Dahlan Tamrin, M.Ag, *Wawancara*, Malang, 14-05-2016.

⁸⁵ Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag, *Wawancara*, Malang, 28-05-2016.

Dari uraian beliau sampaikan sangat jelas bahwa anak diluar nikah tidak mempunyai hak keperdataan kepada ayah biologisnya. Pandangan Prof. Kasuwi Saiban sama halnya dengan pendapat Dr. Dahlan Tamrin, M.Ag bahwa anak biologis tidak bisa mendapatkan hak keperdataan dari bapak biologisnya dikarenakan tidak ada terjadinya akad pernikahan yang sah. Hal ini beliau paparkan sebagai berikut;

“Anak biologis tidak bisa mendapatkan hak waris dan wali dikarenakan tidak adanya akad yang terjadi antara ayah biologis dengan ibu biologisnya. Ini dikarenakan hak waris dan wali muncul karena adanya akad yang jelas sebagaimana yang telah diatur oleh syariat Islam.”⁸⁶

Dari paparan tersebut dapat dipahami bahwa menurut beliau keperdataan anak biologis hanya kepada ibunya saja tidak biasa kepada ayahnya. Hal ini dikarenakan hak waris dan wali itu muncul karena telah terjadinya akad nikah yang sah.

Setelah mendapatkan pemahaman yang jelas, peneliti melanjutkan pertanyaan tentangan pandangan pak dahlan terkait putusan perkara No 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg apakah anak dari hasil perkawinan terlarang harus terkena sanksi dari akibat kedua orang tuanya. Pandangan beliau bahwa dalam hal keperdataan tidak ada sanksi seperti halnya dalam pidana. Hal ini beliau sampaikan sebagaimana berikut ini;

“Perlu dikaetahui bahwa dalam hal keperdataan tidak ada sanksi seperti halnya dalam pidana. Begitupun dalam anak diluar pernikahan tidak bisa mendapat hak-hak wali dan waris melainkan bisa mendapatkan hibah yang dibatasi maksimal 1/3. Karena hukum tidak melihat tahu atau tidak tahunya seseorang, walaupun anak yang dilahirkan itu tidak tahu menau kesalahan dari perbuata orang tua biologisnya.”⁸⁷

⁸⁶Dr. KH. Dahlan Tamrin, M.Ag, *Wawancara*, Malang, 14-05-2016.

⁸⁷Dr. KH. Dahlan Tamrin, M.Ag, *Wawancara*, Malang, 14-05-2016.

Dari paparan diatas dapat disimpulkan bahwa hal keperdataan memang berbeda dengan pidana. Untuk melindungi anak diluar perkawinan tidak harus selalu mengandalkan hak-hak keperdataan sebagaimana anak sah melainkan juga bisa dengan hak keperdataan sebagai anak biologis.

Untuk mengetahui pandangan pakar hukum Islam terkait anak diluar kawinan, peneliti mengakhirinya dengan pertanyaan bagaimana pandangan bapak terhadap putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 tentang anak diluar kawin. Dalam pandangan Dr. Dahlan Tmarin, M.Ag beliau menjawab sebagaimana beriku;

“Menurut hemat saya putusan MK posisinya melihat setatus anak. Dalam artian, apakah si anak dari pernikahan siri akan mendapatkan hak-hak keperdataan seperti waris dan lain sebagainya.”⁸⁸

Dari pandangan beliau dapat sedikit disimpulkan bahwa dalam memandaang putusan MK hanya berlaku untuk perkawinan yang sah tapi tidak tercatat oleh Negara. Pandangan ini sama dengan pandangan Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag, menurut beliau putusan MK No: 46 Tahun 2010 merupakan putusan yang kasuistik sehingga hanya sebuah pengecualian. Sebagaimana berikut ini;

“Putusan MK No 46 Tahun 2010 memberi pengertian bahwa pernikahan yang harus dicatatkan menjadi tidak esensial karena adanya putusan MK tersebut, yang dalam putusan nya bahwa anak yang dilahirkan dari pernikahan yang tidak sah menurut Negara tapi sah menurut agama mempunyai keperdataan kepada ayah biologisnya. Putusan MK ini merupakan sebuah pengecualian yang mana tidak semua anak yang dilahirkan mempunyai keperdataan dengan ayahnya kecuali telah kedua orang tuanya telah melakukan pernikahan sah menurut agama.”⁸⁹

⁸⁸ Dr. KH. Dahlan Tamrin, M.Ag, *Wawancara*, Malang, 14-05-2016.

⁸⁹ Prof. Dr. Kasuwi Saiban, M.Ag, *Wawancara*, Malang, 28-05-2016.

Menurut pandangan beliau putusan MK hanya berlaku pada kasus-kasus tertentu dan tidak bisa dipukul sama ratakan dengan anak yang dilahirka tanpa adanya pernikahan yang sah.



BAB V

PEMBAHASAN

A. Pertimbangan Hakim dalam Perkara No: 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010.

1. Analisis Yuridis terhadap Pencatatan Perkawinan

Keharusan pencatatan perkawinan sebagaimana diamanahkan oleh UU Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, senantiasa menjadi objek kajian menarik di kalangan pakar hukum. Hal ini karena implikasi yang muncul dari pencatatan perkawinan tidak saja dari segi administrasi negara, akan tetapi juga melahirkan implikasi hukum yang selalu menjadi perdebatan di kalangan para ahli. Di sisi lain, sejauh ini belum terjadinya kesamaan pandangan terhadap status pencatatan perkawinan, sehingga melahirkan “kebingunan” di masyarakat, dan pada gilirannya melahirkan pula ketidak pastian hukum. Hal tersebut menjadi kontra produktif dengan ide dasar yang menjadi semangat positifisasi norma yaitu untuk terwujudnya kepastian hukum.

Ranah perdabatan di antara para ahli hukum adalah hubungan hukum antara ayat (1) dan ayat (2) pasal UU Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (UUP). Apakah kedua ayat tersebut menjadi kesatuan yang menjadi unsur keabsahan perkawinan atau menjadi dua ayat yang terpisah, sehingga hanya melahirkan kewajiban administrasi berupa kewajiban mencatatkan. Bagi yang berpendapat ayat (1) dan (2) merupakan satu kesatuan, maka unsur sah perkawinan di samping memenuhi hukum agama, juga wajib dicatatkan berdasarkan ketentuan yang berlaku. Perkawinan dianggap tidak sah manakala

hanya memenuhi ketentuan agama saja, tanpa ditindak lanjuti dengan pencatatan yang menjadi amanah UUP tersebut. Dengan kata lain, perkawinan yang tidak dicatitkan menurut ketentuan yang berlaku, dianggap sebagai perkawinan yang tidak sah.

Sebaliknya, bagi mereka yang berpendapat bahwa ayat (1) dan (2) masing-masing berdiri sendiri dan tidak memiliki hubungan hukum yang bersifat memaksa atau wajib (*dwingen recht*), maka sahnya perkawinan cukup hanya ditentukan oleh agama saja. Perkawinan dianggap sah jika telah dilaksanakan menurut agama, tanpa mengkaitkan apakah perkawinan tersebut dicatitkan atau tidak. Pencatatan perkawinan dianggap bukan faktor yang menentukan keabsahan perkawinan, karena ia hanya merupakan kewajiban administrasi yang semata-mata untuk menciptakan ketertiban. Pentingnya pencatatan, dapat dilihat dari dua sudut. *Pertama*, dari perspektif negara, pencatatan dimaksudkan untuk memberikan jaminan perlindungan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan yang merupakan tanggung jawab negara dan harus dilakukan sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis yang diatur serta dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.

Kedua, pencatatan secara administratif yang dilakukan oleh negara dimaksudkan agar perkawinan, sebagai perbuatan hukum penting dalam kehidupan yang dilakukan oleh yang bersangkutan, yang berimplikasi terjadinya akibat hukum yang sangat luas, di kemudian hari dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik, sehingga perlindungan

dan pelayanan oleh negara terkait dengan hak-hak yang timbul dari suatu perkawinan yang bersangkutan dapat terselenggara secara efektif dan efisien.

Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang oleh sebagian ahli hukum Islam (*ulama*) dianggap sebagai *ijma'* kolektif (*ijma' jama'i*) juga belum mampu menyelesaikan dua kutup pemikiran tersebut. Ketidak tegasan dimaksud karena rumusan yang terkesan “mengambang” dengan menyatakan dalam pasal 6 ayat (2) KHI, bahwa perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan hukum. Dengan menggunakan kalimat “tidak mempunyai kekuatan hukum”, KHI terkesan mengambil jalan tengah, namun akibat sikap yang demikian, tidak menyelesaikan secara tuntas. KHI yang lahir tahun 1991 dengan nomenklatur Keputusan Presiden Nomor 1 tahun 1991, sebenarnya pada saat perumusannya telah mengetahui adanya problem hukum yang mendasar mengenai pencatatan perkawinan tersebut.

2. Analisis Yuridis Status Anak yang Lahir

Problem implikasi hukum pencatatan perkawinan ternyata berkembang kepada problem status anak yang dilahirkan. Akibat problem tersebut, di masyarakat telah melahirkan stigma tidak baik terhadap perkawinan yang tidak dicatatkan, maupun terhadap anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan. Untuk perkawinan yang tidak dicatatkan dikenal dengan beberapa istilah, seperti kawin sirri, kawin di bawah tangan, kawin syar'i, kawin modin, dan kerap pula disebut kawin kiyai.⁹⁰ Perkawinan tidak merupakan perkawinan yang secara material telah memenuhi ketentuan syari'at sesuai

⁹⁰Mukhlisin Muzarie, *Kontroversi Perkawinan Wanita Hamil*, (Yogyakarta: Pustaka Dinamika, 2002).Hlm. 110.

dengan maksud pasal 2 ayat 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tetapi tidak memenuhi ketentuan ayat 2 pasal tersebut jo pasal 10 ayat 3 PP Nomor 9 Tahun 1975. Sedangkan anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatatkan sesuai ketentuan perundang-undangan yang berlaku, bagi yang menganggap hubungan ayat (1) dan (2) pasal 2 Undang-Undang Perkawinan satu kesatuan, anak yang lahir digolongkan sebagai anak luar kawin.

Penggolongan kepada anak luar kawin bukan dilihat dari sudut pandang terjadinya hubungan sebagaimana yang menjadi pembahasan kalangan ulama, namun lebih dilihat dari status perkawinan orang tuanya. Pasal 42 Undang-Undang Perkawinan mendefinisikan anak sah sebagai berikut: “anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.”⁹¹ Sedangkan dalam KHI dalam pasal 99, yang menjelaskan; anak yang sah, adalah (a) anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah; (b) hasil perbuatan suami istri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh istri tersebut.

Baik Undang-Undang Perkawinan maupun KHI dalam mengkalifikasikan anak ke dalam anak sah dan anak luar kawin, dengan menggunakan parameter perkawinan orang tuanya, sedangkan dalam hal status perkawinan itu dianggap sah, masih terjadi ikhtilaf di kalangan para ahli hukum. Ada dua hal yang digunakan menentukan sahnya anak menurut Undang-Undang Perkawinan maupun KHI, yaitu apakah anak dilahirkan dalam perkawinan, atau apakah anak dilahirkan akibat perkawinan yang sah. Anak

⁹¹ Undang-Undang No 1 Tahun 1974

dilahirkan dalam perkawinan yang sah, artinya anak lahir sepanjang perkawinan orang tuanya berlangsung. Meskipun terhadap hal ini, akan menimbulkan problem hukum bagaimana jika anak lahir dua hari setelah perkawinan kedua orang tuanya, toh ia dapat dikatakan lahir dalam perkawinan.

Jika merujuk padapandangan fikih berkenaan dengan anak sah ini dapatlah dipahami bahwa anak sah dimulai sejak terjadinya pembuahan sel telur (*ovum*) oleh sperma yang terjadi pada rahim wanita calon ibu dan pembuahan tersebut haruslah terjadi di dalam perkawinan yang sah. Dari sinilah penetapan anak sah tersebut dilakukan. Dengan demikian Hukum Islam menegaskan bahwa seorang anak supaya dapat dianggap sebagai anak yang sah dari suami ibunya, anak itu harus lahir sekurang-kurangnya enam bulan sesudah pernikahan.

Kajian hukum yang telah dipaparkan diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa baik hukum Positif dan hukum Islam sama-sama memandang anak hasil dari hubungan zina merupakan anak tidak sah yang tidak dapat diakui. Hal ini sesuai dengan pandangan hakim dan pakar hukum Islam bahwa anak diluar perkawinan yang sah merupakan anak zina yang tidak bisa diakui sebagai anak sah.⁹² Dari kesimpulan ini jika ditarik pada perkara 274/Pdt.P/2015/PA.Mlg, maka setatus anak pada perkara tersebut dapat dikategorikan sebagai anak diluar kawin atau anak zina. Hal ini dikarenakan anak pada perkara tersebut anak hasil dari pernikahan siri yang tidak sah. Adapun faktor tidak sahnya

⁹²Lihat paparan data halaman 65 pandangan bapak Munasik terhadap anak diluar kawin dan paparan data halaman 70 pandangan bapak Dahlan terhadap devinisi istilah perkawinan dan pernikahan.

pernikahan siri disebabkan baik mempelai pria (pemohon satu) dan mempelai wanita (pemohon dua) masih terikat pernikahan dengan orang lain.

3. Pertimbangan Hakim Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan lembaga negara baru dalam sistem ketata negaraan Indonesia, karenanya lembaga ini belum dikenal pada awal kelahiran UUD 1945. MK masuk menjadi bagian dari sistem ketatanegaraan Indonesia berdasarkan UUD 19545 hasil amandemen, tercantum dalam pasal 24c. Sebagai lembaga yang melaksanakan kekuasaan kehakiman, MK memiliki kewenangan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang wewenangnya diberikan Undang-Undang dasar, memutus pembubaran parta politik, dan memutus sengketa hasil pemiliah umum.

Salah satu fungsi yang akan menjadi bagian dari pembahasan thesisi ini adalah fungsi uji materi parundang-undangan atas Undang-Undang Dasar. Dari segi kewenangan melakukan uji materi, meskipun antara lembaga legislatif dan MK sama-sama memiliki kewenangan melahirkan norma hukum, namun secara ketata negaraan, keduanya berbeda. Lembaga legislatif menciptakan noma yang bersifat positif dalam bentuk undang-undang dalam bentuk *kodifikasi*, sedangkan MK menciptakan norma yang bersifat negatif.⁹³ Dengan kata lain kewenangan MK menyatakan suatu peraturan perundang-undangan

⁹³Lihat pasal 24c ayat (1) UUD 1945 dan pasal 10 ayat (1) huruf a sampai dengan d Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

bertentangan dengan UUD 1945 dan karenanya dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Di antara peraturan perundang-undangan yang diajukan uji materi adalah putusan MK nomor 46/PUU-VIII/2010 menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, bertentangan dengan UUD 19545, dan kemudian melahirkan norma hukum baru yang pada intinya menyatakan “Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang berbunyi; “Anakyang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain. menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut **harus dibaca**, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmupengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyaihubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”. Dengan putusan tersebut, norma hukum yang dikandung oleh pasal 43 (1) Undang-Undang Perkawinan menjadi tidak berkekuatan hukum dan tidak mengikat bagi warna negara republik Indonesia. Karena tidak berkekuatan hukum dan tidak mengikat,

iatidak dapat dijadikan dasar dalam menyelesaikan sengketa di antara warga negara.

Di sisi lain, lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung (MA) yang terdiri dari empat lingkungan peradilan, yaitu lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan tata usaha negara, dan peradilan militer, memiliki kewenangan menerima, mengadili perkara yang menjadi kewenangan masing-masing. Jika MK mengadili norma, maka lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung (dalam penelitian ini Pengadilan Agama) mengadili kasus yang diajukan oleh masyarakat sebagai *yustisiabelen*.⁹⁴

Dalam memeriksa dan mengadili kasus yang diajukan, hakim sebagai organ utama peradilan mengadili berdasarkan norma hukum baik tertulis (*law in book*) maupun tidak tertulis (*living law*). Setiap putusan yang dijatuhkan menjadi jawaban sekaligus kata pemutus atas sengketa yang terjadi di masyarakat. Dalam menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman, hakim bersifat mandiri, bebas dari tekanan dan intervensi pihak lain di luar pengadilan, dan bahkan siapa saja yang mencoba mempengaruhi kemandirian hakim dapat dikenakan pidana sebagai *contemp of court*. Namun demikian, kebebasan hakim bukanlah kebebasan yang tidak terbatas, ia harus mengadili berdasarkan hukum dan putusan yang dijatuhkan harus mencerminkan hukum yang baik. Putusan sebagai cermin hukum yang baik, paling tidak memenuhi tiga prinsip asas yaitu, asas keadilan, kepastian dan manfaat.

⁹⁴Lihat pasal 24 ayat (2) UUD 1945 dan pasal 65 Undang-Undang No: 14 Tahun 1985 Jo Undang-Undang No: 5 Tahun 2004.

Dalam praktik, ketiga asas tersebut dapat berjalan secara beriringan, namun dalam beberapa keadaan tertentu, bisa terjadi *antinomi* (pertentangan). Asas kepastian bisa berhadapan dengan asas keadilan. Seperti halnya putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 yang telah membatalkan pasal 48 ayat (1) Undang-Undang No 1 Tahun 1974 dikarenakan pasal tersebut tidak sesuai dengan nilai yang diamanatkan oleh UUD yang mencerminkan keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Dari putusan MK tersebut tentunya berdampak pada pola pikir atau pemahaman hakim terhadap anak diluar kawin, yang mana pasal 48 ayat (1) tidak mempunyai rasa keadilan dan tidak mempunyai nilai perlindungan terhadap anak diluar kawin. Hal ini juga yang menjadi pertimbangan majelis hakim bahwa anak di luarkawin tidak bisa diabaikan begitu saja, khususnya tentang masa depan anak itu sendiri. Sebagaimana amanah konstitusi di Indonesia bahwa setiap anak berhak kelangsungan hidup tumbuh dan berkembang serta mempunyai hak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Dari amanah konstitusi tersebut dapat dipahami bahwa tanpa melihat perbedaan status, setiap anak harus mendapatkan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Adapun yang mempunyai kewajiban untuk melindungi hak-hak anak adalah orang tua, keluarga, masyarakat dan Negara.⁹⁵ Dalam Islam selain melindungi anak orang tua juga diberi tanggung jawab untuk memberikan pendidikan agar nantinya anak tersebut bias berkembang menuju kedewasaan sebagaimana mestinya.⁹⁶

⁹⁵Lihat Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 dan pasal 52 ayat (1) Undang-Undang No: 39 Tahun 1999

⁹⁶Lihat buku karangan Imam an-Nawawi, *Sahih Muslim bi Syarh al-Imam an-Nawawi* (Beirut: Dar-al-Fikr, 1981) VII, Hlm 113.

Dari pertimbangan majelis hakim tersebut peneliti menyimpulkan bahwa seorang anak luar kawin juga harus mendapatkan haknya untuk bisa hidup secara layak dari ayah biologisnya, seperti biaya pemeliharaan dan pendidikan yang akan menunjang kehidupannya, atau setidaknya ia mendapat bagian dari harta peninggalan jika ayah biologisnya meninggal, walaupun bagiannya tidak sebesar bagian yang diterima oleh anak-anak yang sah, baik dengan waris, hibah, sedekah maupun wasiat. Sehingga anak yang dihasilkan dari perbuatan zina tidak menjadi korban dari perbuatan kedua orang tua biologisnya. Dengan mengabulkan permohonan pemohon maka hak-hak anak di luar kawin akan mendapatkan perlindungan hukum dan kepastian hukum. Hal ini berlandaskan pada UUD 1945 pasal 1 ayat 3 yang menjelaskan bahwa Indonesia adalah Negara hukum, dan salah satu unsur negara hukum adanya perlindungan Hak Asasi Manusia sebagaimana dalam pasal 28A UUD 1945 bahwa setiap orang untuk hidup serta mempertahankan hidup dan kehidupannya.

B. PENERAPAN PUTUSAN MK NO: 46/PUU-VIII/2010 PADA PERKARA NOMOR 0247/Pdt.P/2015/PA.Mlg. DITINJAU TEORI PENEMUAN HUKUM.

1. Implementasi Norma Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 dalam Perkara No: 274/Pdt.P/2015/PA.Mlg.

Hakim memegang peranan yang sangat penting. Ia sebagai penegak hukum dan keadilan, serta pejabat negara yang mempunyai tugas mulia dalam mewujudkan negara hukum, memberikan kepastian hukum, dan kemanfaatan bagi masyarakat melalui putusan hukumnya di pengadilan.

Hakim diberi kewenangan untuk menyimpangi atau tidak menerapkan norma, apabila dalam penerapan suatu kasus, menimbulkan ketidakadilan. *Descressi* dapat saja dilakukan hakim manakala norma yang ada apabila diterapkan dapat mencederai keadilan itu sendiri. Alasan hakim melakukand*descressi* bisa jadi norma yang bersangkutan tidak mampu lagi mengikuti perkembangan zaman. Dalam hal ini hakim dapat menjadikan norma tidak tertulis yang berasal dari nilai-nilai yang hidup di masyarakat. Hal yang demikian dimungkinkan oleh UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman pasal 5 Ayat (1) bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Layaknya norma dalam undang-undang, hakim diperbolehkan melakukan *deskressi*, demikian juga norma hukum dalam Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, dapat saja tidak diterapkan hakim dalam hukum kasus (*case law*) apabila penerapannya dianggap mencederai keadilan. Ada beberapa bentuk penemuan hukum yang digunakan hakim Pengadilan Agama Malang dalam memutus perkara Nomor 0247/Pdt,P/2015/PA.Mlg. Dalam perkara tersebut, majelis hakim lebih banyak menggunakan metode *hermeneutika* (interpretasi).⁹⁷ Metode interpretasi/*hermeneutika* diperlukan karena tidak semua teks peraturan perundang-undangan disampaikan dengan jelas dan mudah dipahami. Menjadi tugas penting hakim untuk menyesuaikan bunyi undang-undang dengan hal-hal yang nyata di masyarakat. Atas dasar yang

⁹⁷*Hermeneutik* (Interpretasi) merupakan salah satu metode dalam penemuan hukum, lihat Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006). Hlm. 78.

demikian, apabila undang-undang tidak jelas, hakim wajib melakukan interpretasi agar putusan yang dijatuhkan mengandung nilai keadilan dan mencapai kepastian hukum.

Meskipun interpretasi undang-undang merupakan kewajiban hukum dari hakim, ada beberapa pembatasan terhadap kebebasan hakim dalam melakukan interpretasi. Hakim tidak boleh melakukan interpretasi secara sewenang-wenang. Oleh karena itu, hakim harus melacak sejarah kata-kata tersebut mengapa digunakan agar ia dapat melakukan interpretasi secara kontekstual.

Selain metode *hermeneutika*, ada metode penemuan hukum lain, yang disebut *methoderechtsvinding* dan *rechtschepping*.⁹⁸ *Rechtsvinding* adalah penemuan hukum dalam arti bahwa bukan hukumnya tidak ada, tetapi masih perlu digali dan diketemukan. Hukum tidak selalu berupa kaidah (*das sollen*), baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa (*das sein*). Dari perilaku atau peristiwa itulah kemudian dapat digali atau diketemukan hukumnya. Sedangkan *Rechtschepping* adalah penciptaan hukum oleh hakim dalam hal belum ada hukum untuk suatu peristiwa, kemudian diciptakan melalui metode penemuan hukum oleh hakim. Terhadap metode ini, menurut Mustofa, SH.,MH., untuk kasus perkara Nomor 0247/Pdt,P/2015/PA.Mlg tidak dilakukan hakim, karena norma hukum telah ada.

⁹⁸Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, Hlm.26

Dalam pandangan hukum, hakim dianggap mengetahui hukum (*ius curia novit*)⁹⁹, sehingga apapun permasalahan yang diajukan kepadanya, maka ia wajib mencarinya. Hakim wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, tidak diperkenankan hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*). Penerapan asas ini dalam proses persidangan menjadi sangat penting, karena hakim sebagai organ pengadilan dan *the last resort*, dianggap mengetahui dan memahami hukum., sehingga apabila hakim tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib *berijtihad* dan menggali hukum.

Ada karakteristik yang sama antara penemuan hukum oleh hakim dalam setiap kasus hukum (case law) dengan penemuan hakim (*ijtihad*) dalam lapangan fikih. Keduanya bisa dilakukan oleh hakim dan oleh akademisi atau *fâqih/mujtahid*. Hanya saja, kalau penemuan hukum oleh hakim menjadi hukum yurisprudensi karena ia akan menjadi preseden bagi hakim lain dalam kasus yang sama, akan tetapi hasil penemuan hukum oleh ilmuwan hukum *fâqih/mujtahid*, belum mempunyai kekuatan hukum mengikat (*binding*), melainkan hanya memiliki kekuatan secara persuasif. Bagir Manan memberikan solusi agar hasil penemuan dan *ijtihad* tersebut memiliki kekuatan hukum adalah harus diambil alih melalui suatu penetapan hukum oleh yang berwenang baik dalam aturan-aturan umum atau melalui putusan hakim.

2. Analisis *Legal Reasoning* Hakim dalam Perkara Nomor 0247/Pdt,P/2015/PA.Mlg,Perspektif Teori Penemuan.

⁹⁹Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No 48 Tahun 2009

Aspek terpenting untuk mengkaji putusan adalah bagaimana hakim menggunakan penalaran hukum (*legal reasoning*)¹⁰⁰ sebagai dasar pertimbangan putusan. Penalaran hukum sesungguhnya melibatkan beberapa aspek pendekatan, yang secara teoritik telah menjadi pembahasan ilmu hukum. Penalaran hukum yang merupakan bagian dari proses penemuan hukum oleh hakim guna memberikan kata putus terhadap perkara yang diajukannya.

Untuk mendapatkan gambaran yang jelas terhadap peristiwa hukum perkara tentang asal usul anak yang terdaftar di Pengadilan Agama kota Malang 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg, pemeriksaan perkara dimulai dengan pembacaan surat permohonan yang dibuat oleh suami sebagai pemohon I dan istri sebagai pemohon II, dan kemudian dilanjutkan pada proses pembuktian. Dari proses pembuktian ini berarti memberikan kepastian kepada hakim akan kebenaran peristiwa konkret yang di ajukan. Hal yang berhasil dibuktikan oleh pihak-pihak kemudian dikonstatir sebagai sesuatu peristiwa yang terjadi.

Setelah hakim mengkonstatasi peristiwa konkret maka tugas hakim selanjutnya adalah menetapkan peristiwa konkret yang berkaitan dengan hukum. Tidak semua peristiwa konkret berkaitan dan diatur oleh hukum, sehingga hanya peristiwa konkret yang ada relevansinya dengan hukum yang dipertahankan oleh hakim, kemudian diterjemahkan dalam bahasa hukum agar menjadi peristiwa hukum. Dari peristiwa hukum, kemudian dicari peraturan

¹⁰⁰Penalaran hukum (*legal reasoning*) adalah kegiatan berpikir problematis tersistematis (*gesystematiseerd probleemdenken*) dari subjek hukum (manusia) sebagai makhluk individu dan sosial di dalam lingkaran kebudayaannya. Penalaran hukum dapat didefinisikan sebagai kegiatan berpikir yang bersinggungan dengan pemaknaan hukum yang multiaspek (multidimensional dan multifaset). Lihat Shidarta, "Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan", (Disertasi, Universitas Katolik Parahyangan, 2004).Hlm. 486.

hukum. Peraturan hukum dapat ditemukan dalam perundang-undangan, hukum kebiasaan, putusan hakim (*yurisprudensi*), doktrin-doktrin hukum termasuk pendapat ulama dalam beberapa kitab fikih, ataupun sumber hukum lainnya. Tugas penerapan hukum tidak sekedar menetapkan hukum bagi peristiwa hukum, akan tetapi bagaimana penerapan itu mampu memberikan rasa keadilan, kepastian dan kemanfaatan.

Hakim menganggap bahwa perkawinan Pemohon I dan Pemohon II tidak dilakukan dihadapan pegawai pencatat nikah, sehingga perkawinan tersebut tidak dicatat menurut ketentuan peraturan perundang-undangan. Posisi kasus dalam perkara tersebut pemohon I telah menikah dengan Pemohon II pada tanggal 20 Januari 2010, tanpa melibatkan pejabat. Pada saat pernikahan tersebut, status Pemohon I sebagai duda, namun belum cerai secara resmi, demikian juga Pemohon II sebagai anda, namun belum bercerai secara resmi. Setelah berjalan beberapa tahun, kemudian keduanya menikah secara resmi di hadapan pejabat (PPN) pada tanggal 13 September 2013. Sedangkan anak yang dimohonkan pengesahan lahir pada tanggal 2 Mei 2010. Ini artinya anak tersebut lahir tidak dalam masa perkawinan secara sah kedua orang tuanya, dan tidak pula sebagai akibat dari perkawinan secara sah kedua orang tuanya. Terhadap kasus posisi tersebut, hakim berpendirian bahwa pernikahan Pemohon I dan Pemohon II merupakan pernikahan yang tidak sesuai dengan ketentuan yang digariskan oleh peraturan perundang-undangan, dan tidak mempunyai kekuatan hukum.

Dalam penalaran hukumnya, hakim menggunakan terminologi yang berkembang di masyarakat, dengan menamakan “perkawinan sirri” untuk menunjuk pada perkawinan yang tidak dilakukan di depan pejabat dan tidak dicatatkan. Sikap tersebut tercermin dalam pertimbangan hukum yang tertera pada putusan.

Hakim yang memeriksa perkara berpendirian bahwa perkawinan yang dilakukan tidak dihadapan pejabat dan karenanya tidak tercatat, tidak memiliki kekuatan hukum. Perkawinan yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum, dengan sendirinya tidak dilindungi hukum sebagai layaknya anak yang lahir dari perkawinan kedua orang tuanya yang dicatatkan. Sikap hakim tersebut tercermin dalam pertimbangan yang berbunyi :” Menimbang, bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan hukum/hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena anak tersebut lahir bukan dari perkawinan yang sah sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, namun meskipun demikian anak tetap mempunyai hak”.

Meskipun demikian, majelis hakim walaupun tidak menyebut secara langsung norma hukum dalam putusan MK Nomor46/PUU-VIII/201, secara implisit kandungan norma tersebut diterapkan oleh majelis hakim. Hal tersebut terlihat dalam penggalan kalimat “...*namun meskipun demikian anak tetap mempunyai hak*”. Sebelum ada putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, hakim tidak pernah memberikan hak kepada anak yang lahir di luar kawin, dan sejak

putusan MK tersebut, dalam kasus yang sama majelis hakim menetapkan hak sebagai bentuk dari perlindungan hukum terhadap anak.

Hak yang dimaksud oleh hakim adalah hak yang berkaitan dengan Hak Asasi Manusia (HAM) yang diatur lebih lanjut dalam UU Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Hak-hak anak menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari Hak asasi Manusia yang harus dilaksanakan oleh negara, seperti; hak untuk mengetahui orang tuanya (meskipun dia anak biologis), hak memperoleh pendidikan, pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya. Hal tersebut kita dapatkan dalam pertimbangan hukum yang menyebutkan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan hukum/hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena anak tersebut lahir bukan dari perkawinan yang sah sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, namun meskipun demikian anak tetap mempunyai hak.

Pertimbangan hukum majelis hakim tersebut sejalan dengan pandangan hakim dan pakar hukum Islam bahwa anak diluar perkawinan yang sah merupakan anak zina yang tidak bisa diakui. Dalam menetapkan hak-hak anak sebagaimana pertimbangan hukum yang diberikan majelis hakim, jika dihubungkan dengan amar putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 terurama dalam kalimat “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya...”, maka dapat dikatakan bahwa majelis hakim methode

hermeneutika (interpretasi) norma putusan MK tersebut dengan *restriktif* (mempersempit secara ketat) makna dari hubungan hukum antara anak luar kawin dengan ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya.

Norma dalam putusan MK yang menyatakan “adanya hubungan perdata” dapat berimplikasi secara luas ke dalam seluruh aspek hubungan keperdataan, termasuk hak nasab, hak sebagai wali pernikahan, hak waris dan sebagainya. Dengan mempersempit makna norma putusan MK tersebut, hubungan yang ditimbulkan oleh putusan tersebut sebatas hubungan kewajiban yang berkaitan kesejahteraan dan tanggungjawab atas masa depan anak;

Putusan Majelis Hakim dalam perkara asal usul anak yang pada amarnya telah mengabulkan dan telah ditetapkan bahwa anak yang bersangkutan adalah anak dari pemohon II dan anak biologis dari pemohon I, telah melakukan perlindungan terhadap anak diluar kawin dan putusan tersebut telah sesuai dengan ketentuan-ketentuan baik dalam hukum Islam dan hukum positif bahwa anak dari perkawinan yang tidak sah merupakan anak biologis saja bukan anak yang sah sebagaimana mestinya.

Dilihat dari teori masalah mursalah, putusan Nomor 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg telah mempertimbangkan kemaslahatan. Penerapan kewajiban orang tua biologis, belum diatur oleh hukum keluarga melalui peraturan perundang-undangan. Sejauh ini tidak ada satu ketentuan undang-undang yang membebaskan kewajiban, kecuali kewajiban ayah atas anak, yang memiliki hubungan hukum sebagai anak dan ayah secara sah. Syariat Islam sendiri menekankan tanggung jawab untuk memperhatikan kelompok orang-

orang yang terpinggirkan secara ekonomi dan sosial. Pertimbangan majelis hakim telah fokus pada nasib masa depan anak yang dilahirkan, yang sebenarnya tidak bersalah. Ia lahir semata-mata mengikuti sunnatullah, kalau toh ada kesalahan, itu adalah kesalahan kedua orang tua biologisnya. Lebih jelas hal tersebut dapat dilihat dari pertimbangan hakim bahwa anak diluarnikah tetap dibina agar tidak terlantar.¹⁰¹ Memberikan perlindungan terhadap anak luar kawin tentunya merupakan bentuk *maslahatul aulad*. Oleh karena itu apabila anak luar kawin memperoleh haknya terkait pembiayaan hidup, pendidikan, kesehatan, dan lain-lain, selain hak keperdataan dalam hal nasab, wali dan waris, tentunya tidak bertentangan dengan nash, sebab putusan MK bertujuan untuk menghilangkan kerusakan dan mendatangkan kemaslahatan.

Hal ini tentunya sesuai dengan hakikat konsep masalah mursalah yang mengatakan.¹⁰²

1. Sesuatu yang di anggap baik oleh akal, dengan pertimbangan dapat mendatangkan kebaikan dan menghindari dari keburukan.
2. Sesuatu yang di anggap baik oleh akal harus selaras dengan tujuan *syara'* dalam menetapkan hukum.
3. Apa yang di anggap baik oleh akal, dan senafas dengan tujuan *syara'*, tidak terdapat petunjuk *syara'* secara khusus yang menolaknya, dan tidak ada petunjuk *syara'* yang mengaturnya.

¹⁰¹Dalam pertimbangannya hakim merujuk pada vide Abu Malik bin As Sayyid Salim Shabi, Fiqh Sunah lengkap hal. 63

¹⁰²Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqih*, jilid 2, Cet. ke-5 (Jakarta: Kencana, 2009).Hlm.356

Majelis Hakim yang membatasi makna “hubungan keperdataan dengan ayah biologis” sehingga tidak termasuk hak waris dan hak perwalian dalam pernikahan, substansi putusan tersebut telah selaras dengan nilai hukum yang berkembang di masyarakat, yang terkenal relegius. Sebagaimana dimaklumi, bahwa dalam pemahaman keagamaan (fikih) hanya anak sah yang terdapat hubungan saling mewarisi dan orang tua laki-laki dapat menjadi wali dalam perkawinan. Dengan demikian, putusan Nomor 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg., telah memenuhi rasa keadilan masyarakat (*social justice*), sekaligus mengandung nilai kemaslahatan.



BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Anak luar kawin juga harus mendapatkan haknya untuk bisa hidup secara layak dari ayah biologisnya, seperti biaya pemeliharaan dan pendidikan yang akan menunjang kehidupannya. Hal ini bertujuan agar anak yang dihasilkan dari perbuatan zina tidak menjadi korban dari perbuatan kedua orang tua biologisnya. Dari alasan tersebut majelis hakim dalam perkara No: 274/Pdt.P/2015/PA.Mlg telah mengabulkan permohonan permohon yang bertujuan untuk melakukan perlindungan hukum terhadap anak diluar kawin. Putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 memberi dampak terhadap pemikiran dan pertimbangan hakim dalam menetapkan asal usul anak khusus-nya anak diluar kawin.
2. Putusan Majelis Hakim Pengadilan Agama Malang Nomor 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg telah menerapkan norma hukum yang dikandung dalam putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/201, melalui penafsiran norma secara restriktif, yakni dengan membatasi hubungan keperdataan antara anak dan ayah biologisnya, seperti kewajiban bertanggung jawab atas pendidikan, kesehatan, kesejahteraan masa depan, dll.Putusan Majelis Hakim Pengadilan Agama Malang Nomor 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg telah mempertimbangan nilai-nilai yang berkembang di masyarakat, dengan jalan tidak menetapkan adanya hak waris dan hak perwalian nikah terhadap ayah biologis. Putusan tersebut, sejalan

dengan nilai keadilan masyarakat (social justice) atau dalam bahasa agama disebut sejalah dengan kemaslahatan (teori masalah mursalah).

B. Refleksi Teoritik

Anak diluar nikah dalam Islam adalah anak yang lahir tanpa adanya akad pernikahan yang sah (zina). Implikasi yang diterima oleh anak tersebut tidak mendapatkan hak keperdataan baik itu nasab, wali, waris dan aspek hukumnya. Dengan adanya implikasi tersebut anak akan mendapatkan *stereotype* negative oleh masyarakat, dan tidak mendapatkan perlindungan hukum terkait dengan hak-haknya tersebut.

Di Indonesia pengertian tentang anak diluar nikah dapat dijadikan dua pengertian. Pengertian pertama yakni bahwa yang dimaksud dengan anak diluar nikah ialah anak yang dilahirkan dari pernikahan yang sah secara agama tapi tidak dicatatkan (Sirri). Sedangkan pengertian yang kedua ialah anak yang dihasilkan tanpa adanya pernikahan yang sah secara agama (zina). Dari dua devinisi tersebut mempunyai dampak yang berbeda dalam aspek perlindungan hukum. Aspek hukum bagi anak yang dihasilkan dari pernikahan siri dapat mempunyai hak keperdataan secara utuh setelah kedua orang tuanya melakukan isbat nikah di Pengadilan Agama. Sedangkan aspek hukum bagi anak yang dihasilkan dari zina yakni hanya sebatas pengakuan saja yang bertujuan untuk melindungi masa depan anak tersebut.

Adanya putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010 tentang anak diluar nikah telah merubah pandangan hakim Pengadilan Agama. Hal ini

dikarenakan hakim dalam memutus perkara selalu merujuk pada tujuan hukum, yakni: keadilan kemanfaatan dan kepastian.

Dari ulasan diatas peneliti berpandangan bahwa teori penemuan hukum yang digunakan oleh hakim sudah tepat dan benar, yakni melakukan penyempitan makna tentang anak diluar kawin terhadap aturan yang sudah ada (Putusan Mahkamah Konstitusi No: 46/PUU-VIII/2010). Hal ini sejalan dan menguatkan pandangan Sudikno Mertokusumo bahwa dalam penemuan hukum yang penting adalah bagaimana mencari atau menemukan hukum untuk peristiwa konkret (*In-concreto*).

C. Saran

1. Karena rendahnya kesadaran hukum anak yang lahir diluar perkawinan akan hak-hak kehidupan yang layak atau perlindungan hukum maka Pemerintah dan Pengadilan Agama perlu melakukan penyuluhan hukum kepada masyarakat khususnya anak yang lahir diluar perkawinan terhadap hak-hak mereka terhadap kehidupan yang layak baik dari ekonomi maupun pendidikan.
2. Hakim Pengadilan Agama yang menyelesaikan perkara tentang anak diluar kawin hendaknya mencantumkan dan menjelaskan batasan-batasan hak keperdataan anak diluar kawin terhadap ayah atau bapak biologisnya.
3. Dalam penelitian ini peneliti fokus pada teori penemuan hukum maka diharapkan penelitian selanjutnya untuk melakukan kajian tentang hak anak diluar kawin dalam norma hukum ditinjau dari teori hukum progresif. Hal ini

agar tidak ada kegagalan dari hukum dalam memberikan respon terhadap masalah-masalah anak di luar kawin dalam masyarakat.



DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.
- Al-Syafi'i, *Al-Umm*, penerjemah: Ismail Yakub, Kuala Lumpur: Victory Agencie, 2000.
- Abdurrahman Al-Ikk, Khalid, Syaikh, *Pedoman Pendidikan Anak Menurut Al-Quran Dan Sunnah*, penerjemah: Umar Burhanuddin, Surakarta: Al-Qowam, 2010.
- Ahmadi, Abu dan Supriyono, Widodo, *Psikologi Belajar*, Jakarta: Rineka Cipta, 2004.
- Azis Dahlan, Abdul, et al, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: Intermedia, 1996.
- Arikunto, Suharsimi, *Prosedur Penelitian: Suatu Pendekatan Praktek*, Jakarta: Rineka Cipta, 2002.
- An-Nawawi, Imam, *Sahih Muslim bi Syarh al-Imam an-Nawawi* Beirut: Dar-al-Fikr, 1981.
- Ahmad, Amrullah, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional (Mengenang 65 tahun Prof. Dr. Bustanul Arifin, S.H)*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996
- Al-Zuhali, Wahbah, *Al fikih Al- Islami Wa Adillatuhu*, juz 10, Suriah: Darul Fikr, t..th
- Arto, Muki, *Praktek Perdata*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1996.
- Afandi, Ali, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian Menurut KUH Perdata (BW)*, Cet. III, Jakarta: PT. Bina Aksara, 1986.
- Djubaidah, Neng, *Pencatatan Perkawinan & Perkawinan Tidak Dicatat: Menurut Hukum Tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.
- Efendi M. Zein, Satria, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer; Analisis Yuisprudensi Dengan Pendekatan Ushuliyah*, cet-ke 1 Jakarta: Kencana, 2004.
- Fuad, Mahsun, *Hukum Islam Indonesia dari Nalar Partisipatori Hingga Emansipatoris*, Yogyakarta: LkiS, 2005

- Hasaballah, Ali, *Usul at-Tasyri al-Islami*, Mesir: Dar al-Maarif, 1959.
- Hasan, M. Iqbal, *Pokok-Pokok Materi Metodologi Penelitian dan Aplikasinya*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.
- Harahap, M. Yahya, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama UU No. 7 Tahun 1989*, Cet. V Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- Hamami, Taufiq, *Mengenal Lebih Dekat Kedudukan dan Eksistensi Peradilan Agama dalam Sistem Tata Hukum di Indonesia*, Bandung: Alumni, 2003
- Hambal, Ahmad Bin, *Musnad Ahmad Bin Hambal*. Jilid IV, t.tp: Darul Fikr, t.th
- Jauhari, Thanthawi, *Al-jawahri fitafsir al-Qur'an*, Kairo: Mathba'ah al-Bab al-Halabi, t...th
- J, Gerald, *Bentham And The Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- K. Lubis, Suharwadi, *Etika Profesi Hukum*, Jakarta, Sinar Grafika, 2006.
- Khallaf, Abd al-Wahhab, *Masadir al-Tasyri al-Islami fi Ma la Nassa Fihi*, Beirut: Dar al-Qalam, 1970.
- Khallaf, Abdul Wahab, *Ilmu Ushulul Fiqh*, Terj. Noer Iskandar Al-Bansany, dkk, "Kaidah-Kaidah Hukum Islam", Jakarta: CV Rajawali, 1989.
- J Lexy, Meleong, *Metodelogi Penelitian Kualitatif*, Bandung: Remaja Rosdakarya, 2009
- Mamasani, Subhi, *Konsep Dasar Hak-hak Asasi Manusia (Studi Pebandingan Syari'at Islam dan Perundang-undangan Modern)*, alih bahasa Hasanudin, Jakarta: Tintamas Indonesia, 1987.
- Manan, Bagir, *Memulihkan Peradilan yang Berwibawa dan Dihormati*, Jakarta: IKAHI, 2008.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, 2005.
- Manan, Abdul, *Reformasi Hukum Islam*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006.
- Manan, Abdul, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2008.

- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum*, cetakan 1, Yogyakarta: Liberty, 1991
- Mertokusumo, Sudikno, *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangannya sejak 1942*, Jakarta : PT. Gunung Agung, 1973
- Mertokusumo, Sudikno, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1982.
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1998
- Mahkamah Agung RI, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, buku ke-2, edisi 2009
- MD, Mahfud, *Kompetensi dan Struktur Organisasi Peradilan Agama*, dalam: *Peradilan Agama Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 1993
- Mubarok, Jaih *Modernisasi Hukum Perkawinan di Indonesia*, Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2005..
- Muzarie, Mukhlisin, *Kontroversi Perkawinan Wanita Hamil*, Yogyakarta: Pustaka Dinamika, 2002.
- Mughniyah, Jawad, Muhammad. *Fikih Lima Mazhab: Ja;fari, Hanafi, Maliki, Safi'I, Hambali*, terj- Masykur AB, Afif Muhammad dan Idrus al-Kaff, Jakarta: PT Lentera Basritama, 1996.
- N.E Algra dan Van Duyvendijk, *Mula Hukum*, tej. Simorangkir, Bandung: Bina Cipta, 1983.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Bandung: Sumur, 2010.
- Rozak Husein, Abdur, *Hak dan Pendidikan Dalam Islam*, alih bahasa H. Azwir Butun Bandung: Fikahati Aneska, 1992.
- Raharjo, Sajipto, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Bandung: Alumni, 1983.
- Rawls, John, *Teori Keadilan*, tej. Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Cet I, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.
- Rahman, Musthafa, *Anak Luar Nikah: Status dan Implikasi Hukumnya*, Jakarta: Atmaja, 2003.

- Satrio, J. *Hukum Keluarga Tentang Kedudukan Anak Dalam Undang-Undang*, Bandung, PT. Citra Aditiya Bakti, 2005
- Saatrio, J, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Cet. VIII Jakarta: Ghalia Indonesia, 1990
- Sabiq, Sayyid, *Fiqh al-Sunnah*, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1977
- Sutiyosos,Bambang, *Metode Penemuan Hukum*, cet ke-5 Yogyakarta: UII Press, 2015.
- Sulaiman Bin ‘Ast’ast, Abi Daud, *Sunan Abi Daud*, Juz I Beirut: Darul Kutub Al-ilmiah, 1996
- Syarifuddin, Amir, *Ushul Fiqih*, jilid 2, Cet. ke-5, Jakarta: Kencana, 2009
- Sutantio, wulan, Retno dan Iskandar oerip kartawinata, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek*, Cet.VIII, Bandung: Mandar Maju, 1997
- Sayyid Quthb, Syahid, *Tafsir Fi Zhilalil Quran; di Bawah Naungan AL-Quran*, penerjemah: As’ad Yasin dkk, Jakarta: Gema Insani Press, 2001.
- Sabiq, As-Sayyid, *Fiqh As-Sunnah*, Beirut: Dar al-Fikr, 1403 H/1983 M.
- Soekanto, Soerjono, Chalimah Suyanto, dan Widodo, Hartono , *Pendekatan Sosiologi Terhadap Hukum*, Jakarta: Bina Askara, 1988.
- Syarifuddin, Amir, *Ushul Fiqh*, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 2000.
- Sidharta, *Moralitas Profesi Hukum; Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*, Bandung: Refika Aditama, 2006.
- Soekanto, Soerjono, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, Jakarta: Rajawali Press, 1988.
- Shihab, M. Quraish, *Wawasan Al-Qur’an, Tafsir Maudlu’iy atas Pelbagai Persoalan Sosial*, Bandung: Mizan, 1997.
- Takariawan, Cahyadi, *Pernak-Pernik Rumah Tangga Islami; Tatanan Dan Peranannya Dalam Kehidupan Masyarakat*, Surakarta: Era Intermedia, 2005.
- Zuhaili, Wahbah, *Fiqh Imam Syafi’i; Mengupas Masalah Fiqhiyah berdasarkan Al-Quran Dan Hadits*, penerjemah: Muhammad Afifi dkk, Jakarta: Al-Mahira, 2010.

Zainuddin, *Seluk Beluk Pendidikan Dari Al-Ghazali*, Jakarta: Bumi Aksara, 1991.

Zuhdi, Mashfuk, *Masail al-Fiqhiyah*, Jakarta: CV. Haji Masagung, 1988

Undang-Undang Dasar 1945.

Undang-Undang No 34 Tahun 2014 jo Undang-Undang No: 23 Tahun 2002.

Undang-Undang No 1 Tahun 1974.

Undang-Undang No 4 Tahun 1979.

Peraturan Pemerintah No 2 Tahun 1988.





LAMPIRAN-LAMPIRAN



PENGADILAN AGAMA MALANG

Jl. R. Panji Suroso No. 1 Malang Telp. (0341) 491812 Fax. (0341) 473563
<http://www.pa-malangkota.go.id>, email: pamalangkota@gmail.com
M A L A N G 65126

Nomor : W13-A2/2822/PB.00/5/2016

Malang, 23 Mei 2016

Perihal : Permohonan Ijin Penelitian

Yth. Direktur Pasca Sarjana
Program Studi Magister Al-Ahwal Al Syakhsiyyah
Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim
Malang

Dengan Hormat,

Sehubungan dengan surat Saudara Nomor : Un.03.Ps/HM.01.1/217/2016 tanggal 16 Mei 2016, perihal sebagaimana pada pokok surat, kami sampaikan bahwa mahasiswa Saudara Nama : **Helmy Ziaul Fuad**, NIM : 14780005, diberikan izin untuk mengadakan penelitian dalam rangka penyelesaian tugas akhir tesis mengenai '*Penerapan Putusan MK No. 46/Poo-VIII/2010 oleh Hakim Perspektif Penemuan Hukum (Studi Kasus : 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg)*' di tempat kami, dengan ketentuan sebagai berikut:

1. Tidak mengganggu jalannya persidangan;
2. Tidak dibenarkan memeriksa/meneliti berkas-berkas perkara dan atau putusan Pengadilan Agama yang belum berkekuatan hukum tetap;
3. Tidak dibenarkan mencoret/menambah dan atau memberi tanda-tanda lain pada berkas, membawa berkas ke luar ruangan yang telah disediakan atau mengambil sendiri berkas-berkas arsip dari tempat arsip;
4. Tidak dibenarkan menyalahgunakan kesempatan ini untuk tujuan lain atau tujuan tertentu yang dapat mendiskreditkan wibawa Badan Peradilan;

Hormat Kami,

Wakil Ketua,

H. A. Rifan, S.H, M.Hum

NIP. 19601023 199203 1 001

P E N E T A P A N

Nomor 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA

Pengadilan Agama Kelas I A Malang yang memeriksa dan mengadili perkara-perkara perdata pada tingkat pertama dalam persidangan Majelis telah menjatuhkan penetapan dalam perkara permohonan asal usul anak yang diajukan oleh:

PEMOHON I, umur **36** tahun, Agama Islam, pekerjaan swasta (buruh bangunan), tempat tinggal Jalan Kota Malang, selanjutnya disebut "**PEMOHON I**";

PEMOHON II umur 27 tahun, Agama Islam, pekerjaan swasta (Pembantu Rumah Tangga), tempat tinggal di Jalan, Kota Malang, selanjutnya disebut "**PEMOHON II**";

Pengadilan Agama tersebut;

Setelah membaca surat-surat dalam berkas perkara;

Setelah mendengar keterangan Pemohon I dan Pemohon II dan saksi-saksi dimuka persidangan;

TENTANG DUDUK PERKARA

Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II telah mengajukan permohonan asal usul anak ke Pengadilan Agama Kelas I A Malang tertanggal 13 Agustus 2015 dan telah terdaftar di Kepaniteraan Pengadilan Agama Kelas I A Malang Nomor : 0274/Pdt.P/2015/PA.Mlg. tanggal 13 Agustus 2015 dengan mengemukakan hal-hal sebagai berikut :

1. Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II telah melangsungkan perkawinan menurut agama Islam pada tanggal 20 Januari tahun 2010 di wilayah Kelurahan Pandanwangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang dengan

wali bapak kandung Pemohon II yang bernama AYAH KANDUNG PEMOHON II disaksikan SAKSI NIKAH I dan SAKSI NIKAH II serta maskawin Rp.100.000 (seratus ribu rupiah) tunai;

2. Bahwa, dalam perkawinan tersebut Pemohon I dan Pemohon II telah melakukan hubungan layaknya suami istri dan telah dikaruniai seorang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 di RSUD Kota Malang;
3. Bahwa, kelahiran anak Pemohon I dan Pemohon II yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 tersebut tidak dapat dibuatkan akta kelahirannya, karena perkawinan Pemohon I dan Pemohon II sampai anak tersebut lahir belum dicatatkan di Kantor Urusan Agama Kecamatan Blimbing Kota Malang;
4. Bahwa, selanjutnya Pemohon I dan Pemohon II mencatatkan perkawinan di KUA Kecamatan Blimbing Kota Malang pada tanggal 13 September 2013 berdasarkan Kutipan Akta Nikah Nomor :, tanggal 13 September 2013, namun demikian adanya akta nikah tersebut tidak dapat dijadikan dasar dikeluarkannya akta kelahiran bagi anak Pemohon I dan Pemohon II yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010;
5. Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II sangat membutuhkan penetapan Pengadilan tentang asal-usul anak tersebut sebagai dasar dikeluarkannya Akta Kelahiran bagi anak yang bersangkutan dan Pemohon I dan Pemohon II sanggup mengajukan bukti-bukti tentang asal-usul anak tersebut;
6. Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II sanggup membayar semua biaya yang timbul dalam perkara ini;

Bahwa, oleh karena itu Pemohon I dan Pemohon II mengajukan Permohonan Penetapan Asal-usul Anak ini ke Pengadilan Agama Malang dan mohon agar dijatuhkan penetapan sebagai berikut:

PRIMER :

- Mengabulkan permohonan Pemohon I dan Pemohon II;
- Menetapkan anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II lahir pada tanggal 02 Mei 2010, adalah anak dari Pemohon I dan Pemohon II ;
- Memerintahkan Pegawai Pencatat Kelahiran/Kantor Catatan Sipil Kota Malang untuk mengeluarkan Akta Kelahiran anak tersebut yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010;
- Membebaskan biaya perkara sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

SUBSIDER :

Atau apabila Pengadilan Agama Malang berpendapat lain, mohon putusan seadil-adilnya

Menimbang, bahwa pada hari persidangan yang telah ditentukan, Pemohon I dan Pemohon II telah datang dan menghadap di depan sidang dan menerangkan maksud dan tujuannya serta memohon kepada Majelis Hakim agar dapat menetapkan asal usul 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 adalah anak dari Pemohon I dan Pemohon II;

Menimbang, bahwa untuk menguatkan alasan-alasan permohonannya, Pemohon I dan Pemohon II mengajukan bukti-bukti tertulis sebagai berikut:

- 1.1. Fotocopy Kartu Tanda Penduduk Pemohon II Nomor : dan Fotocopy Kartu Tanda Penduduk Pemohon I Nomor : yang keduanya dikeluarkan oleh Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil Kota Malang pada tanggal 16 Nopember 2014 telah dicocokkan sesuai dengan aslinya dan telah bermaterai cukup, selanjutnya oleh Ketua Majelis bukti tersebut diberi tanda (P.1);
- 1.2. Fotocopy Surat Keterangan Kelahiran Nomor : 856 yang dikeluarkan oleh RSUD pada tanggal 20 Mei 2010 telah dicocokkan sesuai

dengan aslinya dan telah bermaterai cukup, selanjutnya oleh Ketua Majelis bukti tersebut diberi tanda (P.2);

- 1.3. Fotocopy Kutipan Akte Nikah Nomor: yang dikeluarkan oleh Kepala Kantor Urusan Agama Kecamatan Blimbing, Kota Malang pada tanggal 13 September 2013, telah dicocokkan sesuai dengan aslinya dan telah bermaterai cukup, selanjutnya oleh Ketua Majelis bukti tersebut diberi tanda (P.3);
- 1.4. Fotocopy Kartu Keluarga Nomor: yang dikeluarkan oleh Kepala Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil Kota Malang pada tanggal 17 Nopember 2014, telah dicocokkan sesuai dengan aslinya dan telah bermaterai cukup, selanjutnya oleh Ketua Majelis bukti tersebut diberi tanda (P.4)
- 1.5. Fotocopy Akta Cerai Nomor: 989/AC/2010/PA.Mlg yang dikeluarkan oleh Panitera Pengadilan Agama Kota Malang pada tanggal 23 Agustus 2010, tanpa aslinya dan telah bermaterai cukup, selanjutnya oleh Ketua Majelis bukti tersebut diberi tanda (P.5);

Menimbang, bahwa selain bukti tertulis Pemohon I dan Pemohon II telah menghadirkan saksi-saksi sebagai berikut:

1. **SAKSI I**, umur 52 tahun, agama Islam, pekerjaan swasta, tempat tinggal di Jalan Kota Malang, memberikan keterangan dibawah sumpahnya sebagai berikut:
 - Bahwa, saksi kenal dengan Pemohon I dan Pemohon II karena saksi adalah ayah kandung Pemohon II;
 - Bahwa, saksi mengetahui Pemohon I dan Pemohon II telah melangsungkan pernikahan sirri pada tanggal 20 Januari 2010 di Kelurahan Pandanwangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang;
 - Bahwa, yang menjadi wali nikah bagi Pemohon II adalah saksi sendiri, dengan mas kawin berupa uang sebesar Rp. 100.000,-

(seratus ribu rupiah), dengan disaksikan oleh 2 (dua) orang saksi yakni SAKSI NIKAH I dan SAKSI NIKAH II;

- Bahwa, pada saat menikah status Pemohon I adalah duda tetapi belum resmi bercerai, demikian pula Pemohon II berstatus janda tetapi belum resmi cerai;
 - Bahwa, setelah pernikahan tersebut, Pemohon I dan Pemohon II berkumpul bersama dengan harmonis dan lahir 1 orang anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010;
 - Bahwa, hingga saat ini anak tersebut tetap tinggal bersama dan dalam pemeliharaan Pemohon I dan Pemohon II, dan hingga saat ini tidak pernah ada orang lain yang menyangkal terhadap kelahiran/keberadaan anak Pemohon I dan Pemohon II tersebut;
 - Bahwa, pada tanggal 13 September 2013 Pemohon I dan Pemohon II kembali melangsungkan pernikahan secara resmi, dan pernikahan tersebut tercatat pada Kantor Urusan Agama Kecamatan Blimbing Kota Malang pada tanggal 13 September 2013 berdasarkan Kutipan Akta Nikah Nomor: tertanggal 13 September 2013;
 - Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II bermaksud untuk membuat Akta Kelahiran atas anak Pemohon I dan Pemohon II yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, namun tidak dapat dilaksanakan karena tanggal kelahiran anak Pemohon I dan Pemohon II tersebut lebih dahulu dari pada tanggal pernikahan yang secara resmi;
2. **SAKSI II**, umur 34 tahun, pendidikan STM, agama Islam, pekerjaan swasta, tempat tinggal di Jl. Kota Malang, memberikan keterangan dibawah sumpahnya sebagai berikut:

- Bahwa, saksi kenal dengan Pemohon I dan Pemohon II karena saksi adalah saudara misan Pemohon I;
- Bahwa, saksi mengetahui Pemohon I dan Pemohon II telah melangsungkan pernikahan sirri pada tanggal 20 Januari 2010 di Kelurahan Pandanwangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang;
- Bahwa, yang menjadi wali nikah bagi Pemohon II adalah ayah kandung Pemohon II, dengan mas kawin berupa uang sebesar Rp. 100.000,- (seratus ribu rupiah), dengan disaksikan oleh 2 (dua) orang saksi yakni SAKSI NIKAH I dan saksi;
- Bahwa, pada saat menikah status Pemohon I adalah duda tetapi belum resmi bercerai, demikian pula Pemohon II berstatus janda tetapi belum resmi cerai;
- Bahwa, setelah pernikahan tersebut, Pemohon I dan Pemohon II kumpul bersama dengan harmonis dan lahir 1 orang anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010;
- Bahwa, hingga saat ini anak tersebut tetap tinggal bersama dan dalam pemeliharaan Pemohon I dan Pemohon II, dan hingga saat ini tidak pernah ada orang lain yang menyangkal terhadap kelahiran/keberadaan anak Pemohon I dan Pemohon II tersebut;
- Bahwa, pada tanggal 13 September 2013 Pemohon I dan Pemohon II kembali melangsungkan pernikahan secara resmi, dan pernikahan tersebut tercatat pada Kantor Urusan Agama Kecamatan Blimbing Kota Malang pada tanggal 13 September 2013 berdasarkan Kutipan Akta Nikah Nomor: tertanggal 13 September 2013;
- Bahwa, Pemohon I dan Pemohon II bermaksud untuk membuat Akta Kelahiran atas anak Pemohon I dan Pemohon II yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada

tanggal 02 Mei 2010, namun tidak dapat dilaksanakan karena tanggal kelahiran anak Pemohon I dan Pemohon II tersebut lebih dahulu dari pada tanggal pernikahan yang secara resmi;

Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II telah mencukupkan keterangannya dan tidak mengajukan apapun lagi, serta memohon kepada Majelis Hakim agar perkaranya diputuskan;

Menimbang, bahwa tentang sesuatu mengenai jalannya persidangan semuanya tercatat dalam berita acara pemeriksaan perkara ini, namun untuk mempersingkat uraian dalam penetapan ini Majelis Hakim cukup menunjuk berita acara dimaksud yang merupakan bagian tak terpisahkan dari penetapan ini;

TENTANG PERTIMBANGAN HUKUM

Menimbang, bahwa maksud dan tujuan diajukannya permohonan ini adalah sebagaimana tersebut di atas;

Menimbang, bahwa dalam permohonannya domisili Pemohon I dan Pemohon II berada pada yurisdiksi Pengadilan Agama Kota Malang, sesuai Pasal 49 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan terakhir dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, maka perkara ini merupakan kewenangan relatif Pengadilan Agama Kota Malang;

Menimbang, bahwa dalil permohonan Pemohon menyatakan Pemohon I dan Pemohon II beragama Islam, oleh karena itu berdasarkan Pasal 63 Ayat (1) huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 1 huruf (b) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, karenanya Pengadilan Agama berwenang memeriksa dan mengadili serta memutus perkara a quo;

Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II dalam permohonannya pada pokoknya memohon kepada Majelis Hakim agar

dapat menetapkan asal usul 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 adalah anak dari Pemohon I dan Pemohon II, dengan mengemukakan alasan sebagaimana termuat dalam surat permohonannya yang telah dicantumkan dalam tentang duduk perkaranya di atas, adalah secara formal telah memenuhi sebagaimana sebuah surat permohonan perdata, sehingga perkaranya dapat diterima untuk dipertimbangkan;

Menimbang, bahwa berdasarkan bukti bertanda P.1., P.2, P.3, P.4 dan P.5 yang diajukan oleh Pemohon I dan Pemohon II bermaterai cukup dan telah dicocokkan serta sesuai dengan aslinya, sehingga Majelis Hakim menilai alat bukti tertulis tersebut sah sebagai alat bukti berdasarkan Pasal 1888 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Pasal 2 ayat (3) Undang-Undang Nomor 13 tahun 1985 tentang Bea Meterai serta Pasal 2 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perubahan Tarif Bea Meterai dan Besarnya Batas Pengenaan Harga Nominal Yang Dikenakan Bea Meterai;

Menimbang, bahwa alat bukti P.1, P.2, P.3, P.4, dan P.5 tersebut merupakan akta autentik yang dibuat oleh pejabat yang berwenang, dan isinya tersebut tidak dibantah, maka nilai kekuatan pembuktiannya adalah bersifat sempurna dan mengikat berdasarkan Pasal 1870 KUH Perdata dan Pasal 165HIR;

Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II di persidangan telah pula menghadirkan bukti 2 (dua) orang saksi yakni **SAKSI I** dan **SAKSI II** untuk menguatkan kebenaran alasan permohonannya, yang mana dari keterangan para saksi tersebut saling bersesuaian dan mendukung dalil permohonan Pemohon I dan Pemohon II, bahwa Pemohon I dan Pemohon II menikah secara sirri pada tanggal 20 Januari 2010 di Kelurahan Pandanwangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang, Pemohon I berstatus duda tetapi belum resmi bercerai dan Pemohon II juga janda tetapi belum resmi bercerai, dalam pernikahan

Pemohon I dan Pemohon II telah dikaruniai 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, yang hingga sekarang anak tersebut tetap tinggal bersama dan dalam pemeliharaan Pemohon I dan Pemohon II, maka secara formal keterangan para saksi dapat dijadikan sebagai bukti dalam perkara ini;

Menimbang, bahwa dari fakta yang terungkap dipersidangan, dari dalil permohonan Pemohon I dan Pemohon II dihubungkan dengan alat-alat bukti tertulis (P.2) dan diperkuat dengan keterangan para saksi terbukti bahwa 1 (satu) orang anak yang bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, telah dilahirkan oleh ibu kandungnya yakni Pemohon II (PEMOHON II) setelah terjadinya pernikahan secara sirri (di bawah tangan) dengan Pemohon I di wilayah Kelurahan Pandan Wangi, Kecamatan Blimbing, Kota Malang, dan pada tanggal 13 September 2013 Pemohon I dan Pemohon II kembali menikah dan tercatat secara resmi di Kantor Urusan Agama Kecamatan Blimbing, Kota Malang;

Menimbang, bahwa pernikahan sirri Pemohon I dengan Pemohon II yang terjadi pada tanggal 20 Januari 2010 adalah pernikahan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah, yang oleh karenanya tidak mempunyai kekuatan hukum (Pasal 5 dan 6 Kompilasi Hukum Islam);

Menimbang, bahwamemperhatikan bukti P.5 (Pemohon II telah bercerai dengan Widiyanto/suami terdahulu dengan Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1409/Pdt.G/2009/PA Mlg. tanggal 6 Juli 2010 dengan Akta Cerai Nomor : 989/AC/2010/PA Mlg tanggal 23 Agustus 2010) dihubungkan dengan keterangan para saksi Pemohon I dan Pemohon II dipersidangan bahwa ketika terjadinya pernikahan sirri Pemohon I berstatus duda tetapi belum resmi bercerai dan Pemohon II juga janda tetapi belum resmi bercerai;

Menimbang, bahwa dari fakta tersebut di atas Majelis Hakim menilai bahwa ketika Pemohon I dan Pemohon II melangsungkan pernikahan sirri pada tanggal 20 Januari 2010, Pemohon II masih terikat pernikahan sebagai suami istri yang sah dengan seorang laki-laki bernama Widiyanto bin Bahrim, karena perceraian Pemohon II dengan Widiyanto bin Bahrim/suami terdahulu baru terjadi dengan Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1409/Pdt.G/2009/PA Mlg. tanggal 6 Juli 2010 dengan Akta Cerai Nomor : 989/AC/2010/PA Mlg tanggal 23 Agustus 2010, oleh karenanya pernikahan sirri Pemohon I dengan Pemohon II yang terjadi pada tanggal 20 Januari 2010 adalah pernikahan yang tidak sah dan terlarang serta tidak mempunyai kekuatan hukum;

Menimbang, bahwa akibat dari hubungan Pemohon I dengan Pemohon II telah lahir seorang anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010, dan akibat hukum dari peristiwa tersebut adalah hubungan hukum yang terdapat didalamnya hak dan kewajiban yang melekat secara timbal balik dan subyek hukumnya meliputi anak, ibu dan ayah biologisnya;

Menimbang, bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan hukum/hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, karena anak tersebut lahir bukan dari perkawinan yang sah sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, namun meskipun demikian anak tetap mempunyai hak;

Menimbang, bahwa syari'at Islam berupaya agar masyarakat dan atau orang-orang yang menyebabkan lahirnya anak tidak sah dapat memelihara atau menyelamatkan anak tersebut agar tidak terlantar (vide Abu Malik bin As Sayyid Salim Shabi, Fiqh Sunah lengkap hal. 63);

Menimbang, bahwa setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, meskipun dia anak biologis berhak untuk dibesarkan dan disejahterakan oleh orang tuanya sendiri, anak berhak memperoleh pendidikan, pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya (vide Pasal 7 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002);

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, dari fakta yang terungkap dipersidangan dihubungkan dengan prinsip-prinsip hukum Islam tentang perlindungan anak dan dihubungkan dengan Undang-Undang Perlindungan Anak dan dihubungkan pula dengan pendapat ahli hukum, dan berdasarkan ketentuan Pasal 55 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974, dan Pasal 103 ayat (1) dan (2) Kompilasi Hukum Islam, maka Majelis Hakim dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul 1 (satu) orang anak yang dimohonkan oleh Pemohon I dan Pemohon II;

Menimbang, bahwa Pemohon I dan Pemohon II telah tinggal dan menetap dan atau tercatat sebagai warga/penduduk Kota Malang, maka berdasarkan ketentuan Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974, dan Pasal 103 ayat (3) Kompilasi Hukum Islam, maka penetapan ini dapat dijadikan dasar atau rujukan bagi Kantor Kependudukan dan Catatan Sipil Kota Malang untuk menerbitkan Akta Kelahiran anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 tersebut di atas;

Menimbang, bahwa perkara asal usul anak ini termasuk dalam bidang perkawinan, maka menurut Pasal 89 ayat (1) undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, kemudian dirubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006, Undang-Undang 50 Tahun 2009, perubahan kedua atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, seluruh biaya perkara ini dibebankan kepada Pemohon I dan Pemohon II;

Memperhatikan, Pasal-Pasal dari ketentuan peraturan perundang-undangan dan dalil-dalil fiqhiyah lainnya yang berhubungan dengan perkara ini;

M E N E T A P K A N

5. Mengabulkan permohonan Pemohon I dan Pemohon II;
6. Menetapkan anak bernama ANAK PEMOHON I DAN PEMOHON II, lahir pada tanggal 02 Mei 2010 adalah anak Pemohon II (PEMOHON II) dan anak biologis dari seorang laki-laki bernama PEMOHON I (Pemohon I) sesuai dengan Akta Nikah Nomor :, tanggal 13 September 2013;
7. Memerintahkan kepada Pemohon I dan Pemohon II untuk mencatatkan penetapan ini di Kantor Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil Kota Malang;
8. Membebaskan kepada Pemohon I dan Pemohon II untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 241.000,- (dua ratus empat puluh satu ribu rupiah);

Demikian Penetapan ini dijatuhkan di Malang, hari Rabu tanggal 02 September 2015 Masehi bertepatan dengan tanggal 18 Zulkaidah 1436 Hijriyah. Oleh kami **Dra. Hj. RUSMULYANI, M.H.** sebagai Hakim Ketua Majelis, **Dra. Hj. SRIYANI, M.H.** dan **MUSTHOFA, S.H., M.H.** masing-masing sebagai Hakim Anggota, Penetapan tersebut diucapkan oleh Ketua Majelis pada hari itu juga dalam sidang terbuka untuk umum dengan dihadiri oleh para hakim anggota serta **MOHAMAD KHOIRUDIN, S.H.** sebagai Panitera Pengganti dan Pemohon I serta Pemohon II;

KETUA MAJELIS

HAKIM ANGGOTA,

Dra. Hj. RUSMULYANI, M.H.

Dra. Hj. SRIYANI, M.H.

MUSTHOFA, S.H., M.H.

PANITERA
PENGGANTI,

MOHAMAD KHOIRUDIN, S.H.

PERINCIAN BIAYA :

1. Biaya Pendaftaran	Rp.	30.000
2. ATK Perkara	Rp.	50.000
3. Biaya Panggilan	Rp.	150.000
4. Redaksi	Rp.	5.000
5. Materai	Rp.	6.000
Jumlah	Rp.	241.000

