

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perkawinan merupakan sarana untuk membangun keluarga dengan ikatan hubungan darah melalui pranata perkawinan.¹ Ikatan tersebut membawa pengaruh untuk saling berharap (*mutual expectation*) membentuk keluarga sakinah sesuai dengan ajaran agama, dikukuhkan dengan kekuatan hukum yang menimbulkan adanya hak dan kewajiban rumah tangga suami-istri sesuai dengan rukun dan syarat yang telah ditetapkan oleh hukum Islam dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.²

Selain tujuan membangun keluarga *samara* (*sakinah, mawaddah, dan rahmah*), tujuan dilangsungkan perkawinan adalah untuk mendapatkan keturunan. Jika suatu hubungan tidak berdasarkan kepada rukun dan syarat yang benar maka anak yang dihasilkan adalah anak yang tidak sah. Amir Syarifuddin³ menjelaskan bahwa anak yang tidak sah adalah anak hasil zina kedua orang tuanya, yakni anak yang dilahirkan dari hubungan kelamin antara laki-laki dengan perempuan yang tidak terikat dalam nikah yang sah.

Berkenaan dengan hal tersebut, kedudukan anak hasil zina hingga saat ini masih menjadi polemik yang tak terhindarkan dalam lapangan hukum, baik dalam hukum positif maupun hukum Islam. Polemik anak hasil zina ini kembali mencuat disebabkan banyaknya kekeliruan dalam proses penentuan status anak hasil zina, mulai dari kekeliruan penetapan hak-hak keperdataannya yang sering mendapat perlakuan diskriminatif, juga mengenai penentuan hubungan *mahram* anak itu dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya.⁴

¹ Muhyidin an-Nawawi, *Al-Majmuu' Syarhu al-Muhadzdzab*, Juz XVII, (Beirut: Dar al-Fikr, 2005), h. 276.

² Slamet Abidin dan Aminuddin, *Fikih Munakahat*, (Bandung: Pustaka Setia, 2009), h. 36.

³ Amir Syarifuddin, *Hukum Kewarisan Islam*, cet. 3, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), h. 148.

⁴ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, cet. 2, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), h. 101.

Dalam regulasi hukum Islam, ulama sepakat bahwa anak luar nikah (hasil zina) tidak memiliki hubungan *nasab* atau keperdataan antara dirinya dengan ayahnya, yang ada ialah hubungan *nasab* antara anak dengan ibunya, karena *syara'* menetapkan anak dari hasil hubungan yang tidak sah dihubungkan secara biologis kepada ibunya.⁵ Pendapat yang lainnya menyatakan anak luar nikah juga tidak ada hubungan *nasab* antara dia dengan ibunya, sebab hubungan itu diukur pada sah tidaknya suatu hubungan perkawinan.⁶

Para ulama sepakat bahwa anak hasil zina tidak memiliki keterikatan *nasab* dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya. Konsekuensi logis dari terputusnya *nasab* tersebut telah berimplikasi kepada terputusnya hubungan *mahram* maupun keperdataan anak dengan laki-laki tersebut (ayah biologis). Asal usul anak merupakan dasar untuk menunjukkan adanya hubungan *nasab* dengan ayahnya, maka para ulama sepakat bahwa anak hasil zina dan *li'an* hanya memiliki hubungan *nasab* dengan ibu dan keluarga ibunya.

Dalam perkembangannya, jika dilihat dari perspektif hukum positif di Indonesia –sebelum adanya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010– telah ditetapkan bahwa anak yang lahir di luar pernikahan (nikah tidak dicatat dan atau anak hasil zina) hanya memiliki hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya. Ketentuan ini terdapat dalam Pasal 43 ayat (1), Undang-Undang (UU) No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yakni Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Selain itu, diperkuat dengan Pasal 100 Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam (KHI), menentukan bahwa anak yang lahir di luar pernikahan (anak hasil zina) hanya mempunyai hubungan *nasab* dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Sampai saat ini, ternyata masih banyak ditemukan beberapa perkara permohonan penetapan asal-usul anak di luar kawin yang diajukan ke Pengadilan Agama. Keadaan ini di satu sisi dinilai menjadi sebuah anomali yang ditampakkan

⁵ Wahbah Zuhaili, *Fiqh Islam Waadillatuhu; Hak-hak Anak, Wasiat, Wakaf dan Warisan*, (terj: Abdul Hayyie Al-Kattani), jilid 10, (Jakarta: Gema Insani, 2011), h. 37.

⁶ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab; Hanafi, Maliki, Syafi'i, Hanbali, Ja'fari*, (terj: Masykur AB, dkk), cet. 15, (Jakarta: Lentera, 2005), h. 578.

menjadi bentuk keprihatian karena keabsahan anak dan sakralitas perkawinan tidak lagi dianggap suci, ia lebih dari sekadar hubungan hukum yang diikat menurut hukum positif dan lepas dari norma hukum agama. Sebab dengan begitu mudahnya pasangan yang tidak terikat perkawinan yang sah, melakukan hubungan badan dan berakibat kepada kehamilan, lantas setelah bayi mulai tumbuh besar barulah pihak ibu menemui masalah hukum terkait dengan status hukum hubungan nasab anak dengan ayahnya, namun di sisi lain ingin memberi perlindungan hukum dan hak bagi anak yang dilahirkan tersebut. Persoalan ini juga menjadi polemik yang belum memperoleh penyelesaian hukum yang jelas.

Sebenarnya, terkait dengan perlindungan anak dalam konsep hukum Islam, terdapat seperangkat prinsip dan asas hukum yang berfungsi untuk melindungi hak-hak anak (*hifzh al-nasl*). Bahkan dalam beberapa penelitian terdahulu telah dikembangkan, misalnya konsep *al-wilayat 'ala al-nafs*⁷ dalam hukum Islam, dijadikan rujukan untuk mengimplementasikan peraturan perundang-undangan perlindungan anak di Indonesia. Lebih dari itu, dalam konteks hukum Indonesia juga telah meratifikasi Konvensi Hak Anak melalui Keputusan Presiden (Keppres) Nomor 36 Tahun 1990, menjadikannya hukum yang mengikat untuk menjamin perlindungan dan pemenuhan hak anak, yang kemudian diimplementasikan dalam UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana diubah dengan UU No. 35 Tahun 2014, dan telah dibentuk lembaga Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) untuk melindungi hak anak dengan segala dimensinya.⁸

Secara spesifik mengenai anak di luar kawin ditentukan melalui lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 27 Februari 2012 tentang status anak di luar kawin yang banyak menimbulkan kontroversial di tengah-tengah masyarakat,⁹ terutama dalam amar putusan MK tersebut pada poin 3.14 yang berbunyi: “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan

⁷ Didi Mashudi, *Konsep al-Wilayat 'Ala al-Nafs dalam Hukum Islam dan Hubungannya dengan Peraturan Perundang-undangan Perlindungan Anak di Indonesia*, Disertasi Doktor Hukum Islam Program Pascasarjana UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2012.

⁸ Ibnu Anshori, *Perlindungan Anak Menurut Perspektif Islam*, (Jakarta: KPAI, 2007), h. 95.

⁹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), h. 204-205.

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”.¹⁰

Meskipun demikian, lahirnya putusan tersebut ternyata menimbulkan polemik lain baik di kalangan akademisi, praktisi maupun masyarakat, misalnya Ma'ruf Amin. Menurutnya, Putusan MK tersebut telah menjadi kontroversial karena dinilai membuka peluang untuk dipahami adanya hubungan perdata antara anak yang dilahirkan dari hasil zina dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya. Hubungan perdata dimaksud dalam hukum Islam adalah terkait dengan nasab, waris, nafkah, dan wali. Sehingga Putusan MK tersebut seolah-olah dapat menjadi pintu masuk dilegalkannya zina.¹¹

Dalam perspektif hukum perdata, kata-kata “hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”, akan menimbulkan akibat hukum, bahwa anak akan mendapatkan biaya pemeliharaan, pendidikan, kesehatan dan jaminan masa depan dari ayah biologisnya. Dalam konteks ini, kedudukan ayah biologis menjadi orang tua yang mempunyai kewajiban menurut hukum untuk memelihara dan mendidik anaknya, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 45 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.¹²

Merespon lahirnya Putusan MK tersebut, Mahkamah Agung RI melalui Rakernas tahun 2012 di Manado, telah menetapkan bahwa anak yang lahir dari hubungan di luar kawin dan pernikahan di bawah tangan (*nikah sirri* termasuk *nikah mut'ah*) berhak mendapatkan nafkah dan pembagian sebagian harta peninggalan bapak biologisnya melalui *wasiat wajibah*.¹³

Lahirnya putusan MK tersebut juga dijadikan sarana termasuk Hj. Aisyah Mochtar binti H. Mochtar Ibrahim alias Machicha Mukhtar yang mengajukan gugatan perkara pengakuan hubungan hukum anak di luar kawin ke Pengadilan Agama Jakarta Selatan, sebagai upaya memperoleh status perkawinannya dengan

¹⁰ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, (27 Pebruari 2012), h. 35.

¹¹ Maruf Amin, *Kata Pengantar Ketua MUI, Buku Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam*, h. vi.

¹² Mukti Arto, *Gugatan Nafkah Anak Luar Nikah Sebagai Ta'zir dan Penyelesaiannya di Pengadilan Agama*, h. 3.

¹³ Mahkamah Agung RI., *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama Buku II*, Edisi Revisi 2010, (Jakarta: Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, 2011).

almarhum Drs. Moerdiono, sekaligus status hukum anak yang dilahirkan dari hasil perkawinannya yang bernama Muhammad Iqbal Ramadhan yang lahir di Jakarta, pada hari Senin, tanggal 5 Februari 1996. Putusan Pengadilan Agama Jakarta Selatan Nomor 1241/Pdt.G/2012/PA.JS., tanggal 24 April 2013 Masehi bertepatan dengan tanggal 13 Jumadilakhir 1434 Hijriyah telah mengabulkan sebagian tuntutan Pemohon (Machicha Mukhtar), yakni adanya hubungan keperdataan antara anak yang bernama Muhammad Iqbal Ramadhan dengan bapak biologisnya Moerdiono. Pada Tingkat Banding Nomor 75/Pdt.G/2013/PTA.JK., tanggal 1 Oktober 2013 Masehi, bertepatan dengan 25 Zulkaidah 1434 Hijriyah yang amarnya menyatakan anak yang bernama Muhammad Iqbal Ramadhan, lahir pada tanggal 5 Februari 1996 adalah anak di luar perkawinan dari Penggugat (Hj. Aisyah Mochtar binti H. Mochtar) dan Drs.Moerdiono bin Sukadji Soekomihardjo. Selanjutnya pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 329 K/Ag/2014, tanggal 22 Juli 2014 menolak permohonan kasasi dalam perkara penetapan Muhammad Iqbal Ramadhan sebagai anak yang sah dari Drs. Moerdiono. Hal tersebut juga telah dikuatkan dengan Putusan Kasasi Mahkamah Agung tersebut juga telah dikuatkan oleh Majelis Peninjauan Kembali Mahkamah Agung.¹⁴

Dengan lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, maka status keperdataan anak luar nikah secara keseluruhan seperti tergambar dalam beberapa peraturan tersebut di atas telah berubah. Dalam amar putusannya dinyatakan, “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. Dengan putusan ini, anak di luar

¹⁴ Amar putusan nomor 89 PK/Ag/2015, tanggal 15 Desember 2015 masehi, adalah: menolak permohonan peninjauan kembali dari pemohon peninjauan kembali hj. Aisyah mochtar binti h. Mochtar ibrahim, tersebut; dan membebaskan pemohon peninjauan kembali/penggugat untuk membayar biaya perkara dalam tingkat pemeriksaan peninjauan kembali ini sejumlah Rp2.500.000,00 (dua juta lima ratus ribu rupiah);

kawin berhak mendapatkan hak-hak keperdataan dari ayah biologisnya, antara lain biaya hidup, akta lahir, perwalian, hingga warisan.¹⁵

Berbeda dengan pendapat lainnya yang dikemukakan oleh Asrofi¹⁶ bahwa kedudukan hukum anak yang lahir di luar kawin erat kaitannya dengan pengaturan hukum anak dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, yakni pada ketentuan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan, “Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan”.

Esensi dari itu semua adalah keinginan untuk memberikan perlindungan hukum terhadap anak, yakni dengan memberikan hak-haknya secara hukum. Secara rinci hak-hak anak sendiri disebutkan dalam Pasal 5 sampai dengan Pasal 18 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana telah diubah dengan UU No. 35 Tahun 2014, yang antara lain “anak berhak mengetahui orang tuanya”. Mengetahui orang tuanya berkaitan dengan asal-usul anak. Asal usul anak ini dapat dibuktikan antara lain dengan akta kelahiran. Bagi anak yang lahir dari perkawinan yang sah untuk mendapatkan akta kelahiran tidaklah sulit, tinggal diurus sesuai dengan prosedur dan persyaratan yang ditentukan, sehingga anak yang lahir dari perkawinan yang sah mendapatkan perlindungan yang sempurna berkaitan dengan “*hifdz al-nasl*” (pemeliharaan keturunan) dengan segala akibat hukumnya. Namun, bagi anak yang dilahirkan tidak dari perkawinan yang sah, untuk mengetahui asal-usul anak harus melalui putusan pengadilan, namun realitanya tidak semua permohonan asal-usul anak dikabulkan oleh pengadilan, sehingga tidak ada kepastian perlindungan hukum bagi anak.

Berkenaan dengan hal tersebut, pengadilan hanya mengabulkan permohonan asal-usul anak apabila permohonan tersebut terbukti berdasarkan dan beralasan hukum. Jika permohonan tidak berdasarkan dan tidak beralasan hukum, maka permohonan tersebut akan ditolak. Oleh karena itu, menjadi sangat penting

¹⁵ Taufiqurrahman Syahuri, *Legislasi Hukum Perkawinan Di Indonesia; Pro-Kontra Pembentukannya Hingga Putusan Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2013), h. 192-193.

¹⁶ Asrofi, *Kedudukan Hukum Anak di luar kawin dalam Sistem Hukum Indonesia* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2019), h. 45.

mengetahui permohonan asal usul anak dan akibat hukum penetapan Pengadilan tentang asal usul anak.¹⁷

Untuk mengkaji lebih jauh kedudukan hukum anak di luar perkawinan, dapat dihubungkan dengan ikatan *nasab* dalam doktrin hukum Islam sebagai sesuatu yang sangat urgen, karena *nasab* merupakan nikmat yang paling besar yang diturunkan oleh Allah SWT kepada hamba-Nya, sebagaimana firman dalam Al- Quran 25:54. Dalam ayat tersebut dijelaskan bahwa *nasab* merupakan nikmat yang berasal dari Allah. Hal ini dapat dipahami dari lafaz “*fa ja’alahu nasabaa.*” Dan perlu diketahui bahwasanya *nasab* juga merupakan salah satu dari lima *maqasid al-syari’ah*.¹⁸

Nasab adalah legalitas hubungan kekeluargaan yang berdasarkan pertalian darah, sebagai salah satu akibat dari pernikahan yang sah, atau nikah fasid, atau senggama syubhat (zina). *Nasab* merupakan sebuah pengakuan syara’ bagi hubungan seorang anak dengan garis keturunan ayahnya sehingga dengan itu anak tersebut menjadi salah seorang anggota keluarga dari keturunan itu dan dengan demikian anak itu berhak mendapatkan hak-hak sebagai akibat adanya hubungan *nasab*, seperti hukum waris, pernikahan, perwalian dan lain sebagainya. Seperti dijelaskan oleh Ibnu Qayyim, bahwa ada hak-hak Allah di dalam setiap penetapan sebuah *nasab*, hak bagi anak, hak bagi ayah, dan penetapan tersebut berakibat hukum atas hubungan hukum antarmanusia demi menjaga kemaslahatannya.¹⁹

Berangkat dari definisi dan fungsi *nasab* yang telah dijelaskan, sangat wajar jika para ulama menjadikan institusi perkawinan yang sah (*al-firasy*)²⁰ sebagai satu-satunya landasan otomatis dan kuat untuk menetapkan *nasab* seorang anak. Konsensus ini muncul karena pernikahan sah menciptakan kepastian hukum dan melindungi semua pihak—terutama anak—dari keraguan, sengketa, serta pelanggaran terhadap kemaslahatan dan hak-hak yang telah disebutkan. Oleh

¹⁷ Asrofi, “Penetapan Asal Usul Anak dan Akibat Hukumnya dalam Hukum Positif”, dalam <http://www.new.pa-mojokerto.go.id/surve-kepuasan/263-penetapan-asal-usul-anak-dan-akibat-hukumnya-dalam-hukum-positif>, diakses tanggal 18 Maret 2021.

¹⁸ Al-Syathibi, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari’ah*, Juz II, (Beirut: Dar al-Kutub al-Islamiyah, t.t), h. 12-23.

¹⁹ Ibnu Qayyim Al-Jauziah, *al-Turuq al-Hukmiyyah*, (Beirut: Maktabah Al-Muayyadh, 1998) h. 191.

²⁰ Kata *al-firasy* terdapat dalam hadits Nabi sebagai berikut: “*الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ*” (HR. Al-Bukhari dan Muslim).

karena itu, "alas tidur" yang dimaksud bukan sekadar tempat fisik, melainkan sebuah status hukum yang memberikan legitimasi penuh atas hubungan darah antara ayah dan anak yang dilahirkan.²¹

Dengan demikian, para ulama telah bersepakat bahwa "lil firasy" (alas tidur) merupakan dasar penetapan *nasab*. Adapun makna dari "alas tidur" tersebut adalah hubungan pernikahan antara laki-laki dan perempuan. Makna alas tidur secara syariat adalah ikatan perkawinan yang masih berjalan ketika kehamilan terjadi. Maka, jika seorang perempuan mengandung, nasab anak yang dikandungnya itu ditetapkan kepada pasangannya, tanpa memerlukan adanya penjelasan dari istri, atau pengakuan dari suami. Dalam hal ini, nasab ditetapkan secara syar'i oleh alas tidur."²²

Seseorang boleh menasabkan dirinya kepada seseorang atau ayahnya apabila sudah terpenuhi syarat-syaratnya, adapun syarat-syaratnya adalah, *Pertama*, seorang anak yang lahir dari seorang perempuan benar-benar hasil perbuatannya dengan suaminya; *Kedua*, ketika perempuan hamil, waktunya tidak kurang dari waktu kehamilan pada umumnya; dan *Ketiga*, suami tidak mengingkari anak yang lahir dari istrinya.²³

Permasalahan yang timbul ketika seorang laki-laki mengakui anak yang dilahirkan dari seorang wanita itu anaknya, sementara ia tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan wanita tersebut, atau wanita tersebut tidak berada dalam ikatan perkawinan dengan laki-laki lain. Berkaitan dengan permasalahan di atas ada perbedaan pendapat di antara ulama. Jumhur Ulama menyatakan anak yang dilahirkan tersebut tidak dapat dinasabkan kepada laki-laki yang mengakuinya,²⁴

²¹ Muhammad Abū Zahrah, *Al-Aḥwāl al-Shakhsīyyah* (Kairo: Dār al-Fikr al-‘Arabī, t.th.), h. 322.

²² Abdul Wahab Khalaf, *Aḥkam al-Aḥwāl al-Syakhsīyyah*, (Darul Al Qalam, Kuwait, 1990) 186. Lihat juga, Muṣṭafā al-Khin et al., *Al-Fiqh al-Manḥajī ‘alā Madhhab al-Imām al-Shāfi‘ī*, Juz 4, (Damaskus: Dār al-Qalam, 2013), h. 258.

²³ Abdul Karim Zaidan, *Al-Mufasssol fī Aḥkam al-Mar’ah*, cet. Ke-1, juz 9 (Beirut, Muassasah ar-Risalah tahun 1413 H/ 1993 M,) 321.

²⁴ Lihat pandangan Jumhur dalam: Abū Zakariyā Muḥyī al-Dīn Yahyā ibn Syaraf al-Nawawī, *al-Majmū‘ Syarḥ al-Muḥadhdhab*, ed. Muḥammad Najīb al-Muṭī‘ī, Jilid ke-16 (Jeddah: Maktabah al-Irshād, t.th.), h. 345-346; dan dalam Kitab Mazhab Maliki: Abū al-Walīd Muḥammad ibn Aḥmad ibn Rushd al-Qurṭubī, *Bidāyah al-Mujtahid wa Nihāyah al-Muqtaṣid* (Kairo: Dār al-Ḥadīth, 2004), h. 478-479.

namun sebagian ulama lainnya yakni Ulama Hanafiyah,²⁵ Syaikhul Islam Ibnu Taimiyah,²⁶ muridnya Ibnu Qayyim al-Jauziyah²⁷ serta beberapa ulama besar lainnya menyatakan anak tersebut dapat dinasabkan kepada laki-laki yang mengklaim anak yang dilahirkan dari perempuan tersebut.

Kaitannya dengan fenomena yang tertuang dalam kitab-kitab fiqh di atas, Ternyata ada perbedaan pendapat di kalangan ulama dan secara lebih spesifik ditemukan kasusnya secara nyata dalam praktik peradilan di lingkungan Peradilan Agama dan untuk itu perlu dilakukan studi tentang penerapan hukumnya yakni pada Putusan Mahkamah Agung Nomor 751 K/AG/2017.²⁸

Adapun duduk perkara Putusan Mahkamah Agung Nomor 751 K/AG/2017 bahwa seorang pemuda berpacaran dengan seorang gadis keduanya mahasiswa pada sebuah perguruan tinggi di Jawa Tengah. Begitu dekatnya hubungan mereka sehingga akhirnya gadis itu hamil, namun tanpa sepengetahuan A, si B meninggalkan kuliah dan pulang kampung hingga melahirkan. Setelah menyelesaikan kuliah A lalu menikahi B setelah melahirkan anaknya, bernama C bahkan telah berusia 1 tahun. Setelah hidup sebagai suami istri keduanya dikaruniai lagi 2 orang anak, sehingga genap 3 orang anak yang mereka miliki, namun ada hal yang mengganjal pemikiran A dan B tentang kondisi anak mereka C, yang masih bernasab kepada ibunya, tentunya ke depan sangat memengaruhi kondisi psikologis anak tersebut. Untuk itu mereka mengajukan permohonan asal usul anak ke Pengadilan Agama, akan tetapi ditolak oleh Pengadilan Agama dengan alasan C adalah anak hasil zina yang hanya bernasab kepada ibunya.

²⁵ Lihat pendapat mazhab Hanafi: Burhān al-Dīn Abū al-Ḥasan ‘Alī ibn Abī Bakr al-Marghīnānī, *al-Hidāyah Syarḥ Bidāyah al-Mubtadī*, Juz 3, (Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī, t.th.), h. 178. Hanafiyah membolehkan pengakuan nasab terhadap anak orang lain (*al-majhūl al-nasab*) dengan syarat-syarat tertentu, termasuk tidak adanya pihak lain yang mengklaim dan kemungkinan secara akal anak tersebut adalah anaknya.

²⁶ Lihat argumen Ibnu Taimiyah: Taqī al-Dīn Aḥmad ibn ‘Abd al-Ḥalīm ibn Taimiyyah al-Harrānī, *Majmū’ al-Fatāwā*, ed. ‘Āmir al-Jazzār dan Anwar al-Bāz (Riyadh: Dār al-Wafā’, 1997), h. 268-272. Beliau berpendapat bahwa pengakuan (*iqrār*) terhadap anak zina dapat diterima jika tidak ada pihak yang menyangkal dan untuk kemaslahatan anak.

²⁷ Lihat penjelasan rinci Ibnu Qayyim: Syams al-Dīn Abū ‘Abd Allāh Muḥammad ibn Abī Bakr ibn Qayyim al-Jawziyyah, *Zād al-Ma’ād fī Ḥadyi Khair al-‘Ibād* (Beirut: Mu’assasah al-Risālah, 1415 H/1994 M), h. 421-425. Beliau menguatkan pendapat gurunya (Ibnu Taimiyah) dengan dalil-dalil yang menekankan kemaslahatan dan penghindaran mudarat bagi anak.

²⁸ Dalam disertasi ini juga disajikan beberapa putusan peradilan agama sebagai pembandingan untuk menambah gaya penelitian ini.

Para ulama berbeda pendapat mengenai kedudukan seorang pezina yang menginginkan penetapan nasab atas anak hasil zinanya. *Pertama*, seorang perempuan yang berzina yang terikat pernikahan memiliki alas tidur, maksudnya sudah menikah, dan ia melahirkan anak setelah 6 bulan dari waktu pernikahannya. Maka dalam kondisi ini anak tersebut dinasabkan kepada suaminya. Suaminya tersebut pun tidak bisa menolak, kecuali ia berani *me-li'an* istrinya. Dan walaupun ada laki-laki lain yang mengaku bahwa ia pernah berzina dengan perempuan tadi dan anak tersebut adalah anak hasil zinanya, maka menurut *ijma*, pengakuan itu tidak bisa menggugurkan kaidah tersebut di atas. Hak ini sesuai dengan hadis Nabi Saw:

الولد للفراش وللعاهر الحجر

Artinya: “Anak itu milik alas tidur, sedang laki-laki yang menzinainya dapat batu (dirajam).²⁹

Berkaitan dengan hadist tersebut Juhum Ulama bersepakat bahwa jika seorang anak dilahirkan dalam pernikahan (alas tidur) seorang laki-laki, kemudian ada lelaki lain mengakui itu anaknya, maka pengakuan tersebut tidak diterima.³⁰

Kedua, perempuan yang berzina ini belum menikah. Namun, lelaki yang berzina dengannya tidak meminta penetapan nasab, dan tidak pula mengakui bahwa bayi tersebut adalah anaknya dari hasil zina. Maka, dalam kondisi ini anak tersebut tidak dapat dinasabkan. Tidak seorang ulama pun yang berpendapat dibolehkannya penisbatan nasab langsung anak hasil zina kepada lelaki pezina, tanpa ada pengakuan dari lelaki pezina tersebut.³¹

Ketiga, perempuan yang berzina ini belum menikah, dan lelakinya itu menginginkan penisbatan anak hasil zina kepada dirinya. Maka, hal ini merupakan objek perbedaan pendapat di kalangan ulama pro kontra.³²

Permasalahan tersebut mungkin tidak akan terjadi apabila para pihak, khususnya orang tua yang melahirkan anak di luar kawin memahami dengan

²⁹ Imam Bukhori, *Al-Jami' Shahih Al-Bukhari*, (Dar al-Fikr, Beirut, 1976, h. 3053.

³⁰ Ibnu Qudamah, *Al-Mughni*, (Riyadh: Daar Al-Aalami Al-Kutub, 1992). Lihat pula, (Perpustakaan Islam Digital-Pusat Kajian Hadis Al-Mughni Islamic Center Jilid 9, Jakarta), h. 123.

³¹ Imam Mawardi, *Al-Haawi Al-Kabiir jilid 8* (Riyadh: Daar Al-Aalami Al-Kutub, 1986), h. 455.

³² Ibnu Qayyim al-jauziyah, *Zaad al-Ma'ad*, Juz 5 (Beirut: Daarul Kitab Al-Arabi, 2005), h. 381.

benar pentingnya melakukan perkawinan yang sah, karena hakikat perkawinan dalam Islam merupakan akad yang menghalalkan kedua belah pihak antara laki-laki dan perempuan untuk hidup bersama mencapai tujuan perkawinan yaitu *sakinah, mawaddah* dan *warahmah*. Sehingga bisa dipahami perkawinan sebagai akad untuk beribadah kepada Allah, akad untuk menegakkan syariat Allah, akad untuk membangun, meniti hari-hari dalam kebersamaan rumah tangga dengan tujuan tersebut. Perkawinan berarti akad untuk saling melindungi dan akad untuk tidak melakukan pelanggaran dan saling menyakiti hati dan perasaan.³³

Namun demikian, dalam kenyataan tidak sedikit polemik yang terjadi terkait dengan masalah hukum perkawinan, salah satunya adalah mengenai keabsahan hukum perkawinan tidak tercatat. Ada banyak istilah yang padanannya hampir sama. Misalnya, ada yang menyandingkan istilah teknis perkawinan tercatat dan tidak tercatat dengan sebutan *registered marriage* dan *unregistered marriage*. Sebagian lainnya ada pula yang menyebutnya dengan sebutan *official marriage* dan *unofficial marriage*. Dalam nomenklatur hukum kebiasaan di Mesir ada yang menyandingkannya dengan istilah *syar'i marriage* dan *urfi marriage*. Bahkan ada pula yang menyebut perkawinan tidak tercatat dengan sebutan *contract marriage*.

Oleh karena itu, salah satu aspek penting hukum Islam adalah hukum kekeluargaan (*al-ahwal asy-syakhsyyah*) yang di dalamnya mencakup hukum perkawinan adalah keharusan melaksanakan perkawinan secara sah (*legal*). Karena hukum perkawinan termasuk ke dalam kategori ibadah *ghair mahdlah* yang mengatur hubungan manusia dengan manusia lainnya dan akibat perkawinan akan menimbulkan suatu hak dan kewajiban. Sumber utama hukum perkawinan Islam adalah *nash* al-Quran dan al-Sunnah. Namun dalam penerapannya, *nash* al-Quran dan al-Sunnah tersebut dijabarkan melalui *ijtihad* untuk menyelesaikan berbagai kasus perkawinan yang muncul seperti kasus anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah atau perkawinan di luar pencatatan.

Dalam banyak kasus yang terjadi, beberapa Putusan Mahkamah Agung yang disandarkan kepada putusan MK cenderung didasarkan kepada prinsip

³³Bakri A. Rahman dan Ahmad Sukardja, *Hukum Perkawinan Menurut Hukum Islam, Undang-undang Perkawinan dan Hukum Perdata/BW* (Jakarta: Hidakarya Agung, 1981) 11.

kemaslahatan sebagaimana tujuan dari *maqâsid al-syari'ah*. Maka tidak heran ketika Maruf Amin (yang saat itu menjadi Ketua MUI) mengomentarnya bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi muncul karena adanya kesalahan berpikir, ingin mendatangkan kemaslahatan, tetapi menabrak ketentuan syariah (*dzikrul al-manfa'ah wa yuradu bi hi al-bathil*). Menurut Majelis Ulama Indonesia (MUI), *mashlahat* yang ingin dicapai oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusannya tersebut merupakan *mashlahah mauhumah* (*mashlahat* yang masih asumtif) karena menabrak *nash*. Kemaslahatan yang nyata (*mashlahah haqiqiyah*) adalah kemaslahatan yang sesuai dengan *nash*.³⁴

Menurut Muhammad Sa'id al-Ramdan al-Buti yang dikutip oleh Abdul Manan³⁵ bahwa hakikat *mashlahah al-mursalah* adalah setiap manfaat yang tercakup dalam jiwa syariah dengan tanpa ada dalil yang membenarkan atau membatalkannya. Kemudian Abdul Manan menyimpulkan bahwa *masalahah mursalah* adalah sesuatu yang baik menurut akal dengan pertimbangan dapat mewujudkan kebaikan atau menghindarkan keburukan, apa yang lebih baik menurut akal itu juga selaras dan sejalan dengan jiwa syariah dalam merekonstruksi bangunan hukum, kebaikan dan keselarasan itu tidak terdapat dalil yang mengakuinya.³⁶

Lahirnya putusan Mahkamah Agung tersebut, meskipun secara normatif telah membuka ruang bagi pengakuan hubungan keperdataan antara anak yang lahir di luar ikatan perkawinan dengan ayah biologisnya, dalam praktiknya belum sepenuhnya dapat dikatakan telah mencapai konsistensi dan finalitas yuridis yang diharapkan. Realitas di lapangan menunjukkan bahwa implementasi putusan tersebut tidak serta-merta diikuti secara linier oleh beberapa putusan di lingkungan peradilan agama, sehingga menciptakan disparitas penafsiran dan aplikasi hukum. Bahkan, dapat dikatakan bahwa putusan tersebut belum secara komprehensif menjawab polemik mendasar terkait dengan status anak hasil

³⁴ Maruf Amin, *Kata Pengantar Ketua MUI, Buku Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam*, vi .

³⁵ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta Raja Grafindo Persada, 2006) 266

³⁶ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, 267

hubungan di luar perkawinan, khususnya menyangkut hak-hak keperdataan yang menyeluruh (*comprehensive civil rights*).

Hak-hak keperdataan yang dimaksud meliputi suatu konstelasi hukum integral, mulai dari penetapan status hukum (*legal standing*) sebagai anak yang diakui secara penuh akibat hubungan biologis antara laki-laki (ayah biologis) dan ibunya, yang tidak hanya bersifat deklaratif tetapi juga konstitutif. Selanjutnya, rangkaian hak tersebut mencakup hak atas nafkah (*right to maintenance*) yang bersifat kontinyu, hak untuk mewaris (*hereditary right*) dari ayah biologis beserta keluarga paternalnya, serta hak atas perwalian dalam akad nikah (*guardianship in marriage*), yang dalam hukum Islam merupakan otoritas sekaligus tanggung jawab fundamental dari garis ayah.

Ketiadaan regulasi atau penafsiran hukum yang seragam dalam menindaklanjuti putusan Mahkamah Agung tersebut berpotensi menjadikan perlindungan hukum bagi anak bersifat parsial dan tidak utuh. Padahal, esensi dari seluruh konstruksi hukum ini seharusnya mengarah pada terwujudnya perlindungan hukum yang holistik (*holistic legal protection*), yang berorientasi pada kemaslahatan anak (*maslahat al-awlad*) sebagai subjek hukum yang rentan. Lebih jauh lagi, cita-cita hukum modern menuntut adanya suatu penegakan hukum yang secara prinsipil dan konsisten berorientasi pada kepentingan terbaik anak (*the best interest of the child principle*). Prinsip ini seharusnya menjadi norma dasar (*grand norm*) yang menjiwai setiap derifat aturan dan putusan pengadilan, mengatasi sekadar hubungan biologis untuk mencapai kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum yang substantif bagi masa depan anak. Oleh karena itu, diperlukan kajian mendalam untuk mengidentifikasi faktor-faktor penyebab diskrepansi tersebut dan merumuskan model harmonisasi antara hukum materiil (fiqh), hukum formil (acara), dan konstitusi dalam kerangka paradigma perlindungan anak yang progresif.

Apabila dikaji dengan perspektif *mashlahat*, Putusan Mahkamah Agung tampaknya belum banyak mempertimbangkan prinsip *maslahat al-dharuriyah* yaitu pemeliharaan dan perlindungan keturunan (*hifdz al-nasl*) hal itu sejalan dengan pendapat MUI, yang di satu sisi ingin menerapkan *maslahat* tapi di sisi

yang lain menabrak ketentuan syariat, di mana tujuan (*hifdz al-nasl*) untuk menjamin terpeliharanya keturunan. Meski harus diakui menetapkan asal usul anak di luar kawin melalui putusan pengadilan secara kasat mata masuk ke dalam kategori justifikasi hukum (*hillah syar'iyah/legal trick*) yang problematis,³⁷ yang berarti menghalalkan yang haram, meskipun berdasarkan asas kepentingan terbaik bagi anak.³⁸

Menurut penulis, selama ini belum ada kajian kritis dan sistematis terhadap penalaran hukum (*legal reasoning*), pendekatan penafsiran (*interpretation method*), konsistensi dan kejelasan substansi (*clarity and substance*) putusan Mahkamah Agung yang dalam menetapkan asal usul anak di luar kawin yang selama ini sering dibahas secara afirmatif³⁹ dan normatif.⁴⁰

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut, peneliti berpendapat bahwa kedudukan hukum anak yang lahir di luar kawin merupakan permasalahan hukum yang menarik untuk diteliti, terutama mengkaji Putusan Mahkamah Agung terkait penetapan asal usul anak di luar kawin dalam perspektif hukum Islam dengan beberapa metode pendekatan hukum. Oleh karena itu, disertasi ini diberi judul: ***Kritik Hukum Atas Putusan Mahkamah Agung tentang Penetapan Asal usul Anak tanpa nikah dan Implikasinya Kepada Hak-hak Keperdataan Anak.***

³⁷ Konsep *hīlah syar'iyah* (alasan hukum/siasat syar'i) dan batas-batas penerimaannya dalam fikih, terutama terkait masalah nasab, secara Ibnul Qayyim membahas secara analitis bagaimana upaya mengakali hukum (seperti mengakui anak orang lain) dapat berujung pada pelanggaran terhadap ruh syariat dapat ditemukan. Ibn Qayyim al-Jawziyyah, *I'lām al-Muwaqqi'īn 'an Rabb al-'Ālamīn*, Juz 3, (Riyadh: Dār 'Ālam al-Fawā'id, 1423 H), h. 176-182.

³⁸ Mengenai ketegangan antara prinsip *the best interest of the child* dalam hukum positif dan larangan *tahlīl al-harām* dalam fikih, untuk analisis komparatifnya yang membahas bagaimana prinsip modern perlindungan anak berinteraksi, dan kadang berbenturan, dengan tujuan-tujuan syariat yang sudah mapan, dapat dilihat dalam: Mohammad Hashim Kamali, *Maqāṣid al-Sharī'ah and the Protection of Children: A Case Study of Child Custody and Guardianship*, Islamic Studies 55, no. 3/4 (2016), h. 245-270.

³⁹ Maksud afirmatif di sini adalah dibahas hanya untuk **mengukuhkan atau membenarkan** putusan MA tersebut, tanpa sikap skeptis atau evaluatif. Biasanya berupa pujian atau penerimaan.

⁴⁰ Maksud normatif di sini adalah Hanya dilihat dari sudut pandang **aturan hukum yang tertulis** (*black-letter law*), misalnya "berdasarkan Pasal X, maka putusan MA benar". Kajian normatif kurang menyentuh aspek di balik aturan, seperti dampak sosial, politik hukum, filsafat hukum, atau konsistensi logika internal putusan itu sendiri

B. Rumusan Masalah

Mengacu kepada latar belakang masalah tersebut kiranya dapat diidentifikasi permasalahannya bahwa: (1) Putusan Mahkamah Agung memberikan isyarat untuk perlindungan maksimal kepada anak di luar perkawinan yang sah atau legal, terutama anak hasil zina; (2) Anak yang lahir di luar kawin merupakan akibat hubungan perkawinan di bawah tangan dan hasil perzinahan; (3) Status atau kedudukan hukum anak yang lahir di luar kawin dan belum memiliki identitas hukum rentan tidak mendapatkan jaminan perlindungan hukum, dan diabaikannya hak-hak dasarnya; dan (4) Lembaga Peradilan sebagai tempat upaya hukum mendapatkan kejelasan asal-usul anak di luar kawin.

Dengan identifikasi permasalahan tersebut kiranya dapat diajukan beberapa pertanyaan penelitian sebagai berikut:

1. Bagaimana analisis substansi putusan dan argumen hukum yang ditetapkan oleh Mahkamah Agung dalam memutus dan menetapkan kedudukan anak di luar kawin?
2. Bagaimana analisis pendekatan hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam memutus dan menetapkan kedudukan anak di luar kawin?
3. Bagaimana kritik konsistensi penafsiran dan penerapan hukum Putusan Mahkamah Agung dalam memutus dan menetapkan kedudukan anak di luar kawin?
4. Bagaimana kritik ambiguitas dalam substansi Putusan Mahkamah Agung dalam memutus dan menetapkan kedudukan anak di luar kawin?, dan
5. Bagaimana implikasi hukum dari Putusan Mahkamah Agung yang telah menetapkan asal usul anak terhadap hak-hak keperdataan anak?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan pokok permasalahan yang telah dirumuskan, tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah untuk:

1. Menganalisis dan menjelaskan substansi putusan dan argumen hukum yang ditetapkan oleh Mahkamah Agung dalam memutus dan menetapkan kedudukan anak di luar kawin;

2. Menganalisis dan mengkritisi pendekatan hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam memutus dan menetapkan kedudukan anak di luar kawin;
3. Menganalisis dan mengkritisi konsistensi penafsiran dan penerapan hukum Putusan Mahkamah Agung dalam menetapkan kedudukan anak di luar kawin;
4. Menganalisis dan mengkritisi ambiguitas dalam substansi Putusan Mahkamah Agung dalam memutus dan menetapkan kedudukan anak di luar kawin; dan
5. Menganalisis implikasi hukum dari Putusan Mahkamah Agung yang telah menetapkan asal usul anak terhadap hak-hak keperdataan anak.

D. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kegunaan baik secara teoritis maupun secara praktis. Adapun kegunaan yang diharapkan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritik
 - a. Secara teoritik penelitian ini berguna untuk mengembangkan pemahaman yuridis normatif dan yuridis empirik yang dianalisis secara teoritik terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bertujuan menemukan teori hukum Islam tentang Putusan Mahkamah Agung yang telah menetapkan asal usul anak yang lahir di luar kawin;
 - b. Penelitian ini berguna untuk mendorong transformasi hukum Islam melalui upaya pengembangan pemikiran tentang ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang merupakan produk legislasi sehingga menyumbangkan temuan baru atau menguatkan teori yang sudah ada tentang keberlakuan hukum Islam dalam hukum nasional terkait dengan Putusan Mahkamah Agung yang telah menetapkan asal usul anak yang lahir di luar kawin.

2. Kegunaan Praktis

Adapun kegunaan praktis penelitian ini, sebagai berikut:

- a. Untuk peneliti adalah menambah wawasan ilmu pengetahuan hukum Islam dan ilmu perundang-undangan yang dikaji lebih luas dan mendalam berhubungan dengan analisis tentang pertimbangan hakim dalam memutus

perkara di pengadilan. Dengan penelitian ini peneliti telah menempuh kewajiban akademik yang sesuai dengan regulasi yang berlaku untuk mencapai gelar doktor hukum Islam dalam konsentrasi hukum keluarga. Hasil penelitian ini juga berguna sebagai bahan artikel jurnal yang dipublikasikan secara ilmiah;

- b. Untuk lembaga khususnya PPS UIN Sunan Gunung Djati Bandung, dalam Program Studi Hukum Islam (S3) konsentrasi Hukum Keluarga, hasil penelitian ini akan menambah kajian yang lebih luas yang berkaitan dengan hukum keluarga yang bersumber dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai bahan kajian penelitian yuridis normatif dan empirik dan memberikan transformasi hukum bermanfaat untuk kemaslahatan umum;
- c. Untuk lembaga pemerintahan sebagai penyelenggara negara dan stakeholder yang lainnya, yakni lembaga legislatif dan lembaga yudikatif, hasil penelitian ini dapat dijadikan bahan pertimbangan untuk membuat kebijakan yang bersifat aspiratif atau naskah akademik dalam kaitannya legislasi hukum keluarga Islam sehingga tidak ada kekosongan hukum terutama berkaitan masalah yang diteliti. Secara praktis, hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi masukan bagi hakim di lingkungan Mahkamah Agung Republik Indonesia dan sebagai masukan serta rekomendasi agar penyelesaian perkara-perkara penetapan asal usul anak yang lahir di luar kawin dapat diselesaikan secara komprehensif sesuai dengan hukum Islam dan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Hal yang lebih penting lagi adalah bermanfaat untuk menumbuhkan kesadaran hukum masyarakat tentang pentingnya memberikan jaminan perlindungan hukum dalam bentuk penetapan asal usul anak yang lahir di luar kawin;
- d. Untuk masyarakat: Hasil penelitian ini bermanfaat untuk masyarakat dalam memberikan pengetahuan informatif dan aplikatif mengenai kedudukan penyelesaian perkara perdata di Pengadilan Agama serta pengetahuan tentang Putusan Mahkamah Agung yang telah menetapkan asal usul anak yang lahir di luar kawin.

E. Kerangka Pemikiran

Menurut M. Solly Lubis, kerangka teori merupakan pemikiran atau butir-butir pendapat, teori atau tesis mengenai suatu kasus atau permasalahan yang dapat menjadi bahan perbandingan dan pegangan teoritis.⁴¹ Berkaitan dengan teori hukum yang digunakan dalam penelitian ini terbagi dalam tiga tingkatan teori, yaitu: 1. *Grand Theory* (Teori Makro); 2. *Middle Range Theory* (Teori Meso); 3. *Applied Theory* (Teori Mikro).⁴²

1. *Grand Theory: Teori Maqashid al-Syari'ah*

Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Hukum dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia. Tujuan hukum merupakan arah atau sasaran yang hendak diwujudkan, dan hukum sebagai alat untuk mewujudkan tujuan tersebut dengan mengatur tatanan dan perilaku masyarakat.⁴³

Teori tujuan hukum Islam dikenal dengan istilah *Maqashid al-syari'ah* ini dikemukakan oleh Muhammad al-Syathibi dalam kitabnya *al-Muwafaqat*, yang menegaskan bahwa *maqashid al-syari'ah* merupakan salah satu konsep penting dalam kajian hukum Islam. Karena begitu pentingnya *maqashid al-syari'ah* tersebut, para ahli teori hukum menjadikan *maqashid al-syari'ah* sebagai teori yang harus dipahami oleh mujtahid dalam berijtihad. Adapun inti dari teori *maqashid al-syari'ah* adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindarkan keburukan, atau menarik manfaat dan menolak madharat.⁴⁴

Urgensi teori *maqashid al-syari'ah* didasarkan pada pertimbangan sebagai berikut. *Pertama*, hukum Islam adalah hukum yang bersumber dari wahyu Tuhan

⁴¹ M. Solly Lubis, *Filsafat Hukum Dan Penelitian*, (Bandung: Mandar Maju, 1994), h. 88.

⁴² *Grand Theory* (Teori Makro) merupakan dasar lahirnya teori-teori lain dalam berbagai level. Teori makro berkaitan dengan aspek struktural fungsional dari sebuah sistem. *Middle Range Theory* (Teori Meso) merupakan teori yang berada pada level menengah yang berfungsi menjembatani kajian makro dan mikro. *Applied Theory* (Teori Mikro) merupakan teori yang berada di level mikro guna diaplikasikan dalam tataran konseptual, lihat Suteki dan Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum (Filsafat, Teori dan Praktik)*, (Jakarta: Kencana, 2016), h. 286–287.

⁴³ Muhammad al-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, (Riyadh: Maktabah al-Riyadh al-Haditsah, t.th.), h. 76, dan Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (legal theory) dan Teori Peradilan (judicialprudence) termasuk interpretasi Undang-Undang (legisprudence)* merupakan salah satu dari sebelas Volume Fakultas Hukum Universitas Hasanudin, 2003).

⁴⁴ Ghofar Shidiq, *Teori Maqasid al-Syari'ah dalam Hukum Islam*, Jurnal Sultan Agung, Volume xiiv Nomor 118 Juni-Agustus 2009) h. 117-118.

dan diperuntukkan bagi umat manusia. Oleh karena itu, akan selalu berhadapan dengan perubahan sosial. Dalam posisi seperti itu, apakah hukum Islam yang sumber utamanya (Al-Qur'an dan sunnah) turun pada beberapa abad yang lampau dapat beradaptasi dengan perubahan sosial. Jawaban terhadap pertanyaan itu baru bisa diberikan setelah diadakan kajian terhadap berbagai elemen hukum Islam, dan salah satu elemen yang terpenting adalah teori *maqashid al-syari'ah*. *Kedua*, dilihat dari aspek historis, sesungguhnya perhatian terhadap teori ini telah dilakukan oleh Rasulullah SAW, para sahabat, dan generasi mujtahid sesudahnya. *Ketiga*, pengetahuan tentang *maqashid al-syari'ah* merupakan kunci keberhasilan mujtahid dalam ijtihadnya, karena di atas landasan tujuan hukum itulah setiap persoalan dalam bermu'amalah antar sesama manusia dapat dikembalikan. Nash-nash syari'ah itu tidak dapat dipahami secara benar kecuali oleh seseorang yang mengetahui *maqashid al-syari'ah* (tujuan hukum). Pengetahuan tentang *maqashid al-syari'ah* merupakan persoalan *dharuri* (urgen) bagi mujtahid ketika akan memahami nash dan membuat istinbath hukum, dan bagi orang lain dalam rangka mengetahui rahasia-rahasia syari'ah.

Kandungan *maqashid al-syari'ah* dapat diketahui dengan merujuk ungkapan al-Syathibi, seorang tokoh pembaru ushul fiqh yang hidup pada abad ke-8 Hijriah, dalam kitabnya *Al-Muwafaqat fi Ushulal-Syari'ah*. Di situ beliau mengatakan bahwa sesungguhnya syari'at itu ditetapkan tidak lain untuk kemaslahatan manusia di dunia dan di akhirat. Dengan demikian, pada dasarnya syari'at itu dibuat untuk mewujudkan kebahagiaan individu dan jama'ah, memelihara aturan serta menyemarakkan dunia dengan segenap sarana yang akan menyampaikannya kepada jenjang kesempurnaan, kebaikan, budaya, dan peradaban yang mulia, karena dakwah Islam merupakan rahmat bagi semua manusia. Oleh karena itu, pembahasan utama dalam *maqashid al-syari'ah* adalah illat yang ditetapkannya suatu hukum. Dalam kajian ushul fiqh. 'Illat adalah sifat tertentu yang jelas dan dapat diketahui secara objektif (zahir), dan ada tolak ukurnya.⁴⁵

⁴⁵ Ghofar Shidiq, *Teori Maqasid al-Syari'ah dalam Hukum Islam*, h. 121.

Menurut Chafar Shidiq, teori *maqashid al-syari'ah* dalam kajian hukum Islam merupakan keniscayaan. Kata *maqashid* merupakan bentuk plural dari *maqshad* yang berarti maksud dan tujuan, sedangkan *syari'ah* mempunyai pengertian hukum-hukum Allah yang ditetapkan untuk manusia agar dipedomani untuk mencapai kebahagiaan hidup di dunia maupun di akhirat. Maka dengan demikian, *maqashid al-syari'ah* berarti kandungan nilai yang menjadi tujuan pensyariaan hukum. Makna *maqashid al-syari'ah* adalah tujuan-tujuan yang hendak dicapai dari suatu penetapan hukum. *Maqashid al-syari'ah* mengandung pengertian umum dan pengertian khusus.

Tujuan hukum Islam adalah kemaslahatan (*mashlahat*). *Mashlahat* secara umum dapat dicapai melalui dua cara yaitu *pertama*, mewujudkan manfaat, kebaikan dan kesenangan untuk manusia yang disebut dengan istilah *jalb al-manafi'*. Manfaat ini bisa dirasakan secara langsung saat itu juga atau tidak langsung pada waktu yang akan datang. *Kedua*, menghindari atau mencegah kerusakan dan keburukan yang sering diistilahkan dengan *dar' al-mafasid*.

Menurut Wahbah al-Zuhaili persyaratan *maqashid al-syari'ah* ada empat, yaitu sebagai berikut:⁴⁶

- 1) Harus bersifat tetap, maksudnya makna-makna yang dimaksudkan itu harus bersifat pasti atau diduga kuat mendekati kepastian.
- 2) Harus jelas, sehingga para fukaha tidak akan berbeda dalam penetapan makna tersebut. Sebagai contoh, memelihara keturunan yang merupakan tujuan disyariatkannya perkawinan.
- 3) Harus terukur, maksudnya makna itu harus mempunyai ukuran atau batasan yang jelas yang tidak diragukan lagi. Seperti menjaga akal yang merupakan tujuan pengharaman *khamr* dan ukuran yang ditetapkan adalah kemabukan.
- 4) Berlaku umum, artinya makna itu tidak akan berbeda karena perbedaan waktu dan tempat. Seperti sifat Islam dan kemampuan untuk memberikan nafkah sebagai persyaratan *kafa'ah* dalam perkawinan menurut mazhab Maliki.

Adapun menurut Ahmad Ali,⁴⁷ tujuan hukum adalah menciptakan keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, sedangkan menurut Muhammad al-Syathibi

⁴⁶ Ghofar Shidiq, *Teori Maqasid al-Syari'ah*, h. 121.

mengenai *maqashid al-syari'ah*, membagi tujuan syari'ah itu secara umum ke dalam dua kelompok, yaitu tujuan syari'at menurut perumusanya (*syari'*) dan tujuan syari'at menurut pelakunya (*mukallaf*). *Maqashid al-syari'ah* meliputi empat hal, yaitu sebagai berikut:

- 1) Tujuan utama syari'at adalah kemaslahatan manusia di dunia dan di akhirat.
- 2) Syari'at sebagai sesuatu yang harus dipahami.
- 3) Syari'at sebagai hukum taklifi yang harus dijalankan.
- 4) Tujuan syari'at membawa manusia selalu di bawah naungan hukum.

Keempat aspek tersebut saling terkait dan berhubungan dengan Allah Swt. sebagai pembuat syari'at (*syari'*). Allah Swt. tidak mungkin menetapkan syari'at-Nya kecuali dengan tujuan untuk kemaslahatan hamba-Nya, baik di dunia maupun di akhirat kelak. Tujuan ini akan terwujud bila ada taklif hukum, dan taklif hukum itu baru dapat dilaksanakan apabila sebelumnya dimengerti dan dipahami oleh manusia. Oleh karena itu semua tujuan akan tercapai bila manusia dalam perilakunya sehari-hari selalu ada di jalur hukum dan tidak berbuat sesuatu menurut hawa nafsunya sendiri.⁴⁸

Mashlahat sebagai substansi dari *maqashid al-syari'ah* dapat dibagi sesuai dengan tinjauannya. Bila dilihat dari aspek pengaruhnya dalam kehidupan manusia, maslahat dapat dibagi menjadi tiga tingkatan: *pertama*, *dharuriyat*, yaitu maslahat yang bersifat primer, karena kehidupan manusia sangat tergantung kepadanya, baik aspek duniyah (agama) maupun aspek duniawi. Maka ini merupakan sesuatu yang tidak dapat ditinggalkan dalam kehidupan manusia. Jika itu tidak ada, kehidupan manusia di dunia menjadi hancur dan kehidupan akhirat menjadi rusak (mendapat siksa). Ini merupakan tingkatan maslahat yang paling tinggi. Di dalam Islam, maslahat dharuriyat ini dijaga dari dua sisi: pertama, realisasi dan perwujudannya, dan kedua, memelihara kelestariannya. Contohnya,

⁴⁷Acmad Ali mengemukakan bahwa Indonesia sebagai bangsa timur memang mengalami “dua macam kesialan atau kecelakaan sejarah”. Yang pertama, sial atau celaka pernah mengalami penjajahan dari Bangsa Barat selama ratusan tahun di Jawa dan puluhan tahun di berbagai daerah lain. Kedua, bangsa barat yang menjajah Indonesia, yakni bangsa Belanda yang menganut sistem hukum Eropa kontinental yang legalistik dan ditambah dengan pemaksaan “politik hukum kolonial Belanda” kepada negeri jajahan yang dikenal dengan istilah asas konkordansi.

⁴⁸ Al-Syathibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, h. 70.

yang pertama menjaga agama dengan merealisasikan dan melaksanakan segala kewajiban agama, serta yang kedua menjaga kelestarian agama dengan berjuang dan berjihad terhadap musuh-musuh Islam.

Kedua, hajiyat, yaitu maslahat yang bersifat sekunder, yang diperlukan oleh manusia untuk mempermudah dalam kehidupan dan menghilangkan kesulitan maupun kesempitan. Jika ia tidak ada, akan terjadi kesulitan dan kesempitan yang implikasinya tidak sampai merusak kehidupan. *Ketiga, Tahsiniyat*, yaitu *mashlahat* yang merupakan tuntutan muru'ah (moral), dan itu dimaksudkan untuk kebaikan dan kemuliaan. Jika ia tidak ada, maka tidak sampai merusak ataupun menyulitkan kehidupan manusia. Maslahat tahsiniyat ini diperlukan sebagai kebutuhan tersier untuk meningkatkan kualitas kehidupan manusia.⁴⁹

Jenis kedua adalah *mashlahat* dari aspek cakupannya yang dikaitkan dengan komunitas atau individu. Hal ini dibagi dalam dua kategori, yaitu :

1. *Maslahat kulliyat*, yaitu maslahat yang bersifat universal yang kebaikan dan manfaatnya kembali kepada orang banyak. Contohnya melindungi hak keperdataan setiap manusia;
2. *Maslahat juz'iyat*, yaitu *maslahat* yang bersifat parsial atau individual, seperti pensyari'atan berbagai bentuk muamalah.

Jenis ketiga adalah maslahat yang dipandang dari tingkat kekuatan dalil yang mendukungnya. Maslahat dalam hal ini dibagi menjadi tiga, yaitu:

- 1) Maslahat yang bersifat *qath'i* yaitu sesuatu yang diyakini membawa kemaslahatan karena didukung oleh dalil-dalil yang tidak mungkin lagi ditakwili, atau yang ditunjuki oleh dalil-dalil yang cukup banyak yang dilakukan lewat penelitian induktif, atau akal secara mudah dapat memahami adanya maslahat itu.
- 2) Maslahat yang bersifat *zhanni*, yaitu maslahat yang diputuskan oleh akal, atau maslahat yang ditunjuki oleh dalil *zhanni* dari syara'.

⁴⁹ Al-Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, (Dar al-Fikrm Beirut, 1978), h.1023.

- 3) Masalahat yang bersifat *wahmiyah*, yaitu masalahat atau kebaikan yang dikhayalkan akan bisa dicapai, padahal kalau durenungkan lebih dalam justru yang akan muncul adalah madharat dan mafsadat.⁵⁰

Dengan penegasan yang dikemukakan oleh al-Syatibi, Wahbah al-Zuhaili menguatkan mengenai *maqasid al-syari'ah* bahwa kemaslahatan yang hendak dicapai secara hierarkis adalah kemaslahatan yang *dharuriyat* yang harus didahulukan dari masalahat hajiyat, dan masalahat hajiyat harus didahulukan dari *masalahat tahsiniyat*. Demikian pula masalahat yang bersifat *kulliyat* harus diprioritaskan dari masalahat yang bersifat *juz'iyat*. Oleh karena itu, *maqasid al-syariah* dalam perspektif al-Syatibi adalah tercapainya lima tujuan syariat Islam, yaitu sebagai berikut:⁵¹

- a. *Hifz al-Din* (memelihara agama);
- b. *Hifz al-'Aql* (memelihara akal);
- c. *Hifz al-Nafs* (memelihara jiwa);
- d. *Hifz al-Nasl* (memelihara keturunan);
- e. *Hifz al-Mal* (memelihara harta kekayaan).

Kelima tujuan syariat Islam itu dalam konteks pembaharuan hukum keluarga harus integral dan holistik dengan mengacu kepada kaidah ushul fiqh yang menyatakan bahwa *Dar'u al-mafasid wa jalb al-mashalih*, artinya menghilangkan atau meninggalkan kemafsadatan dan mengambil kemaslahatan dengan pertimbangan kemaslahatan yang tidak dilarang oleh syariat Islam yang nashnya sudah jelas atau yang disebut dengan *al-maslahah al-mursalah*. Atau kaidah ushul al-fiqh sebagai berikut:

درء المفسد مقدم على جلب المصالح

Artinya: meninggalkan kemafsadatan didahulukan dari mengambil kemaslahatan.

Menurut Juhaya S. Pradja, tujuan hukum Islam sebagaimana yang dikemukakan oleh Wahbah al-Zuhaili dan Muhammad al-Syatibi adalah lima tujuan syariat Islam yang mengutamakan prinsip keadilan dan kepastian hukum.

⁵⁰ Muhammad al-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, h. 79.

⁵¹ Muhammad al-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, h. 81.

Prinsip keadilan atau *al-mizan* berarti keseimbangan atau moderasi. Istilah keadilan pada umumnya berkaitan dengan penetapan hukum atau kebijaksanaan pemimpin. Keadilan dalam hukum Islam meliputi berbagai aspek kehidupan. Apalagi dalam bidang dan sistem hukumnya. Dengan demikian, konsep keadilan dalam hukum Islam meliputi keadilan dalam berbagai hubungan, yakni hubungan antar individu dengan dirinya sendiri, hubungan antar individu dengan manusia dan masyarakatnya, hubungan antar individu dengan hakim dan yang berperkara serta hubungan dengan berbagai pihak lainnya.⁵²

Adapun tujuan hukum Allah dapat dilihat dari dua sisi yaitu: *Pertama*: dilihat dari segi manusiawinya, yakni tujuan-tujuan dari segi kepentingan manusia atau *mukallaf*. *Kedua*: dilihat dari sisi Allah sebagai pembuat hukum, yaitu tujuan Allah membuat hukum untuk manusia.

Tujuan hukum Islam sesuai dengan fitrah manusia dan fungsi daya fitrahnya, yakni untuk mencapai kebahagiaan hidup dan memertahankannya yang disebut *al-tahsil wa al-ibqa'* atau mengambil *mashlahat* serta mencegah kerusakan *jalb al-mashalih wa daf'u al-mafasid*.⁵³

Tujuan Hukum Islam ditinjau dari segi pembuat hukum dapat diketahui melalui penalaran induksi atas sumber-sumber *naqliyah*, yaitu wahyu baik al-Qur'an maupun al-Sunnah. Tujuan hukum Islam dilihat dari segi pembuat hukum ada tiga terutama tujuan hukum *taklifi*, yaitu hukum yang berupa keharusan.⁵⁴

1. Melakukan perbuatan atau tidak melakukannya.
2. Memilih antara melakukan perbuatan atau tidak melakukannya.
3. Hukum melakukan atau tidak melakukan karena ada atau tidak adanya sesuatu yang mengharuskan keberadaan hukum tersebut.

Ketiga tujuan tersebut juga dilihat dari tingkat dan peringkat kepentingan bagi manusia itu sendiri yaitu:

⁵² Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2013), h. 43.

⁵³ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah*, h. 24.

⁵⁴ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah*, h. 25.

- a. Tujuan Primer atau *al-Dharury* (tujuan yang harus ada demi kehidupan, jika tidak ada maka akan menimbulkan ketidakajegan kemaslahatan hidup manusia).
- b. Tujuan Sekunder atau *al-Hajjiy* (Tujuan sekunder bagi manusia seandainya tidak tercapai akan menimbulkan kesulitan (*masyaqah*)).
- c. Tujuan Tertier atau *al-Tahsiniy* (tujuan hukum untuk menyempurnakan kehidupan manusia dengan akhlak)⁵⁵

Dalam Ilmu Ushul Fiqh yang dimaksud *mashlahat* sebagaimana dinyatakan oleh Imam Asy-Syathiby yang telah memberi kriteria *mashlahat* dengan tiga ukuran, yaitu:

1. Tidak bertentangan dengan *maqashid al-syari'ah* yang *dharr'iriyyah* (*hifdh al-din, hifdh al-nafs, hifdh al-aql, hifdh al-nasl, dan hifdh al-mal*), *hajjiyah* dan *tahsiniyyah*;
2. Rasional dalam arti bisa diterima oleh orang ahli ilmu, ulama atau cendekiawan (*ahl al-dzikh*).
3. mengakibatkan *raf' al-haraj* (menghilangkan kesulitan) atas dasar firman Allah SWT, artinya “dan Allah tidak menyempitkan kamu dalam urusan agama (al-Hajr: 78)

Dengan demikian, dalam praktik ekonomi Islam, termasuk dalam perbankan landasannya adalah kemaslahatan umat yang memenuhi doktrin Ushul Fiqh yang dikenal dengan sebutan *al-kulliyatul khams* (lima pokok pilar) atau dengan kata lain disebut dengan *Maqashid al-Syari'ah* (tujuan-tujuan universal syari'ah).⁵⁶

Menurut A. Djazuli dan I. Nurol Aen, landasan kemaslahatan sebagaimana hasil penelitian para ulama yang menjelaskan bahwa syari'ah Islamiyah mengandung kemaslahatan bagi manusia dalam mengatur hidup dan kehidupannya di dunia ini⁵⁷, hal ini ditegaskan di dalam al-Qur'an surat al-Anbiya ayat 107:

⁵⁵ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah*, h. 25.

⁵⁶ Juhaya. S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, (Bandung: Rordakarya, 2005), h. 100.

⁵⁷ A. Djazuli dan I. Nurol 'Aen, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Banudng: Rosdakarya, 2002), h. 89.

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

Artinya: “Dan tiadalah Kami mengutuskan engkau (wahai Muhammad), melainkan untuk menjadi rahmat bagi sekalian alam.”⁵⁸.

Lalu dalam surat Yunus ayat 57:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُم مَّوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ

Artinya: “Hai manusia! Sesungguhnya telah datang kepadamu nasihat dari Tuhan kamu dan penawar bagi (penyakit) yang ada pada dada-dada (kamu) dan (telah datang) petunjuk serta rahmat bagi orang-orang mukmin”.⁵⁹

Dalam surat al-Baqarah ayat 220:

وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

Artinya: “Dan Mereka menanyakan kepadamu (Muhammad) tentang anak-anak yatim. Katakanlah, “Memperbaiki keadaan mereka adalah baik!” Dan jika kamu mempergauli mereka, maka mereka adalah saudara-saudaramu. Allah mengetahui orang yang berbuat kerusakan dan yang berbuat kebaikan. Dan jika Allah menghendaki, niscaya Dia datangkan kesulitan kepadamu. Sungguh, Allah Mahaperkasa, Mahabijaksana”.⁶⁰

Nurol ‘Aen menjelaskan bahwa apabila *maqasid al-syari’ah* merupakan landasan adanya kemaslahatan manusia menjadi maksud syara', maka *mashlahat* terkandung di dalam syariah Islamiyah ini tujuan hukumnya menjadi lima hal dari *maqasid asl-syari’ah*. Sehubungan dengan kemaslahatan duniawi ini dalam kaitannya dengan nash-nash syari’at ada tiga pendapat:⁶¹

1. Ulama yang menetapkan bahwa nash-nash syara' tidak bisa diketahui kecuali semata-mata dari segi dhahirnya. Jadi mereka hanya mengakui masalah yang secara eksplisit ditegaskan di dalam nash, dan tidak mau menerima apa yang tersirat. Mereka terkenal dengan madzhab Dhahiriyy dan logis apabila mereka

⁵⁸ Soenarjo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, h. 242.

⁵⁹ Soenarjo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, h. 278.

⁶⁰ Soenarjo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, h. 134

⁶¹ A. Djazuli dan I. Nurol ‘Aen, *Ilmu Ushul Fiqh*, h. 91.

juga menolak qiyas dan lain sebagainya yang didasarkan kepada apa yang dipahami secara implisit.

2. Ulama yang mau mengambil maslahat dari apa yang tersirat yaitu dengan mengetahui *illat*, maksud dan tujuannya, hanya mereka membatasi diri yaitu maslahat ini bisa diterima apabila ada dalil atau nash khusus yang merupakan syahidnya/buktinya. Oleh karena itu, mereka bisa menerima qiyas karena di dalam penggunaan qiyas ada syahid yang merupakan dalil yang khusus; Imam Syafi'i, al-Ghazali termasuk kelompok ini kalau kita lihat alasan-alasan penolakannya terhadap *istihsan* dan *maslahah al-mursalah*.
3. Ulama-ulama yang menetapkan bahwa kemaslahatan adalah termasuk kemaslahatan yang ditetapkan oleh syari'at Islamiyyah baik kemaslahatan itu diketahui secara eksplisit maupun implisit dari nash-nash syara', baik diambil dari dalil-dalil yang *'am* maupun dalil yang *khas*. Ibnu Qayyim murid dari Ibnu Taimiyah termasuk kelompok ini dalam kitabnya *I'lam al-Muwaqqi'in* juz tiga dalam menentukan hukum mereka menyatakan bahwa syari'ah itu sendi dan dasarnya adalah kebaikan dan kemaslahatan hamba baik untuk kehidupan duniawi maupun untuk kehidupan ukhrawi. Syari'ah itu mengandung keadilan, rahmat dan *mashlahat* seluruhnya. Setiap masalah yang keluar dari keadilan kepada kedhaliman, dan dari rahmat kepada laknat, dan dari maslahat kepada mafsadat, dan dari hikmah kepada sia-sia, bukanlah syari'ah. Walaupun dimasukkan ke dalamnya secara takwil.⁶²

Tujuan hukum demi tercapainya kemaslahatan adalah kemaslahatan yang hakiki bukan yang diragukan, dalam arti mengambil *mashlahat* tadi nyata-nyata membawa manfaat dan menolak kemadharatan. Kemaslahatan yang bersifat umum bukan kemaslahatan yang sifatnya individual, dalam arti kemaslahatan yang memberi manfaat kepada umumnya umat dan menolak kemadharatan dari umumnya umat. Maslahat yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip umum ajaran Islam yang berupa *maqashid al-syari'ah* dan dalil-dalil yang *kulli* serta nash-nash yang *qath'iy wurud* dan *dalalah-nya*.⁶³

⁶² A. Djazuli dan I. Nurol 'Aen, *Ushul Fiqh*, h. 92.

⁶³ Djazuli dan I. Nurol 'Aen, *Ushul Fiqh*, h. 93.

Urgensi penggunaan teori *Maqashid al-Syariah* sebagai *grand theory* dalam penelitian ini, karena kemampuannya untuk menyediakan kerangka yang komprehensif untuk menganalisis tujuan syariat Islam, yakni mewujudkan kemaslahatan umat sambil menolak mudarat. Teori ini menjadi fondasi metodologi penelitian hukum ini sebagai penelitian Islam kontemporer di antaranya yang menyangkut perlindungan hak-hak anak (*hifz al-nasl*) sebagai bagian dari individu yang harus memperoleh haknya di mata hukum sehingga tidak menjadikan anak sebagai korban karena lahirnya di luar perkawinan yang sah.

1. Middle Rangs Theory : Teori Penegakan Hukum dari Cst Kansil

Menurut Cst Kansil, penegakan hukum adalah memastikan hukum berlaku untuk semua lapisan masyarakat tanpa kecuali. Tegaknya hukum yang dimaksudkan adalah keputusan hukum yang hanya berdasarkan kepada hukum yang berlaku secara normatif, artinya menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur secara pasti.

Cst Kansil mengatakan bahwa untuk mewujudkan tegaknya hukum yang berkeadilan harus melaksanakan kepastian hukum sebagai upaya mencapai tujuan hukum, yakni keadilan itu sendiri. Adapun realisasi penegakan hukum adalah dengan prinsip persamaan dan kesederajatan. Penegakan hukum kepada semua manusia dengan prinsip *equality before the law*. Dengan cara tersebut maka akan diperoleh kepastian dan keadilan hukum. Hukum tidak tajam ke bawah tumpul ke atas, melainkan hukum tajam kesetiap arah, artinya untuk siapa saja yang melanggarnya akan berhadapan sama di depan hukum. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan substansinya dan tidak memberikan manfaat bagi nilai kemanusiaan universal.⁶⁴

Adapun teori penegakan hukum ini dapat diambil dari beberapa pandangan pakar hukum, yaitu sebagai berikut:

- a. Menurut Apeldoorn, ada dua aspek penegakan hukum, yakni (1) kepastian hukum, yaitu: (1) aspek dapat dibentuknya hukum pada sesuatu yang nyata

⁶⁴ Cst Kansil, *Kamus Istilah Hukum* (Jakarta: Gramedia Pustaka, 2002), h. 385

dan setiap pihak bebas mempelajari hukum dan memahaminya demi merasakan keadilan hukum dalam menghadapi perkara hukum; (2) Setiap orang dilindungi oleh hukum, aman karena ada hukum, dan terhindar dari kesewenangan Hakim yang memegang kendali hukum di pengadilan, artinya kepastian hukum adalah segala keputusan hukum sesuai dengan kehendak hukum yang berlaku atau hukum positif dan menolak ketentuan apapun yang bukan hukum atau yang mirip hukum. Bahkan suatu undang-undang yang tidak memiliki kepastian tidak dapat disebut sebagai hukum.

- b. Jan Michiel Otto memberikan batasan penegakan hukum dengan beberapa ketentuan, yaitu: (1) tersedia aturan-aturan yang, konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*); (2) Instansi-instansi penguasa terutama penegak hukum dan atau pemerintah selalu menerapkan aturan hukum secara konsisten, taat, dan tunduk hanya kepada hukum yang berlaku; (3) Secara prinsipil semua masyarakat berperilaku menyesuaikan diri kepada hukum yang berlaku; (4) Hakim dan semua lembaga pradialan serta aparat penegak hukum yang lainnya selalu berpedoman, berpegang teguh secara konsisten hanya kepada norma hukum yang berlaku secara mandiri dan tidak ada keberpihakan kepada selain hukum.
- c. Para hakim dan penegak hukum sebagai penjamin tegaknya hukum, sehingga hanya hukum yang berkekuatan dalam menegakkan keadilan untuk seluruh perkara yang ada dalam proses peradilan.⁶⁵

Menurut Cst Kansil, penegakan hukum berlaku dalam suatu negara hukum diperkuat oleh pendapat F.R Bothlingk yang mengatakan, “*De taat waarin de wilsvrijheid van gezagsdragers is beperkt door grenzen van recht*” (negara, di mana kebebasan kehendak pemegang kekuasaan dibatasi oleh suatu kehendak hukum). Lebih lanjut disebutkan bahwa dalam rangka merealisasikan pembatasan pemegang kekuasaan tersebut maka diwujudkan dengan cara, “*Enerzijds in een binding van rechter administratie aan de wet, anderzijds in een begrenzing van de bevoegdheden van de wetgever*”, (disatu sisi keterikatan hakim dan pemerintah

⁶⁵ Van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir* (Bandung: Refika Aditama, 2006), h. 82-83.

terhadap undang-undang, dan disisi lain pembatasan kewenangan oleh pembuat undang-undang).⁶⁶

Negara hukum menurut Cst Kansil dan F.R Bothlingk adalah “*De taat waarin de wilsvrijheid van gezagsdragers is beperkt door grenzen van recht*” (negara, di mana kebebasan kehendak pemegang kekuasaan dibatasi oleh suatu kehendak hukum). Lebih lanjut disebutkan bahwa dalam rangka merealisasikan pembatasan pemegang kekuasaan tersebut maka diwujudkan dengan cara, “*Enerzijds in een binding van rechter administratie aan de wet, anderzijds in een begrenzing van de bevoegdheden van de wetgever*”, (di satu sisi keterikatan hakim dan pemerintah terhadap undang-undang, dan disisi lain pembatasan kewenangan oleh pembuat undang-undang).⁶⁷

Sementara Attamimi mengatakan bahwa penegakan hukum terdapat dalam negara hukum (*rechstaat*), yaitu negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum. Menurut Philipus M. Hadjon, ide *rechstaat* cenderung ke arah positivisme hukum yang membawa konsekuensi bahwa hukum harus dibentuk secara sadar oleh badan pembentuk undang-undang. Dalam negara hukum segala sesuatu harus dilakukan menurut hukum (*every thing must be done according to law*). Negara hukum menentukan bahwa pemerintah harus tunduk pada hukum, bukannya hukum yang harus tunduk pada pemerintah.⁶⁸

Penegakan hukum semenjak dahulu dulu terdapat pada ranah kekuasaan negara hukum. Plato mengemukakan konsep *nomoi* sebagai asal mula lahirnya konsep penegakan hukum yang dikelola oleh negara hukum. Aristoteles mengemukakan ide penegakan hukum yang diartikannya dengan arti negara yang dalam perumusannya masih terkait pada “polis”. Bagi Aristoteles, yang

⁶⁶ Ridwan HR, *Hukum Administasi Negara*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2014). h. 21.

⁶⁷ Ridwan HR, *Hukum Administasi Negara*.

⁶⁸ Hamid S. Attamimi, *Teori Perundang-undangan Indonesia*, (Makalah pada Pidato Upacara pengukuhan Guru Besar tetap di Fakultas Hukum UI, Jakarta tahun 1992), h. 8.

memerintah dalam negara bukanlah manusia, melainkan pikiran yang adil, dan kesesilaaanlah yang menentukan baik buruknya hukum.⁶⁹

Manusia perlu dididik menjadi warga yang baik yang bersusila, yang akhirnya akan menjelmakan manusia yang bersikap adil. Apabila keadaan seperti ini telah terwujud, maka terciptalah suatu “negara hukum”. Ide negara hukum menurut Aristoteles ini, nampaknya sangat erat dengan “keadilan”, bahkan negara dapat dikatakan sebagai negara hukum apabila keadilan telah tercapai. Artinya bahwa, konsepsi pemikiran tersebut mengarah pada bentuk negara hukum dalam arti “ethis” dan sempit. Dikarenakan tujuan negara hanya semata-mata untuk mencapai keadilan. Teori-teori yang mengajarkan hal tersebut dinamakan teori ethis, sebab menurut teori ini, isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran ethis kita mengenai apa yang adil dan apa yang tidak adil.⁷⁰

Lebih lanjut para ahli yang menganut paham ini, berpendapat bahwa hukum bukanlah semata-mata secara formil diundangkan oleh badan legislatif suatu negara. Hukum (kedaulatan sebagai aspeknya) bersumberkan perasaan hukum anggota-anggota masyarakat. Perasaan hukum adalah sumber dan merupakan pencipta hukum. Negara hanya memberi bentuk pada perasaan ini. Hanya apa yang sesuai dengan perasaan hukum itulah yang benar-benar merupakan hukum.

Menurut teori Penegakan Hukum, segala sesuatu dijalankan dalam setiap kebijaksanaan negara berpedoman kepada konstitusi, karena negara diberi kekuasaan yang tidak terbatas. Para penganut paham ini beranggapan bahwa hukum tidak lain dari kemauan negara itu sendiri yang dikonkretkan. Dalam perkembangannya para ahli menganggap bahwa kedaulatan negara tidak sesuai dengan kenyataan. Pada akhirnya mereka berpaling ke supremasi hukum sebagai pemegang kedaulatan tertinggi. Aliran ini lebih memperhatikan realitas sejarah. Bahkan lebih ekstrim dengan memperhatikan prinsip negara hukum yang dikemukakan oleh Cst Kansil dan Hans Kalsen yang mengatakan bahwa pada hakikatnya negara identik dengan hukum, maka dari itu tertib hukum tidak ada

⁶⁹ Abu Daud Busroh dan H. Abubakar Busro, *Asas-Asas Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2000), h.109.

⁷⁰ Abu Daud Busroh dan H. Abubakar Busro, *Asas-Asas Hukum Tata Negara*, 109

bedanya dengan tertib negara. Hukum berlaku *souvereign*, hukum berlaku objektif, terlepas dari pengakuan rakyat, terlepas dari penerimaan rakyat dan terlepas dari *psychologische wortel*. Pandangan tersebut di atas merupakan pandangan yang paling ekstrim dari beberapa pengikut paham penegakan hukum.⁷¹

Penegakan hukum oleh negara berdasarkan wilayah tradisinya dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu: (1) konsep penegakan hukum dalam kekuasaan negara hukum *rechtsstaat*; dan (2) konsepsi penegakan hukum pada negara *the rule of law* yang telah mendapat dorongan dari *renaissance*. Bagi konsepsi negara hukum *rechtsstaat* penegakan hukum berarti penegakan hukum yang ditulis dalam Undang-Undang sesuai dengan paham bahwa hukum identik dengan Undang-Undang sehingga ada “kepastian hukum”. Sedangkan konsepsi negara hukum *the rule of law*, penegakan hukum bukan berarti penegakan hukum tertulis, tetapi penegakan keadilan hukum, sehingga penegakan hukum tidak berarti penegakan hukum yang ditulis. dalam undang-undang semata, bahkan hukum tertulis tersebut lebih diterima untuk disimpangi oleh hakim jika memang dirasakan tidak memenuhi rasa keadilan hukum.⁷²

Ada dua tokoh yang mengembangkan unsur penegakan hukum dalam negara hukum yaitu Friedrich Julius Stahl dan Albert Venn Dicey. Unsur-unsur negara hukum *rechtsstaat* ada 4 (Friedrich Julius Stahl) yang penting dalam sebuah negara yang taat terhadap hukum antara lain: (1) Hak-hak asasi manusia; (2) Pemisahan/Pembagian kekuasaan; (3) Setiap tindakan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang telah ada; (4) Adanya peradilan administrasi yang berdiri sendiri.⁷³ Dalam penegakan hukum setiap orang sama di depan hukum, baik selaku pribadi maupun dalam kualifikasi pejabat negara; (3) Terjaminnya hak-hak manusia oleh Undang-Undang dan keputusan-keputusan pengadilan.⁷⁴

⁷¹ F. Isjwara, *Pengantar Ilmu Politik*, (Jakarta: Bina Cipta, 2001), h. 99.

⁷² Djokosutono, *Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1998), h. 80.

⁷³ Hamid S. Attamimi, *Perundang-undangan Indonesia*, h. 8.

⁷⁴ Hamid S. Attamimi, *Perundang-undangan Indonesia*, h. 9.

Jimly Asshiddiqie merumuskan 12 (dua belas prinsip pokok atau pilar utama penegakan hukum yang diimplementasikan oleh negara hukum (*the rule of law* maupun *rechtsstaat*), yaitu sebagai berikut:⁷⁵

1. Supermasi hukum (*supremacy of law*), yakni adanya pengakuan normatif dan empiris akan prinsip supermasi hukum.
2. Persamaan dalam hukum (*equality before the law*).
3. Asas legalitas (*due process of law*). Dalam setiap negara hukum dipersyaratkan berlakunya asas legalitas, yakni segala tindakan pemerintahan harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis.
4. Pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dilakukan dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal dan pemisahan kekuasaan secara horizontal.
5. Organ-organ eksekutif independen. Dalam rangka membatasi kekuasaan, harus adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat independen.
6. Peradilan bebas dan tidak memihak.
7. Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam setiap negara hukum harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara.
8. *Constitutional Court* (Mahkamah Konstitusi). Pentingnya lembaga ini adalah dalam upaya memperkuat sistem *check and balance* antara cabang-cabang kekuasaan misalnya dengan wewenang memutus sengketa antarlembaga negara.
9. Perlindungan Hak Asasi Manusia. Setiap manusia sejak dilahirkan menyanggah hak-hak yang bersifat asasi.
10. Bersifat Demokratis. Setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan diterapkan mencerminkan rasa keadilan yang hidup di tengah masyarakat.
11. Berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfare rechtsstaat*). Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama.

⁷⁵ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, (Jakarta: Buana Ilmu, 2007), h. 311.

12. Transparansi dan Kontrol Sosial. Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum sehingga kelemahan/kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung.

Dalam menegakkan hukum di Indonesia berdasarkan UUD tahun 1945 sebelum amandemen dinyatakan dalam pasal 4 ayat (1), “Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintah menurut Undang-undang Dasar.” Tidak hanya itu keinginan Founding Father untuk menciptakan penegakan hukum juga tercermin dalam Pembukaan UUD Tahun 1945 yang menyatakan, “....yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat.....”. Kedaulatan rakyat sendiri memiliki makna bahwasanya kekuasaan penuh berada di tangan rakyat. Atau bisa dikatakan dari rakyat, oleh rakyat untuk rakyat. Rakyat dianggap berdaulat baik di bidang politik maupun bidang ekonomi dan sosial. Hal ini sejalan dengan konsep penegakan hukum dalam negara hukum guna menciptakan pemerintahan yang bebas dari penindasan terhadap rakyat. Bahkan menurut Jimly Asshiddiqie kedaulatan rakyat merupakan satu diantara konsep-konsep yang pertama-tama dikembangkan dalam persiapan menuju Indonesia merdeka. Permasalahan mengenai kedaulatan rakyat itu sudah menjadi polemik di kalangan intelektual pejuang kemerdekaan Indonesia pada tahun 1930-an. Seperti pada Sidang Pertama Rapat Besar Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia pada tanggal 18 Agustus 1945, Soepomo menyatakan, “Majelis Permusyawaratan Rakyat adalah suatu badan yang memegang kedaulatan rakyat, ialah suatu badan yang paling tinggi dan tidak terbatas kekuasannya.”

Penegakan hukum secara nyata adalah melaksanakan amar putusan pengadilan yang sudah berkekuatan tetap, baik dalam lingkup hukum pidana maupun hukum perdata, sebagaimana dalam hukum keluarga yang menjadi kewenangan Pengadilan Agama. Dalam penegakan hukum, berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan pasti dan tetap seharusnya dipatuhi dan dilaksanakan sebagaimana tertulis pada amar putusan.

Menurut Lawrence M. Friedman, penegakan hukum berkaitan dengan teori sistem hukum yang berlaku sebagai satu kesatuan hukum yang tersusun dari

empat unsur hukum, yaitu: (1) Hukum formil-materil (2) struktur hukum (3) substansi hukum; dan (4) kultur hukum. Menurut Friedman, empat unsur hukum tersebut adalah: (1) Hukum formil dan materil sebagai legalitas yang berlaku secara positif; (2) Struktur adalah keseluruhan institusi penegakan hukum, beserta aparatnya yang mencakup: kepolisian, kejaksaan, pengacara, dan pengadilan, hakim dan jaksa; (3) Substansi adalah keseluruhan asas hukum, norma hukum dan aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. (4) Kultur hukum adalah kebiasaan, opini, cara berpikir dan cara bertindak, dari para penegak hukum dan warga masyarakat.⁷⁶

Ketiga sub sistem hukum tersebut berfungsi sebagai pedoman berperilaku yang berhubungan dengan hukum, termasuk hukum keluarga. Pendekatan sistem hukum memiliki kemampuan untuk menggambarkan keutuhan karakteristik objek, juga memiliki kemampuan untuk melakukan analisis terhadap setiap komponen objek hukum. Demikian pula dengan subjek hukumnya. Pendekatan sistem hukum senantiasa mempertimbangkan faktor keterhubungan objek secara internal dan eksternal dan lebih representatif untuk mengikat kuat hak dan kewajiban subjek hukum dalam menerima dan melaksanakan keadilan hukum.⁷⁷

Kapasitas pendekatan sistem terletak pada kemampuannya untuk menembus kelemahan karakteristik hukum dalam suatu negara. Karena itulah, sistem hukum ini merupakan ontologi hukum yang berisi perintah dari penguasa yang berbentuk hukum tertulis atau undang-undang. Kemudian undang-undang ini harus ditaati oleh masyarakat yang dilengkapi oleh daya paksa perilaku yang menyertai perintah undang-undang. Selain itu ditetapkan secara materil sanksi hukum yang bersifat memaksa kepada masyarakat atau badan hukum sebagai subjek hukum.⁷⁸

Adapun komponen sistem hukum adalah sebagai berikut:

1. Masyarakat hukum: adalah himpunan berbagai kesatuan hukum (*legal unity*) yang satu sama lainnya terikat dalam hubungan yang teratur, masyarakat

⁷⁶ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York: Russell Sage Foundation, 1988), h. 197.

⁷⁷ Lawrence M. Friedman, *The Legal System...*, h. 198.

⁷⁸ Lawrence M. Friedman, *The Legal System...*, h. 199.

umum dapat diklasifikasikan menjadi tiga golongan yaitu: (a) Masyarakat sederhana; (b) Masyarakat negara; dan (c) Masyarakat internasional.

2. Budaya hukum, yaitu tradisi hukum yang digunakan untuk mengatur kehidupan masyarakat hukum baik yang tradisional maupun yang modern. Perpajakan merupakan bagian sistem hukum modern yang menjadi kewajiban masyarakat hukum dalam suatu negara yang tunduk dan patuh kepada hukum yang berlaku secara tertulis yang merupakan bentuk hukum tertulis yang derajat pembentuknya dapat dibedakan atas badan yang berwenang membentuk aturan dasar dan badan yang berwenang membentuk aturan organis, dalam masyarakat hukum kenegaraan, bentuk aturan dasar umumnya dibentuk oleh badan legislatif yang oleh lembaga administratif dijabarkan dalam bentuk aturan organis bersama.
3. Penerapan hukum: Penerapan hukum pada hakikatnya adalah penyelenggaraan pengaturan hubungan hukum setiap kesatuan hukum dalam suatu masyarakat hukum, pengaturan ini meliputi aspek pencegahan pelanggaran hukum (regulasi aspek) dan penyelesaian sengketa hukum (*settlement of dispute*) termasuk pemulihan kondisi atas kerugian akibat pelanggaran itu (*reparation or compensation*) komponen ini merupakan kunci terakhir dari proses perwujudan sistem hukum. Komponen penerapan hukum meliputi tiga komponen utama yaitu: pertama komponen hukum yang akan diterapkan, kedua, institusi yang akan menerapkannya, ketiga, personil dari institusi penyelenggara ini umumnya meliputi lembaga-lembaga administratif dan lembaga-lembaga yudisial, seperti polisi jaksa hakim dan berbagai institusi yang berfungsi menyelenggarakan hukum secara administratif pada jajaran eksekutif.
4. Evaluasi hukum: Komponen ini merupakan konsekuensi dari pandangan dari ahli-ahli hukum utilitarianis yang menyatakan bahwa kualitas hukum baru dapat diketahui setelah hukum itu diterapkan, hukum yang buruk berakibat buruk sedangkan hukum yang baik berakibat yang baik. Dalam praktiknya komponen melibatkan hampir seluruh komponen sistem hukum kecuali komponen bentuk hukum, komponen utama yang dapat melakukan fungsi

evaluasi ini antara lain adalah komponen masyarakat yang melihat kepada reaksi penerapan hukum, komponen ilmu dan pendidikan hukum melalui fungsi penelitian dan hakim melalui pertimbangan keadilan dalam penerapan ketentuan hukum.⁷⁹

Dengan teori kepastian hukum ini dapat dipahami bahwa seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku mengacu kepada sub sistem yang integral, baik pada hukumnya, subjek hukum, maupun komponen hukum dan penerapannya. Sedangkan dalam evaluasinya lebih melihat kepada akibat yang ditimbulkan oleh penerapan hukum oleh masyarakat dan badan hukum yang merupakan subjek hukum paling utama yang kepastian hukumnya ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam teori sistem hukum berprinsip kepada keadilan hukum. Keadilan secara filosofis merupakan hakikat hukum dan tujuan hukum. Secara praktis keadilan berhubungan dengan penerapan hukum di pengadilan untuk orang yang berperkara, keperdataan atau kepidanaan dengan ragam tindakan yang diperkarakan. Bagi Roland Dworkin yang mempopulerkan teori “moral reading” menegaskan bahwa apabila perundang-undangan belum mampu mengakomodasi segala kepentingan hukum primer yang terdapat dalam masyarakat demi keadilan maka diperlukan mengembalikan misi keadilan hukum dari ground norm sekaligus dengan constitutional norm. Karena harapan tertinggi bagi manusia adalah, menghendaki tegaknya keadilan, tanpa keadilan hukum, kepastian dan ketertiban hukum maka hukum menjadi menakutkan karena tidak menjamin kedamaian dan ketentraman hidup. Dalam penegakan hukum, kepastian hukum tidaklah cukup, apabila hukumnya pasti tetapi keadilannya tercederai maka sama dengan kezaliman. dua cita hukum haruslah dikejar yaitu kepastian dan keadilan, yang kemudian diarahkan kepada kemanfaatan hukum.

Keadilan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari sistem hukum dan asas hukum karena merupakan sesuatu yang abstrak, berada dalam dunia *sollen* tumbuh secara filsafati dalam alam hayal manusia, akan tetapi hakikat hukum adalah keadilan karena makna dari hukum adalah kebijaksanaan bukan kepastian.

⁷⁹ Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, (Pustaka Setia, Bandung, 2013), h. 113.

Aristoteles mengatakan bahwa hukum ditegakkan dengan keadilan. Keadilan sebagai keutamaan moral yang menentukan sikap manusia secara normatif. Keadilan menentukan hubungan yang baik antara manusia pada bidang tertentu. Keadilan adalah keseimbangan hak dan kewajiban. Keadilan adalah persamaan derajat kemanusiaan.⁸⁰

Keadilan mengatur hubungan dengan sesama manusia dapat dibagi menjadi beberapa bidang, yakni sebagai berikut:

- a. Keadilan pembagian jabatan dan harta benda publik.
- b. Keadilan dalam bidang transaksi jual beli.
- c. Keadilan dalam hukum pidana.
- d. Keadilan bidang privat yaitu dalam hukum kontrak dan delik privat.
- e. Keadilan bidang penafsiran hukum pada perkara yang konkret;
- f. Hakim yang mengambil tindakan *in concreto* hendaknya mengambil tindakan seakan-akan menyaksikan sendiri peristiwa konkret yang diadilinya. Dalam menerapkan hukum pada perkara konkret itu, maka diperlukan epikeia, yaitu rasa tentang yang pantas termasuk prinsip regulatif yang memberi pedoman bagi praktik hidup negara menurut hukum;
- g. Keadilan distributif dan korektif dipahami bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Ketidaksetaraan yang disebabkan oleh pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan. Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang didapatkan dalam masyarakat. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut; dan
- h. Keadilan menentukan hubungan orang dengan orang lain dalam hal iustum, yakni mengenai 'apa yang sepatutnya bagi orang lain menurut sesuatu kesamaan proporsional' (*aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*). Filsuf hukum alam, Thomas Aquinas, membedakan keadilan atas dua kelompok, yaitu keadilan umum (*justitia generalis*) dan keadilan khusus. Keadilan umum adalah keadilan menurut kehendak Undang-

⁸⁰ Yovita A. Mangesti dan Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2014), h. 48.

Undang, yang harus ditunaikan demi kepentingan umum. Selanjutnya keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas.⁸¹

Keadilan khusus ini dibedakan menjadi :

- 1) Keadilan distributif (*justitia distribution*) Keadilan distributif adalah keadilan yang secara proporsional diterapkan dalam lapangan hukum publik secara umum.
- 2) Keadilan komutatif (*justitia commutative*). Keadilan komutatif adalah keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dan kontraprestasi. Disebut juga dengan keadilan tukar menukar.
- 3) Keadilan vindikatif (*justitia vindication*). Keadilan vindikatif adalah keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti kerugian dalam tindak pidana. keadilan ini termasuk dalam keadilan tukar menukar.
- 4) Keadilan legal (*justitia legalis*). Keadilan legal menyangkut keseluruhan hukum, keadilan terkandung dalam keadilan legal. Keadilan legal menuntut ketundukan pada semua undang-undang, oleh karena undang-undang itu menyatakan kepentingan umum. Dengan mentaati hukum dan bersikap baik dalam segala hal, maka keadilan legal disebut keadilan umum (*justitis generalis*).

John Rawls. dalam teorinya menyatakan ada tiga hal yang merupakan solusi bagi problema keadilan, antara lain sebagai berikut:

1. Prinsip kebebasan yang sama bagi setiap orang (*principle of greatest equal liberty*), Rumusan ini mengacu pada rumusan Aristoteles tentang kesamaan, oleh karenanya kesamaan dalam memperoleh hak dan penggunaannya berdasarkan hukum alam. Rumusan ini inhern dengan pengertian equal yakni sama atau sederajat di antara sesama manusia.
2. Prinsip perbedaan (*the difference principle*). Rumusan ini merupakan modifikasi atau imbalan terhadap rumusan pertama yang menghendaki persamaan terhadap semua orang, modifikasi ini berlaku apabila memberi manfaat kepada setiap orang. Selain itu, rumusan ini juga ditujukan untuk

⁸¹ Anthon F. Susanto, *Ilmu Hukum Non Sistematis: Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), h. 138

masyarakat modern yang sudah memiliki tatanan yang lengkap untuk memberi pemerataan dalam kesempatan kerja yang sama dan merata supaya memperoleh kedudukan dan kesempatan dalam kegiatan ekonomi yang sama. Setiap orang memiliki kehormatan yang berdasar pada keadilan, sehingga seluruh masyarakat tidak bisa membatalkannya. Atas dasar hal tersebut, keadilan menolak lenyapnya kebebasan bagi seluruh manusia. Keadilan sebagai kebajikan utama umat manusia, kebenaran dan keadilan tidak bisa diganggu gugat. Pada masyarakat yang telah maju, hukum ditaati apabila mampu meletakkan prinsip-prinsip keadilan.⁸²

Rawls berpendapat, hukum tidak boleh dipersepsikan sebagai wasit yang tidak memihak dan bersimpati dengan orang lain. Hukum harus menjadi penuntun manusia, dan keadilan adalah struktur dasar masyarakat. Keadilan syarat utama dari hukum yang harus mengerjakan dua hal sebagai berikut:

- (a) Prinsip keadilan harus memberi penilaian konkret tentang adil tidaknya institusi dan praktik institusional.
- (b) Prinsip keadilan harus membimbing dalam mengembangkan kebijakan dan hukum untuk mengoreksi ketidakadilan dalam struktur dasar masyarakat.⁸³

Apabila dapat menempatkan diri pada posisi tersebut maka manusia akan sampai pada dua prinsip keadilan fundamental, yaitu: (1) Prinsip kebebasan (*principle of greatest equal liberty*). Menurut prinsip ini setiap orang mempunyai hak atas seluruh keuntungan masyarakat; dan (2) Prinsip ketidaksamaan atau perbedaan, yang menyatakan bahwa situasi perbedaan harus diberikan aturan sedemikian rupa, sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Rumusan prinsip kedua ini merupakan gabungan dari dua prinsip, yaitu prinsip perbedaan (*difference principle*) dan prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (*the principle of fair equality of opportunity*).⁸⁴

⁸² Theo Huijebbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cetakan ke-5, (Yogyakarta: Kanisius, 2005), h. 29.

⁸³ John Rawls, *Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara, (A Theory of Justice)*, Terjemahan Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), h. 502.

⁸⁴ W. Friedmann, *The State and The Rule of Law in Mix Economy* (London: Steven & Son, 1971), h. 385.

W. Friedmann mengungkapkan bahwa persamaan dipandang sebagai unsur keadilan, di dalamnya terkandung nilai-nilai universal dan keadilan tersebut pada satu sisi dapat diartikan sama dengan hukum, hal ini dapat dilihat dari istilah “justice” yang berarti hukum, akan tetapi pada sisi lain, keadilan juga merupakan tujuan hukum. Dalam mencapai tujuan tersebut, keadilan dipandang sebagai sikap tidak memihak (*impartiality*). Sikap inilah yang mengandung gagasan mengenai persamaan (*equality*) yaitu persamaan perlakuan yang adil terhadap semua orang.⁸⁵

Persamaan merupakan hak yang dapat dilihat dari ketentuan *The Universal Declaration Human Rights* 1948, maupun dalam *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 1966 dan *International Covenant on Civil and Political Rights* 1966. Di dalam ketiga dokumen hak asasi manusia tersebut, dimuat ketentuan yang diawali dengan kata-kata: setiap orang ... dst. Demikian pula halnya di dalam Pasal 27 UUD 1945. Pasal ini pada dasarnya menempatkan persamaan dan kebebasan yang meliputi kepentingan dan tujuan dari hak itu ditetapkan dalam suatu hubungan persamaan dengan kebebasan ini, Friedmann memandang bahwa kebebasan merupakan alat yang membuka jalan bagi pengembangan personalitas untuk memberi kesempatan yang sama kepada setiap orang dalam mengembangkan personalitasnya.⁸⁶

Bagi Lon Fuller, membedakan muatan moral pada dua aspek, yakni aspek internal dan aspek eksternal. Aspek internal moralitas hukum menunjuk pada aturan teknik dari perwujudan hukum dalam kaidah hukum sebagai sarana yang memungkinkan aspek eksternal moralitas hukum dapat diwujudkan. Sedangkan aspek eksternal moralitas hukum, menunjuk pada tuntutan moral terhadap hukum yang harus dipenuhi agar berfungsi dengan baik dan adil. Titik tolaknya adalah asas tunggal pengakuan dan penghormatan atas martabat manusia (*human*

⁸⁵ W. Friedmann, *The State and The Rule of Law in Mix Economy*, h. 386.

⁸⁶ Sidharta, *Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara, Bunga Rampai Komisi Yudisial, Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan*, (Jakarta: Komisi Yudisial Republik Indonesia, 2010), h. 3.

dignity), yang merupakan induk dari asas hukum lainnya. Asas ini mengimplikasikan hak setiap manusia yang sangat mendasar.⁸⁷

Lon Fuller menetapkan delapan asas legitimasi dan implementasi asas legalitas, yakni sebagai berikut:

- (1) Hukum dipresentasikan dalam aturan-aturan umum.
- (2) Hukum harus dipublikasi.
- (3) Hukum harus non retroaktif.
- (4) Hukum harus dirumuskan dengan jelas.
- (5) Hukum harus tidak mengandung pertentangan antarkhukum yang ada.
- (6) Hukum tidak menuntut atau mewajibkan hal yang mustahil.
- (7) Hukum harus relatif konstan.
- (8) Pemerintah harus berpegang teguh pada aturan-aturan hukum.⁸⁸

Dengan delapan asas tersebut, hukum terus diupayakan diterapkan dengan prinsip keadilan dan persamaan, serta para penegak hukum apalagi pembuat hukum menjadi teladan bagi masyarakat. Hukum juga berfungsi mengontrol kebebasan sosial demi keselarasan masyarakat dan kesejahteraannya. Hukum menjadi panglima dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat. Hukum menjadi makhluk yang ramah dan memberi kebahagiaan kepada manusia. Kata keadilan dapat menjadi terma analog, sehingga tersaji istilah keadilan prosedural, keadilan legalis, keadilan komutatif, keadilan distributif, keadilan vindikatif, keadilan kreatif, keadilan substantif, dan sebagainya. Keadilan prosedural, sebagaimana diistilahkan oleh Nonet dan Selznick untuk menyebut salah satu indikator dari tipe hukum otonom. Misalnya, ternyata setelah dicermati bermuara pada kepastian hukum demi tegaknya *the rule of law*. Jadi, pada konteks ini keadilan dan kepastian hukum tidak berseberangan, melainkan justru bersandingan. Keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Dalam hal ini, keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif.

⁸⁷ Sidharta, *Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara*, h. 4.

⁸⁸ Sidharta, *Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara*, h. 5.

Hukum mencita-citakan keadilan, selama itu dalam perwujudannya terhenti untuk mewujudkan keadilan. Karena penegakan hukum hanya dipahami dan diyakini sebagai aktivitas menerapkan norma-norma atau kaidah hukum positif (*ius constitutum*) terhadap suatu peristiwa konkret. Penegakan hukum saat ini lazimnya bekerja seperti mesin otomatis, dimana pekerjaan menegakan hukum dilihat sebagai variabel yang jelas dan pasti, yang harus diterapkan pada peristiwa yang jelas juga pasti. Penegakan hukum dikonstruksikan sebagai hal yang rasional, logis dan mengikuti kehadiran peraturan hukum. Dimensi-dimensi moral, politik, budaya, lembaga dan manusia sebagai pelaksana penegakan hukum, bukanlah variabel yang diperhitungkan dalam penegakan hukum, karena hukum (Undang-undang) memiliki logika dan cara kerjanya sendiri sesuai dengan logika silogisme. Hal ini benar adanya, *in casu* putusan pengadilan selalu saja menisakan ketidakadilan di sana. Masih terdapat beberapa orang yang merasakan bahwa putusan hakim yang diwajibkan untuk memutus demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa oleh komunitas tertentu, ada kalanya menganggap putusan hakim tidaklah memenuhi rasa keadilan bagi dirinya.

Keadilan adalah kehendak yang ajeg. Aristoteles, melihat bahwa keadilan adalah kebajikan yang berkaitan dengan hubungan antarmanusia: keadilan legalis, distributif dan komutatif. Thomas Aquinas, menyebut keadilan terbagi dua yaitu keadilan umum (*justitia generalis*) dan keadilan khusus (*justitia specialis*). W. Friedmann, keadilan yang diformulasikan dari Aristoteles merupakan kontribusi pengembangan filsafat hukum, ia membedakan keadilan menjadi tiga: keadilan hukum, keadilan alam dan keadilan abstrak dan kepatutan. Menurut Notohamidjojo, keadilan ada tiga macam, yaitu keadilan kreatif (*iustitia creativa*), keadilan protektif (*iustitia protetiva*) dan keadilan sosial (*iustitia socia*), sedangkan Rouscoe Pound, membagi keadilan menjadi dua bagian: keadilan bersifat yudisial dan keadilan administratif. John Rawl berpendapat bahwa keadilan adalah keadaan keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama.

Dalam *theory of justice* konsep keadilan menurut Rawls: “Keadilan merupakan nilai utama (*first virtue*) institusi sosial yang ada. Keadilan berkaitan

erat dengan keberlangsungan hidup manusia dalam mewujudkan martabatnya. Keadilan berfungsi melindungi hak-hak individual dan lebih penting lagi melindungi hak-hak orang miskin. Paul Scholten menyebutkan bahwa keadilan tidak boleh bertentangan dengan hati nurani, hukum tanpa keadilan bagaikan badan tanpa jiwa.

Urgensi menggunakan teori penegakan hukum C.S.T. Karsil dalam penelitian ini terletak pada kemampuannya menyediakan kerangka teoritis yang kontekstual untuk menganalisis perlindungan hukum oleh penegak hukum (hakim) melalui putusannya, sehingga meningkatkan relevansi penelitian dengan realitas penegakan hukum di Indonesia khususnya terhadap anak yang lahir hasil di luar kawin, dengan harapan menciptakan upaya yang bersifat preventif dan represif, sehingga anak memperoleh hak-haknya dengan patut dan mewujudkan ketertiban kehidupan masyarakat khususnya bagi anak yang lahir di luar kawin tersebut. Dengan demikian, hukum akan berjalan sesuai dengan tujuannya yakni untuk memberikan keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum.

2. *Applied Theory: Kritik Hukum (Critical Legal Studies)*

Kritik hukum Islam yang digunakan dalam disertasi ini adalah dari Muchamad Ali Safa'at dalam karyanya yang berjudul *Gerakan Studi Hukum Kritis* yang termasuk kritik hukum Islam. Teorinya tentang dekonstruksi yang merupakan salah satu metode dari *critical legal studies* (CLS). Sebagaimana diungkapkan Ali Safa'at bahwa solusi hukum Islam atau delegitimasi terhadap doktrin hukum menggunakan tiga metode, yaitu sebagai berikut:

1. *Trashing*, yaitu langkah untuk antitesis atas pemikiran hukum yang telah terbentuk. Metode ini dilakukan untuk menunjukkan bahwa dalam doktrin tersebut terdapat kontradiksi dan kesimpulan yang bersifat sepihak berdasarkan asumsi yang meragukan.
2. *Deconstruction*, yakni upaya untuk membongkar pemikiran yang telah terbentuk. Dengan melakukan pembongkaran, maka dapat dilakukan rekonstruksi pemikiran hukum.
3. *Geneology*, yakni metode penggunaan sejarah dalam menyampaikan argumentasi. Hal ini digunakan karena interpretasi sejarah kerap didominasi

oleh mereka yang memiliki kekuatan (otoritas). Interpretasi sejarah inilah yang kemudian digunakan untuk memperkuat upaya rekonstruksi hukum.⁸⁹

Teori tersebut berawal dari teori yang dikemukakan oleh Satjipto Raharjo dalam beberapa tulisannya, “Rekonstruksi Pemikiran Hukum di Era Reformasi”. Beliau juga mengupas tentang “Tinjauan Kritis terhadap Pembangunan Hukum Indonesia”. Kajian kritisnya bermaksud membebaskan hukum di Indonesia dari belenggu konservatif. Dalam kajian studi Islam, teori hukum kritis juga sudah lama menjadi pendekatan seperti yang telah dilakukan oleh Fatima Mernisi dan Amina Wadud dalam mengkaji teks-teks yang terkait dengan status perempuan. Tokoh lainnya adalah Abdullah Ahmed an-Naim dengan teori *naskh mansukhnya*.⁹⁰

Dalam konteks hukum Islam, dekonstruksi merupakan salah satu metode dari *critical legal studies* (CLS). Ali Safa’at mengatakan bahwa upaya untuk menyelesaikan permasalahan hukum atau lebih tepatnya untuk melakukan delegitimasi terhadap doktrin hukum yang telah terbentuk (sesuai zamannya), CLS menggunakan tiga metode, yaitu *trashing*, *decontruction* dan *geneology*. Meskipun Ali Safa’at mengambilnya dari wacana dekonstruksi pertama kali yang digulirkan oleh Martin Heidegger dan Jacques Derrida yang kemudian dipatenkan oleh para posmodernis, Heidegger dan Derrida menyebut “dekonstruksi” dalam bahasa Jerman adalah suatu kritik positif yang dapat menghancurkan sistem atau struktur yang telah dikonstruksi dari pembicaraan sejarah. Heidegger menggunakan term dekonstruksi ini sebagai usaha pelucutan atas bangunan pemikiran yang telah terbentuk sedemikian rupa. Destruksi di sini artinya pembongkaran (*a freeing up*) atau pelucutan (*a destructuring*). Destruksi yang membawa semangat pembongkaran dan pelucutan ini kemudian memberikan inspirasi Jaques Derrida untuk menerapkan ide dekonstruksinya.⁹¹

⁸⁹ Tahir, M. (2014). Studi Hukum Kritis dalam Kajian Hukum Islam. *Istinbath: Jurnal Hukum Islam IAIN Mataram*, 13 (2), h. 202-214.

⁹⁰ Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2006), h. 107.

⁹¹ Andrew Cutrofello, “Jacques Derrida”, dalam Edward Craige (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Vol. II (London: Rouledge, 1998), h. 897.

Dalam melakukan dekonstruksi, Derrida mengajukan dua pendekatan. Pendekatan pertama, ia menggunakan ilmu tulis (*a science of writing*) yang kemudian dinamainya sebagai *grammatology*. Dalam pendekatan pertama ini yang penting adalah membangun sebuah keberanian untuk melakukan pembongkaran terhadap teks (*to encourage the deconstruction of texts*) dengan disertai atau mengikuti logika identitas (*a logic of identity*). Pendekatan kedua, ia gunakan prinsip yang disebut *difference*, yaitu kerja membedakan dalam konteks ruang (*to differ in space*) dan menunda dalam konteks waktu dan kehadiran (*to defer means to put off in time or to postpone presence*).⁹²

Ide dekonstruksi yang diadopsi oleh para pemikir Islam ini dimaksudkan untuk memisahkan secara dikotomik hubungan antara dimensi historisitas yang aturannya selalu berubah-ubah dengan normativitas Al-Quran atau keagamaan Islam yang sesuai dengan waktu dan tempat. Ide ini dimaksudkan juga untuk melelehkan kalau tidak menghancurkan pemikiran keagamaan yang olehnya dianggap telah disakralkan oleh umat Islam (*taqdis al-afkar ad-diniy*), termasuk ulama klasik sehingga menjadi ortodoksi baru.⁹³

Abdullah Ahmed an-Naim mengenai dekonstruksionisme bercorak pembongkaran atau pelucutan atas makna dan aktualisasi syari'at Islam dalam kehidupan kontemporer, baik dari segi substansi maupun metodologi. Bagi an-Naim, syari'at bukanlah keseluruhan Islam itu sendiri, melainkan hanyalah interpretasi terhadap teks (*nash*) dasarnya sebagaimana dipahami dalam konteks historis tertentu. Pandangan ini menolak prinsip penyatuan total dan tuntas antara ajaran Islam, khususnya syari'ah Islam, dengan realitas kehidupan pemeluknya sebagaimana dianut kalangan fundamentalisme Islam dalam gerakan Islam kontemporer. Syari'ah Islam selain dipandang bukan sebagai keseluruhan dari ajaran Islam, pada saat yang sama aktualisasinya dalam kehidupan kontemporer sering kali menimbulkan kesulitan-kesulitan jika tanpa revisi, reformasi, dan rekonstruksi.⁹⁴

⁹² Masnun Tahir, *Studi Hukum Kritis dalam Kajian Hukum Islam*, h. 208.

⁹³ Masnun Tahir, *Studi Hukum Kritis dalam Kajian Hukum Islam*.

⁹⁴ Abdullahi Ahmed an-Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah I*, (terj.) Ahmad Suaedy (Yogyakarta: LKiS, 1994), h. 7.

Kritik hukum Islam menurut Indra Rahmatullah berasal dari *Critical Legal Studies* Duncan Kennedy, Karl Klare, Kelman, Morton Horwitz dan Roberto M. Unger. *Critical Legal Studies* (CLS) yang merupakan sebuah pemikiran hukum yang menolak dan tidak puas terhadap aliran pemikiran hukum liberal yakni teori-teori hukum yang mempunyai tradisi memisahkan hukum dan politik dan seolah-olah hukum netral dari proses politik. Asumsi tersebut ada karena pada kenyataannya hukum bekerja bukan di ruang hampa, tetapi dalam sebuah realitas yang tidak netral dan subjektif. Akibatnya saat itu keterpurukan praktik hukum di Amerika Serikat semakin nyata. Beberapa ahli hukum memandang masalah utamanya adalah pada formalisme hukum yang tidak kunjung memberikan keadilan bagi masyarakat pencari keadilan sehingga tercetuslah gagasan atau ide untuk membuat sebuah gerakan pemikiran baru untuk membantah kondisi tersebut.⁹⁵

Yang paling utama adalah keadilan hukum kemudian kepastiannya karena hukum merupakan kaidah atau norma. Kaidah atau norma merupakan pedoman perilaku manusia yang dianggap pantas. Atas dasar ruang lingkupnya, dibedakan antara kaidah yang mengatur kepentingan pribadi dan kaidah yang mengatur kepentingan antarpribadi. Selain itu, hukum juga diartikan sebagai tata hukum, sebagai hukum positif yang tertulis. Oleh karena itu hukum positif yang tertulis adalah hukum yang sedang berlaku sekarang yang mengikat dan memaksa dilengkapi sanksi hukum tertentu.⁹⁶

Penyebab lahirnya CLS adalah anggapan bahwa hukum gagal dalam memainkan peran untuk menjawab permasalahan yang ada. CLS menolak perbedaan antara teori dan praktik, sekaligus menolak perbedaan antara fakta (fact) dan nilai (value) yang merupakan karakteristik paham liberal. Dengan demikian, aliran ini menolak kemungkinan teori murni (pure theory), tetapi lebih menekankan pada teori yang memiliki daya pengaruh terhadap transformasi sosial yang praktis. Menurut N.D. White tujuan CLS ini untuk mendeligitimasi klaim

⁹⁵ Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies): Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, ('Adalah: Buletin Hukum dan Keadilan, Vol. 5, No. 3 (2021), h. 2.

⁹⁶ Pasal 1 ayat (3) Undang-undang Dasar Tahun 1945, yang menyebutkan "Negara Indonesia adalah negara hukum.

kebenaran, membongkar kuasa dan dominasi untuk membentuk sistem yang adil dan setara, sehingga doktrin-doktrin hukum yang telah terbentuk dapat direkonstruksi untuk mencerminkan pluralisme nilai yang ada.⁹⁷

Critical Legal Studies menolak anggapan bahwa hukum itu terpisah dari unsur-unsur politik, ekonomi, sosial dan budaya sebagaimana yang dikonsepsikan oleh Hans Kelsen dengan teorinya *the pure theory of law* (teori hukum murni) yang mendambakan hukum harus bebas dari anasir-anasir non hukum seperti politik, ekonomi, sosial dan lainnya. Sebaliknya CLS menganggap bahwa hukum selalu diintervensi oleh kepentingan-kepentingan di luar hukum sehingga hukum tidak pernah netral dan objektif. Ini berarti bahwa hukum tidak dapat dipisahkan dari politik karena hukum tidak terbentuk dalam suatu ruang hampa yang bebas nilai. Pemikiran CLS terletak pada kenyataan bahwa hukum adalah politik (*law is politics*) sehingga CLS menolak dan menyerang keyakinan para positivis dalam ilmu hukum. CLS mengkritik hukum yang berlaku karena telah memihak ke politik dan tidak pernah netral.⁹⁸

Doktrin hukum yang selama ini terbentuk sebenarnya lebih berpihak pada mereka yang mempunyai kekuatan sehingga disimpulkan bahwa hukum itu cacat sejak dilahirkan karena terbentuk melalui “pertempuran” politik yang cenderung berpihak dan subyektif demi kepentingan golongan tertentu. CLS mencontohkan bagaimana hukum selalu “diganggu” dengan kepentingan politik dan ekonomi pada anggota legislatif yang sedang membuat sebuah undang-undang.

Menurut *Critical Legal Studies*, dalam setiap pembentukan undang-undang, pasti terdapat dua kepentingan yang membayangnya, yaitu kepentingan relasi kekuasaan (*power*) dan relasi pasar (ekonomi). Alhasil, undang-undang yang dibuat negara seringkali menuruti kemauan orang-orang yang secara geopolitik dekat dengan kekuasaan sehingga dapat saja ketentuan dalam undang-undang yang tengah dibuat sesuai dengan selernya. Mahfud MD mengungkapkan

⁹⁷ Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies): Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, h. 3.

⁹⁸ Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies): Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, h. 4.

bahwa memang ada hubungan yang berkaitan antara hukum dengan politik. Hukum merupakan variabel yang bergantung dengan variabel politik. Jadi “warna” hukum akan bergantung pada rezim politik yang berkuasa. Jika sistem politik berkarakter otoriter, maka produk hukumnya represif. Sebaliknya jika sistem politik berkarakter demokratis maka produk hukumnya responsif. Sedangkan relasi ekonomi adalah setiap proses pembentukan undang-undang selalu diiming-imingi dengan keuntungan materi oleh kaum kapitalis yang “mensponsori” undang-undang yang sedang dibuat. Ada motif ekonomi, materi, dan keuntungan sehingga berkepentingan terhadap undang-undang tersebut dengan mengabaikan kepentingan rakyat banyak. Orang-orang yang mempunyai kelebihan dari sisi ekonomi tentu sangat perhatian dalam agenda terhadap apa saja undang-undang yang berhubungan dengan bisnisnya karena bisnis pasti memerlukan regulasi yang cocok.⁹⁹

Critical Legal Studies berusaha membuktikan bahwa di balik hukum dan tatanan sosial yang muncul ke permukaan sebagai sesuatu yang netral, sebenarnya di dalamnya penuh dengan muatan kepentingan tertentu yang bias kultur, ras, gender, bahkan kepentingan ekonomi. Doktrin hukum yang selama ini terbentuk, sebenarnya lebih berpihak kepada mereka yang mempunyai kekuatan (power), baik itu kekuatan ekonomi, politik ataupun militer. Oleh karena itu, dalam memahami masalah hukum juga harus selalu dilihat dari konteks power relations (I Dewa Gede Atmadja, 2013: 184). Selain itu, CLS tidak percaya netralitas dari putusan hakim. Hakim yang digaung-gaungkan oleh aliran realisme hukum ternyata juga belum bisa memberikan keadilan karena bisa saja putusannya tidak objektif dikarenakan dipengaruhi oleh latar belakang kehidupannya.¹⁰⁰

Keadilan hukum merupakan tolok ukur untuk mengukur diterimanya hukum oleh masyarakat. Oleh karena itu, kritik hukum ditujukan kepada keadilan hukum, kepastian, dan kemanfaatan hukum yang merupakan tujuan hukum yang dijabarkan sebagai berikut:

⁹⁹ Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies); Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, h. 5.

¹⁰⁰ Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies); Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, h. 5.

1. Keadilan adalah kondisi di mana kasus yang sama diperlakukan secara sama. Adapun keadilan berhubungan dengan hati nurani. Keadilan bukan tentang definisi yang formal karena berhubungan dengan kehidupan manusia sehari-hari. Hati nurani ini memiliki posisi yang sangat tinggi karena berhubungan dengan rasa dan batin yang paling dalam. Terhadap keadilan, Radbruch menyatakan: "*Summum ius summa iniuria*" yang berarti keadilan tertinggi adalah hati nurani. Radbruch punya penekanan dan mengoreksi pandangannya sendiri, bahwa cita hukum tidak lain adalah keadilan.
2. Kepastian yang berarti bahwa kepastian merupakan tuntutan hukum, ialah supaya hukum menjadi positif dalam artian berlaku dengan pasti. Hukum harus ditaati, dengan demikian hukum itu positif, yang artinya kepastian hukum ditujukan untuk melindungi kepentingan setiap individu agar mereka mengetahui perbuatan apa saja yang dibolehkan dan sebaliknya perbuatan mana yang dilarang sehingga mereka dilindungi dari tindakan kesewenang-wenangan pemerintah. Kepastian hukum merupakan salah satu nilai dasar yang menginginkan adanya kejelasan dari fakta hukum yang membuat hukum benar-benar positif untuk berlaku pada suatu negara (*ius constitutum*).
3. Kemanfaatan hukum ditujukan pada sesuatu yang bermanfaat atau memiliki manfaat. Hukum pada hakikatnya bertujuan untuk menghasilkan kesenangan atau kebahagiaan bagi orang banyak. Bahwa negara dan hukum diciptakan untuk manfaat sejati yaitu kebahagiaan mayoritas masyarakat.¹⁰¹

Kepastian hukum terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, yakni peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Hukum tertulis dalam arti yang luas mencakup semua peraturan yang dibuat oleh lembaga-lembaga tertentu sesuai dengan tingkat dan lingkup kewenangannya yang biasanya disebut peraturan perundang-undangan. Menurut Moh. Mahfud Md., peraturan perundang-undangan adalah berbagai jenis peraturan tertulis yang

¹⁰¹ Gustav Radbruch, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, ed. John H. Wigmore, dkk. (Massachusetts: Harvard University Press, 1950), h. 112.

dibentuk oleh berbagai lembaga sesuai tingkat dan lingkupnya masing-masing merupakan bentuk kepastian hukum.¹⁰²

Di Negara Kesatuan Republik Indonesia selain istilah hukum (*recht*), undang-undang (*wet*), menurut hukum (*rechtmatig*), sesuai dengan undang-undang (*wettig* atau *wetmatig*), peraturan perundang-undangan (*wettelijke regeling*, *wettelijke regels*), dikenal pula istilah lain seperti istilah perundang-undangan (*Gesetzgebung* atau *wetgeving*, *legislation*), peraturan perundangan, peraturan negara (*staatsregeling*). Menurut Solly Lubis, yang dimaksud dengan perundang-undangan itu ialah proses pembuatan peraturan negara dengan kata lain tata cara mulai dari perencanaan (rancangan), pembahasan, pengesahan atau penetapan dan akhirnya pengundangan peraturan yang bersangkutan, sedangkan yang dimaksud dengan peraturan negara ialah peraturan-peraturan tertulis yang diterbitkan oleh instansi resmi, baik dalam pengertian lembaga atau pejabat tertentu. Sehingga yang dimaksud perundang-undangan meliputi undang-undang (UU), Peraturan pemerintah pengganti Undang-undang (Perpu), Peraturan Pemerintah (Perpem), Peraturan Daerah (Perda), Surat Keputusan (SK), Instruksi (Instr), sedangkan “peraturan perundangan” berarti peraturan mengenai tata cara pembuatan peraturan negara.¹⁰³

Dalam mewujudkan tujuan hukum terdapat tiga nilai dasar dalam tujuan hukum, yaitu: 1) keadilan hukum; 2) kepastian hukum; dan 3) kemanfaatan hukum. Hukum itu harus pasti, inilah yang kemudian disebut sebagai teori kepastian hukum. Kepastian yang dimaksudkan adalah suatu keputusan hukum yang hanya berdasarkan kepada hukum yang berlaku secara normatif, artinya menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur secara pasti dan logis.¹⁰⁴

Menurut Cst Kansil, kritik hukum bertujuan untuk mewujudkan keadilan hukum oleh karena itu harus melaksanakan kepastian hukum sebagai upaya mencapai keadilan itu sendiri. Adapun realisasi keadilan hukum adalah penegakan

¹⁰² Moh Mahfud Md, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, (Jakarta: Pustaka LP3ES Indonesia, 2009), h. 256.

¹⁰³ Solly Lubis, *Landasan dan Teknik Perundangan*, (Bandung: Mandar Maju, 2003), h. 1–2.

¹⁰⁴ Cst Kansil, *Kamus Istilah Hukum*, (Jakarta: Gramedia Pustaka, 2009), h. 385.

hukum dengan prinsip persamaan dan kesederajatan. Penegakan hukum kepada semua manusia dengan prinsip *equality before the law*. Dengan cara tersebut maka akan diperoleh kepastian hukum. Hukum tidak tajam ke bawah tumpul ke atas, melainkan hukum tajam ke setiap arah, artinya untuk siapa saja yang melanggarnya akan berhadapan sama di depan hukum. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan substansinya dan tidak memberikan manfaat bagi nilai kemanusiaan universal.¹⁰⁵

Critical Legal Studies juga mempunyai karakter menggugat teori, doktrin atau asas-asas seperti netralitas hukum, otonomi hukum, dan pemisahan hukum dengan politik. Sebagai contohnya CLS melakukan kritik terhadap persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*). Asas ini adalah asas yang mengandung persamaan di depan hukum dari sebuah idealisme negara hukum. Tetapi bagi CLS, prinsip ini patut dicurigai karena setiap proses pembuatan hukum itu sangat elitis sehingga seringkali hanya menguntungkan pihak elit dan merugikan pihak strata bawah. Dalam situasi ini, persamaan hukum akan menjadi sesuatu yang utopis.¹⁰⁶

Di samping itu CLS juga melakukan kritik terhadap objektivitas hukum. Menurut tradisi hukum liberal, hukum itu bersifat objektif dan netral seperti yang diungkapkan Ronald Dworkin "law is based on objective decisions of principle, while politics depends on subjective decisions of policy". Namun menurut CLS, hukum itu tidak akan objektif dan tidak netral karena hukum itu ada karena proses interaksi sosial politik yang melatarinya sehingga terekonstruksi secara sosial. Sebagai konstruksi sosial, maka di dalam hukum terdapat proses interaksi dan negosiasi berbagai kepentingan. Oleh karenanya, hukum itu sarat dengan berbagai kepentingan.¹⁰⁷

Untuk melakukan itu semua, aliran CLS menggunakan metode *trashing*, *deconstruction* dan *genealogy*. *Trashing* adalah teknik untuk mematahkan atau

¹⁰⁵ L.j Van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir* (Bandung: Refika Aditama, 2006), h. 82-83.

¹⁰⁶ Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies); Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, h. 6

¹⁰⁷ Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies); Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, h. 6.

menolak pemikiran hukum yang telah terbentuk. Teknik trashing dilakukan untuk menunjukkan kontradiksi dan kesimpulan yang bersifat sepihak berdasarkan asumsi yang meragukan. Deconstruction menurut Buletin Hukum dan Keadilan, Vol. 5, No. 3 (2021) adalah teknik untuk membongkar pemikiran hukum yang telah terbentuk. Dengan melakukan hal itu maka dapat dilakukan sebuah rekonstruksi pemikiran hukum. Sedangkan genealogy adalah penggunaan sejarah dalam menyampaikan argumentasi. Genealogy digunakan karena interpretasi sejarah kerap didominasi oleh mereka yang memiliki kekuatan. Teknik ini digunakan untuk memperkuat konstruksi hukum yang akan dibuat.¹⁰⁸

Menurut beberapa pandangan pakar hukum mengenai teori kritik hukum adalah menganalisis dari segi yuridis normatifnya atau dari kepastian hukumnya secara legal formal atau asas legalitasnya, lalu kritik dari segi yuridis sosiologis atau empiris, yakni rasa keadilan hukum yang diterima oleh masyarakat, dan yuridis filosofisnya, yakni segi kemanfaatan hukum. Tiga segi dari kritik hukum tersebut menurut para pakar hukum adalah sebagai berikut:¹⁰⁹

- 1) Menurut Apeldoorn, ada dua aspek kepastian hukum, yaitu: (1) aspek dapat dibentuknya hukum pada sesuatu yang nyata dan setiap pihak bebas mempelajari hukum dan memahaminya demi merasakan keadilan hukum dalam menghadapi perkara hukum; (2) Setiap orang dilindungi oleh hukum, aman karena ada hukum, dan terhindar dari kesewenangan Hakim yang memegang kendali hukum di pengadilan, artinya kepastian hukum adalah segala keputusan hukum sesuai dengan kehendak hukum yang berlaku atau hukum positif dan menolak ketentuan apapun yang bukan hukum atau yang mirip hukum, bahkan suatu Undang-undang yang tidak memiliki kepastian hukum tidak dapat disebut sebagai hukum.
- 2) Jan Michiel otto memberikan batasan kepastian hukum dengan beberapa ketentuan, yaitu: (1) tersedia aturan-aturan yang konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*); (2) Instansi-instansi penguasa terutama penegak hukum dan atau pemerintah selalu menerapkan aturan hukum secara konsisten, taat,

¹⁰⁸ Hikmahanto Juwana dari Indra Rahmatullah, *Filsafat Hukum Aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies); Konsep dan Aktualisasinya dalam Hukum Indonesia*, h. 6.

¹⁰⁹ L.j Van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum*, h. 84.

dan tunduk hanya kepada hukum yang berlaku; (3) Secara prinsipil semua masyarakat berperilaku menyesuaikan diri kepada hukum yang berlaku; (4) Hakim dan semua lembaga pradilan serta aparat penegak hukum yang lainnya selalu berpedoman, berpegang teguh secara konsisten hanya kepada norma hukum yang berlaku secara mandiri dan tidak ada keberpihakan kepada selain hukum.

- 3) Para hakim dan penegak hukum sebagai penjamin kepastian hukum, sehingga hanya hukum yang berkekuatan dalam menegakkan keadilan untuk seluruh perkara yang ada dalam proses peradilan.
- 4) Gustav Radbruch yang menyatakan bahwa kepastian hukum berkaitan dengan keadilan hukum, yakni perekat tatanan kehidupan bermasyarakat yang beradab. Hukum diciptakan agar setiap individu anggota masyarakat dan penyelenggara negara melakukan sesuatu tindakan yang diperlukan untuk menjaga ikatan sosial dan mencapai tujuan kehidupan bersama atau sebaliknya agar tidak melakukan suatu tindakan yang dapat merusak tatanan keadilan. Jika tindakan yang diperintahkan tidak dilakukan atau suatu larangan dilanggar, tatanan sosial akan terganggu karena tercidainya keadilan. Untuk mengembalikan tertib kehidupan bermasyarakat, keadilan harus ditegakkan. Setiap pelanggaran akan mendapatkan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran itu sendiri. Hukum sebagai pengemban nilai keadilan menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi dasar bagi tiap hukum positif yang bermartabat.
- 5) Keadilan secara umum dimaknai sebagai upaya untuk memberikan kesetaraan. Radbruch mengemukakan unsur hukum, yang diperlukan untuk melengkapi ide keadilan, yakni kemanfaatan.
- 6) Kemanfaatan dimaknai sebagai upaya untuk melayani keinginan yang beragam dari berbagai pihak. Upaya ini dapat dipenuhi secara relatif, karena berbagai pihak memiliki ragam pandangan yang tak dapat disatukan, yang bisa berujung pada perbedaan pandangan yang tak berkesudahan. Maka itulah Radbruch

kemudian menawarkan unsur terakhir, yakni kepastian hukum. ditetapkan secara positif.¹¹⁰

Secara yuridis normatif, kritik hukum terhadap penerapan hukum atau kepastian hukum berkaitan dengan sistem hukum yang berlaku sebagai satu kesatuan hukum yang tersusun dari tiga unsur, yaitu: (1) struktur; (2) substansi; (3) kultur hukum. Menurut Friedman, ketiga unsur hukum tersebut adalah: (1) Struktur adalah keseluruhan institusi penegakan hukum, beserta aparatnya yang mencakup: kepolisian, kejaksaan, pengacara, dan pengadilan, hakim dan jaksa; (2) Substansi adalah keseluruhan asas hukum, norma hukum dan aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. (3) Kultur hukum adalah kebiasaan, opini, cara berpikir dan cara bertindak, dari para penegak hukum dan warga masyarakat.¹¹¹

Ketiga sub sistem hukum tersebut berfungsi sebagai pedoman berperilaku yang berhubungan dengan hukum, termasuk hukum perpajakan. Pendekatan sistem hukum memiliki kemampuan untuk menggambarkan keutuhan karakteristik objek, juga memiliki kemampuan untuk melakukan analisis terhadap setiap komponen objek hukum. Demikian pula dengan subjek hukumnya. Pendekatan sistem hukum senantiasa mempertimbangkan faktor keterhubungan objek secara internal dan eksternal dan lebih representatif untuk mengikat kuat hak dan kewajiban subjek hukum dalam menerima dan melaksanakan keadilan hukum.¹¹²

Kapasitas pendekatan sistem terletak pada kemampuannya untuk menembus kelemahan karakteristik hukum dalam suatu negara. Karena itulah, sistem hukum ini merupakan ontologi hukum yang berisi perintah dari penguasa yang berbentuk hukum tertulis atau undang-undang. Kemudian Undang-undang ini harus ditaati oleh masyarakat yang dilengkapi oleh daya paksa perilaku yang menyertai perintah undang-undang. Selain itu ditetapkan secara materil sanksi

¹¹⁰ Yovita A. Mangesti dan Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2014), h. 74.

¹¹¹ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russell Sage Foundation, 1988), h. 197.

¹¹² Lawrence M. Friedman, *The Legal System*, h. 198.

hukum yang bersifat memaksa kepada masyarakat atau badan hukum sebagai subjek hukum.

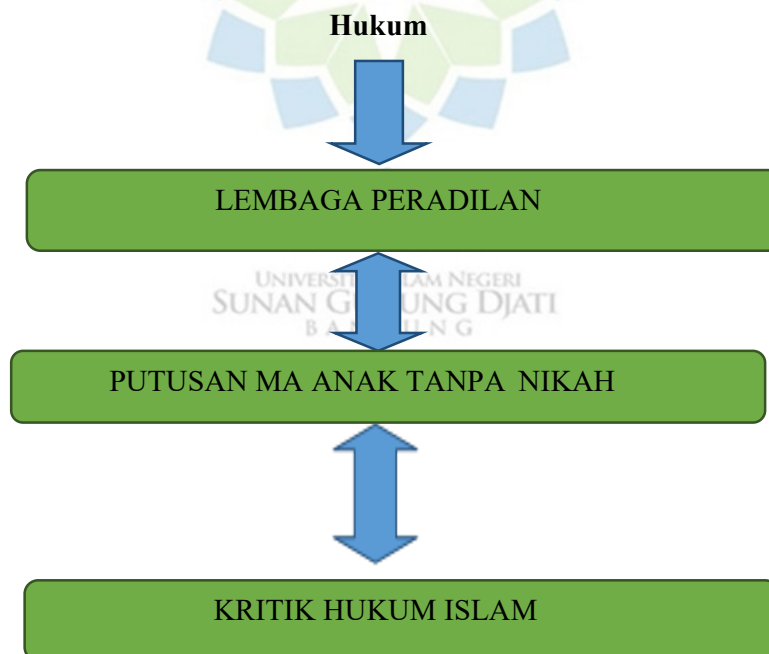
Adapun komponen sistem hukum adalah sebagai berikut:

1. Masyarakat hukum: adalah himpunan berbagai kesatuan hukum (*legal unity*) yang satu sama lainnya terikat dalam hubungan yang teratur, masyarakat umum dapat diklasifikasikan menjadi tiga golongan yaitu : (1) Masyarakat sederhana; (2) Masyarakat negara; dan (3) Masyarakat internasional.
2. Budaya hukum, yaitu tradisi hukum yang digunakan untuk mengatur kehidupan masyarakat hukum baik yang tradisional maupun yang modern. Perpajakan merupakan bagian sistem hukum modern yang menjadi kewajiban masyarakat hukum dalam suatu negara yang tunduk dan patuh kepada hukum yang berlaku secara tertulis yang merupakan bentuk hukum tertulis yang derajat pembentuknya dapat dibedakan atas badan yang berwenang membentuk aturan dasar dan badan yang berwenang membentuk aturan organis, dalam masyarakat hukum kenegaraan, bentuk aturan dasar umumnya dibentuk oleh badan legeslatif yang oleh lembaga administratif dijabarkan dalam bentuk aturan organis bersama.
3. Penerapan hukum: Penerapan hukum pada hakikatnya adalah penyelenggaraan pengaturan hubungan hukum setiap kesatuan hukum dalam suatu masyarakat hukum, pengaturan ini meliputi aspek pencegahan pelanggaran hukum (regulasi aspek) dan penyelesaian sengketa hukum (*settlement of dispute*) termasuk pemulihan kondisi atas kerugian akibat pelanggaran itu (*reparation or compensation*). Komponen ini merupakan kunci terakhir dari proses perwujudan sistem hukum. Komponen penerapan hukum meliputi tiga komponen utama yaitu: pertama komponen hukum yang akan diterapkan, kedua, institusi yang akan menerapkannya, ketiga, personil dari institusi penyelenggara ini umumnya meliputi lembaga-lembaga administratif dan lembaga-lembaga yudisial, seperti polisi, jaksa, hakim dan berbagai institusi yang berfungsi menyelenggarakan hukum secara administratif pada jajaran eksekutif.

4. Evaluasi hukum: Komponen ini merupakan konsekuensi dari pandangan dari ahli-ahli hukum utilitarianis yang menyatakan bahwa kualitas hukum baru dapat diketahui setelah hukum itu diterapkan, hukum yang buruk berakibat buruk sedangkan hukum yang baik berakibat yang baik. Dalam peraktiknya komponen melibatkan hampir seluruh komponen sistem hukum kecuali komponen bentuk hukum, komponen utama yang dapat melakukan fungsi evaluasi ini antara lain adalah komponen masyarakat yang melihat kepada reaksi penerapan hukum, komponen ilmu dan pendidikan hukum melalui fungsi penelitian dan hakim melalui pertimbangan keadilan dalam penerapan ketentuan hukum.¹¹³

Skema Gustav Radbruch dikaitkan dengan penyelesaian sengketa penetapan asal usul anak adalah sebagai berikut:

Gambar I
Penerapan Teori Gustav Radbruch Keadilan, Kepastian, dan Manfaat



Dengan teori *Critical Legal Studies*, asas hukum, yakni keadilan, kepastian, dan manfaat hukum ini dapat dipahami bahwa seluruh ketentuan hukum yang positif harus mendatangkan keadilan, karena untuk apa kepastian

¹¹³ Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, 113.

hukum apabila tidak menimbulkan keadilan, dengan demikian keadilan, kepastian hukum itu memberi manfaat untuk masyarakat sebagai subjek hukum. Dalam aspek kritik hukum dianalisis dari segi yuridis normatif, sosiologis, dan filosofisnya.

Allah SWT. dalam Al-Quran surat al-Maidah ayat 8 menyatakan:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوِّمِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۚ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ۗ اٰغْدِلُوا

هُوَ اٰقْرَبُ لِلتَّقْوٰى ۚ وَاتَّقُوا اللّٰهَ ۗ اِنَّ اللّٰهَ خَبِيْرٌۢ بِمَا تَعْمَلُوْنَ

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu Jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk Berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. dan bertakwalah kepada Allah, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan”.¹¹⁴

Perintah berlaku adil dalam agama Islam ditujukan kepada semua orang. Kemestian berlaku adil mesti ditegakkan di dalam keluarga dan masyarakat, bahkan kepada orang non muslim pun diperintahkan berlaku adil. Keadilan dalam hukum Islam berarti pula keseimbangan antara kewajiban yang harus dipenuhi oleh manusia (*mukallaf*) dengan kemampuan manusia untuk menunaikan kewajiban itu. Berdasarkan keadilan inilah lahir kaidah yang menyatakan bahwa hukum Islam dalam praktiknya dapat berbuat sesuai dengan ruang dan waktu. Akan tetapi, ketika terjadi perubahan, kesulitan menjadi kelonggaran, maka terbataslah kelonggaran itu sekedar terpenuhinya kebutuhan yang bersifat primer atau sekunder. Suatu kaidah fiqhiyah yang menyatakan elastisitas hukum Islam dan kemudahan dalam melaksanakannya sebagai kelanjutan dari keadilan adalah kaidah yang berbunyi:

اَلْاُمُوْرُ اِذَا ضَاغَتْ اِتَّسَعَتْ ۖ وَاِذَا اَتَّسَعَتْ ضَاغَتْ

Artinya: “Perkara-perkara dalam hukum Islam apabila telah menyempit maka menjadi luas, dan apabila perkara-perkara itu telah meluas maka kembali menyempit”.¹¹⁵

¹¹⁴ Soenarjo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, h. 189.

¹¹⁵ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih*, (Jakarta: Kencana, 2011), h. 61.

Untuk menegakkan keadilan maka harus ada peraturan dan perundang-undangan yang berlaku. Inilah yang disebut dengan asas legalitas.¹¹⁶Asas kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum harus dijalankan dengan cara yang baik atau tepat. Kepastian pada intinya merupakan tujuan utama dari hukum. Jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati diri serta maknanya. Jika hukum tidak memiliki jati diri maka hukum tidak lagi digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang.

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi.¹¹⁷

Kepastian hukum menurut Jan Michiel Otto sebagai kemungkinan bahwa dalam situasi tertentu:¹¹⁸

- a) Tersedia aturan-aturan yang jelas (jernih), konsisten dan mudah diperoleh, diterbitkan oleh dan diakui karena (kekuasaan) nagara.
- b) Instansi-instansi penguasa (pemerintah) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya.
- c) Warga secara prinsipil menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan- aturan tersebut.
- d) Hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpikir menerapkan aturan- aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum.
- e) Keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.

Menurut Sudikno Mertokusumo, kepastian hukum merupakan jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan dengan cara yang baik. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang

¹¹⁶ W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia Edisi Ketiga*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2006), h. 847.

¹¹⁷ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, (Yogyakarta: Laksbang Pressindo, 2010), h. 59.

¹¹⁸ Soeroso, *Ilmu Hukum*, (Jakarta: PT. Sinar Grafika, 2011), h. 102.

dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.¹¹⁹

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.¹²⁰

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-ragu (multi tafsir) dan logis. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara factual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk.¹²¹

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan

¹¹⁹ Zainal Asikin, *Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Press, 2012), h. 78.

¹²⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Ilmu Hukum*, (Kencana: Jakarta, 2008), h. 158.

¹²¹ Cst Kansil, Christine, S.T Kansil, Engeliem R, Palandeng dan Godlieb N Mamahit, *Kamus Istilah Hukum*, (Jakarta, 2009), h. 385.

adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.¹²²

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.¹²³

Kepastian hukum merupakan jaminan mengenai hukum yang berisi keadilan. Norma-norma yang memajukan keadilan harus sungguh-sungguh berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Menurut Gustav Radbruch keadilan dan kepastian hukum merupakan bagian-bagian yang tetap dari hukum. Beliau berpendapat bahwa keadilan dan kepastian hukum harus diperhatikan, kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dan ketertiban suatu negara. Akhirnya hukum harus selalu ditaati. Berdasarkan teori kepastian hukum dan nilai yang ingin dicapai yaitu nilai keadilan dan kebahagiaan.¹²⁴

Putusan hakim yang mencerminkan keadilan memang tidak mudah untuk dicarikan tolok ukur bagi pihak-pihak yang bersengketa. Karena adil bagi satu pihak belum tentu adil bagi pihak yang lain. Tugas hakim adalah menegakkan keadilan sesuai dengan irah-irah yang dibuat pada kepala putusan yang berbunyi “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Keadilan yang dimaksudkan dalam putusan hakim adalah yang tidak memihak terhadap salah satu pihak perkara, mengakui adanya persamaan hak dan kewajiban kedua belah pihak. Dalam menjatuhkan putusan, hakim harus sesuai dengan peraturan yang ada sehingga putusan tersebut dapat sesuai dengan keadilan yang diinginkan

¹²² Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, (Bandung: Penerbit Citra Aditya Bakti, 1999), h. 23.

¹²³ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, (Jakarta: Penerbit Toko Gunung Agung, 2002), h. 82-83

¹²⁴ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, h. 93.

oleh masyarakat. Pihak yang menang dapat menuntut atau mendapatkan apa yang menjadi haknya dan pihak yang kalah harus memenuhi apa yang menjadi kewajibannya. Dalam rangka menegakkan keadilan, putusan hakim di pengadilan harus sesuai dengan tujuan yang lima, yakni memelihara agama, akal, jiwa, keturunan, dan harta kekayaan.

Putusan hakim yang mencerminkan kepastian hukum tentunya dalam proses penyelesaian perkara dalam persidangan memiliki peran untuk menemukan hukum yang tepat. Hakim dalam menjatuhkan putusan tidak hanya mengacu pada undang-undang, sebab kemungkinan undang-undang tidak mengatur secara jelas, sehingga hakim dituntut untuk dapat menggali nilai-nilai hukum seperti hukum adat dan hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat.¹²⁵

Adapun kemanfaatan hukum yang paling utama adalah sebagai berikut:

1. Melindungi hak asasi manusia;
2. Menjaga ketertiban umum;
3. Memelihara perdamaian;
4. Menyelesaikan sengketa dengan landasan hukum;
5. Menegakkan keadilan dengan prinsip semua manusia kedudukannya sama di mata hukum *equality before the law*; dan
6. Hukum bersifat progresif menjawab tantangan zaman.¹²⁶

Dengan pandangan bahwa pelaksanaan hukum Islam dalam konteks penegakan hukumnya, menurut metodologi hukum Islam, ada empat solusi dalam mengambil keputusan hukum, yaitu:

1. *Tarjih*, yaitu memilih dalil yang paling kuat di antara dalil-dalil yang digunakan untuk memutus perkara yang dipertentangkan;
2. *Nasikh mansukh*, mengambil dalil yang membatalkan dalil yang sebelumnya;
3. *Thariqah al-jam'i*, melakukan kompromi atau sintesis dari dua dalil yang dipandang bertentangan namun keduanya memiliki kekuatan yang sama; dan

¹²⁵ Muqaddas, B. (2002). Mengkritisi asas-asas hukum acara perdata. *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, 20 (9), 18-31., h. 21.

¹²⁶ Soerjono Soekanto, *Sosiologi Hukum*, (Jakarta: Rajawali Press, 2001), h. 89.

4. *Tawaquf*, yakni membiarkan perkara yang bertentangan sebagai status *quo* sambil menunggu dalil atau peraturan yang baru yang menetapkan kedudukan hukum dan pertimbangan pengambilan keputusannya.¹²⁷

Urgensi penggunaan *Critical Legal Studies* (CLS) dalam penelitian ini didorong oleh kapasitas teoritisnya yang unggul dalam membedah dimensi politik, ideologis, dan kekuasaan yang tersublimasi dalam teks dan praktik hukum. Dalam konteks hukum keluarga Islam khususnya terkait status anak yang lahir di luar perkawinan, pendekatan ini menjadi krusial untuk menyingkap cara kerja hegemoni patriarki dan formal-yuridis yang secara sistemik mengabaikan kepentingan dan hak-hak fundamental anak sebagai subjek hukum yang mandiri. Hukum, dalam pandangan CLS, bukanlah rumusan abstrak yang bebas nilai, melainkan artefak sosial yang mereproduksi relasi kuasa dominan, sehingga analisis terhadapnya harus bersifat eksplanatoris dan transformatif.

Melalui metode dekonstruksi, CLS memungkinkan penelusuran kritis terhadap klaim objektivitas dan netralitas yang sering melekat pada regulasi hukum. Fokus dekonstruksi diarahkan pada seperangkat konstruksi yuridis yang secara langsung menentukan nasib hidup anak, meliputi: **status hukum**, yang membentuk identitas dan pengakuan sosial; hak **nafkah** sebagai jaminan subsistensi; hak **waris (faraidh)** yang mengatur distribusi sumber daya ekonomi; serta wewenang **perwalian** yang mempengaruhi otonomi personal di masa depan. Masing-masing instrumen hukum ini tidak hanya berfungsi sebagai pengatur hubungan privat, tetapi juga sebagai mekanisme kontrol sosial yang dapat melanggengkan marginalisasi apabila tidak diimbangi dengan kesadaran akan konteks dan dampak manusiawinya.

Relevansi CLS dalam studi hukum keluarga Indonesia terletak pada kemampuannya untuk menjembatani analisis tekstual-normatif dengan realitas sosio-kultural yang kompleks. Pendekatan ini menawarkan kerangka untuk merombak narasi hukum yang hegemonik dan menggeser fokus dari pelestarian struktur formal menuju perlindungan substantif atas martabat anak (*human dignity*). Dengan demikian, penelitian ini tidak berhenti pada level

¹²⁷ Abd al-Wahab Khalaf, *Ushul Fiqh*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1978), h. 145.

deskripsi atau legitimasi hukum yang ada, melainkan berkomitmen untuk mengadvokasi rekonstruksi hukum progresif yang berorientasi pada prinsip kepentingan terbaik anak (*the best interest of the child*). Dalam kerangka ini, hukum ditempatkan bukan semata sebagai piranti regulasi, melainkan sebagai instrumen emansipatoris yang responsif terhadap kerentanan dan berorientasi pada pemulihan hak-hak yang terampas.

E. Definisi Operasional

Definisi operasional ini dimaksudkan untuk menjelaskan istilah-istilah teknis yang digunakan dalam judul penelitian

1. Kritik hukum atau *Critical Legal Studies* (CLS) adalah teori yang menyatakan bahwa hukum tidak terlepas dari kepentingan politik yang harus dikritisi dari segi keadilan hukumnya dengan pemenuhan rasa adil untuk semua masyarakat tanpa membedakan dari semua aspek selain karena kemanusiaan dan peradaban serta nilai-nilai kesetaraan derajat manusia di mata hukum. Kritik aspek kepastian hukumnya, yakni segi penegakan hukum sesuai dengan fakta hukum yang berlaku dalam hierarki perundang-undangan serta asas legalitas yang melandasi sistem hukum, dan kritik aspek kemanfaatan hukumnya, yakni semua norma hukum yang diterapkan memberikan kemaslahatan dengan menjaga lima tujuan hukum Islam;
2. Putusan hakim atau yang lazim sebagai Putusan adalah putusan hakim yang diperoleh di muka pengadilan sebagai upaya hukum bagi masyarakat atau para pihak yang bersengketa;
3. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam penelitian ini adalah putusan lembaga peradilan agama di tingkat kasasi yang dijadikan bahan kajian dalam penelitian ini dalam perkara permohonan asal-usul anak. Meskipun demikian, untuk mendukung kajian dan analisa akan diuraikan putusan tingkat pertama yang membahas persoalan serupa sehingga diperoleh sudut pandang lebih komprehensif sehingga memperoleh hasil yang utuh; dan

4. Anak di luar perkawinan adalah istilah untuk anak yang lahir dari hasil hubungan badan laki-laki dan perempuan yang tidak sah secara hukum negara, yakni dalam perkawinan tidak tercatat dalam pencatatan sipil dan karena hubungan di luar perkawinan, akan tetapi fokus dalam penelitian ini adalah bagi pasangan yang melakukan hubungan di luar perkawinan tersebut yang akhirnya melangsungkan perkawinan secara sah dan laki-laki yang menyebabkan kelahiran anak mengakui (*istilhaq*) anak tersebut hasil perbuatan keduanya dan memohon kepada pengadilan untuk disahkan sebagai anak mereka;
5. Anak sah adalah Anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari sebuah perkawinan yang sah menurut hukum yang berlaku. Sebagaimana ketentuan Pasal 42 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, sehingga memiliki konsekuensi hukum hak-hak keperdataan berupa nasab, hak perwalian, waris, nafkah dan status sosial.
6. Anak biologis adalah istilah fakta ilmiah/sosiologis, bukan kategori hukum murni. Merujuk pada anak yang memiliki hubungan genetik (darah) dengan seorang laki-laki dan perempuan sebagai orang tua kandungnya. Istilah ini beririsan dan bisa masuk ke dalam kedua anak di luar kawin dan anak sah. Istilah ini menjadi sangat penting dalam era teknologi DNA, karena ia menantang atau memperkuat kategori hukum. Seorang anak dapat membuktikan dirinya sebagai "anak biologis" seseorang, yang kemudian dapat digunakan untuk menuntut pengakuan hak-haknya di pengadilan (seperti dalam Putusan MK 46/PUU-XIII/2010), meskipun secara status awal ia adalah "anak di luar kawin".
7. Hak-hak keperdataan anak adalah segala sesuatu yang harus diterima oleh anak dari kedua orang tuanya hingga hidupnya mandiri dan dalam penelitian ini berfokus pada hak berupa status hukum, nafkah, waris bahkan perwalian dalam perkawinan.

F. Hail Penelitian Terdahulu

Dalam penelitian ini ditampilkan beberapa penelitian sebelumnya yang mengkaji putusan pengadilan berkaitan dengan penetapan asal usul anak yang lahir di luar kawin, antara lain:

1. Didi Mashudi, *Konsep al-Wilayat 'ala al-Nafs dan Hubungannya dengan Peraturan Perundang-undangan Perlindungan Anak di Indonesia*, Program Doktor Hukum Islam Pascasajana UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2012. Penelitian ini menyimpulkan sebagai berikut: Penelitian ini memperoleh beberapa kesimpulan: pertama, transformasi konsep *al-wilayat 'ala al-nafs* ke dalam peraturan dan perundang-undangan dapat dilakukan melalui tiga cara, seperti yang telah dijelaskan peneliti sebelumnya, yaitu: pendekatan konstitusional; pendekatan struktural; dan pendekatan kultural; kedua, kedudukan anak dalam sistem hukum Indonesia setara kedudukannya dengan warga negara lainnya, yakni anak mendapatkan pengakuan hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 250-283 KUH Perdata, Pasal 42-43 UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 99-100 Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, dan Pasal 1 UU No. 22 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak; ketiga, upaya-upaya pemenuhan dan perlindungan hak-hak anak bukan hanya menjadi tanggung jawab keluarga (*family responsibility*), tetapi juga menjadi tanggung masyarakat (*public responsibility*), dan pemerintah/negara (*state responsibility*); dan keempat, penguatan perlindungan dan pemeliharaan hak anak menurut hukum Islam hendaknya diarahkan untuk mencapai tujuan syari'at (*maqashid al-syari'ah*) yakni tujuan-tujuan yang bersifat *dharuriyyah*, *hajjiyyah*, dan *tahsiniyyah*.¹²⁸
2. Debora M. I. Napitupulu, *Kajian Mengenai Status Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No.46/PUU-VIII/2010 tentang Uji Materil Terhadap Pasal 2 Ayat (2), dan Pasal 43 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1*

¹²⁸Didi Mashudi, *Konsep al-Wilayat 'ala al-Nafs dan Hubungannya dengan Peraturan Perundang-undangan Perlindungan Anak di Indonesia*, Program Doktor Hukum Islam Pascasajana UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2012.

Tahun 1974 tentang Perkawinan Dikaitkan dengan KUHPperdata. Penelitian ini lebih banyak membahas tentang substansi Putusan MK terkait pencatatan nikah dan status anak di luar kawin dan membahas pula tentang aturan dalam KUHPperdata yang mengatur tentang hal tersebut untuk memberikan solusi dari permasalahan yang timbul.¹²⁹

3. Hendri, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak di luar kawin dan Kaitannya Terhadap Kewarisan.* Penelitian ini lebih difokuskan pada permasalahan alasan dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi terkait status anak yang dilahirkan di luar perkawinan dan pengaruhnya terhadap kewarisan si anak menurut hukum kewarisan Islam. Dalam penelitian ini disimpulkan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan dapat diberikan harta waris melalui pendekatan wasiat wajibah dengan merujuk kepada fatwa Majelis Ulama Indonesia.¹³⁰
4. Saifudin, *Hubungan Keperdataan Anak di luar kawin dengan Ayah Biologis (Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif).* Penelitian ini lebih banyak menjelaskan tentang hubungan keperdataan anak yang dilahirkan di luar perkawinan dengan ayah biologisnya diteliti menurut hukum Islam dan juga hukum positif serta membandingkan antara hukum Islam dan hukum positif dalam hal hubungan perdata anak yang dilahirkan di luar perkawinan dengan ayah biologisnya.¹³¹
5. M. Nurul Irfan, *Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam.* Penelitian ini juga lebih banyak difokuskan pembahasannya seputar masalah nasab dan status anak pasca Putusan Mahkamah Konstitusi dan setelah dikeluarkannya fatwa MUI tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, termasuk di dalamnya membahas permasalahan hukum keluarga Islam seperti

¹²⁹ Debora M. I. Napitupulu, *Kajian Mengenai Status Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No.46/PUU-VIII/2010 tentang Uji Materil Terhadap Pasal 2 Ayat (2), dan Pasal 43 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Dikaitkan dengan KUHPperdata*, (Jakarta: Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, 2012).

¹³⁰Hendri *Hukum Terhadap Anak Di luar kawin dan Kaitannya Terhadap Kewarisan*, (Fakultas Syariah, IAIN Ar-Raniry, Banda Aceh, 2013).

¹³¹ Saifuddin *Hubungan Keperdataan Anak Di luar kawin dengan Ayah Biologis*”, (Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif, (Fakultas Syariah, IAIN Ar-Raniry, Banda Aceh, 2013).

married by accident, hukuman takzir bagi laki-laki pelaku zina yang melahirkan anak, wasiat wajibah bagi anak zina dan lain-lain.¹³²

6. Buang Yusuf, *Perbandingan Putusan Hakim di Lingkungan Peradilan Agama tentang Status Hukum Anak yang Lahir pada Pernikahan Tidak Tercatat Menurut Teori Maqâshid Al-Syariah*, Program Doktor Hukum Islam Pascasajana UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2017. Penelitian ini menyimpulkan: (a) pertimbangan dan putusan Majelis Hakim tingkat pertama masih bersifat tekstual, hanya bertumpu pada asas legalitas dan ketentuan eksplisit yang diatur di dalam peraturan perundang-undangan; (b) pertimbangan Majelis Hakim tingkat banding cenderung mendukung pertimbangan dan putusan Majelis Hakim tingkat pertama, meskipun ada pertimbangan tambahan; (c) pertimbangan dan putusan majelis tingkat kasasi secara substansi lebih tekstual dan normatif, bahkan telah menganulir putusan Majelis Hakim tingkat pertama dan mengkabulkan tuntutan penggugat; (d) pertimbangan dan putusan Majelis Hakim peninjauan kembali sependapat dengan Majelis Hakim tingkat kasasi baik dari segi *judex facti* maupun *judex juris* yang tidak diperbaiki; (e) dilihat dari aspek perbandingan hukum, semua pertimbangan dan putusan Majelis Hakim mulai dari tingkat pertama sampai dengan peninjauan kembali terbukti ingin memberikan status hukum yang jelas kepada anak yang lahir pada pernikahan tidak tercatat berdasarkan prinsip keadilan, kepastian hukum, dan kemaslahatan, meskipun para hakim hanya berpegang kepada asas legalitas dan tidak berani menggali dan menemukan hukum baru (yurisprudensi).¹³³
7. Dalih Effendi, *Perlindungan Hak Anak Akibat Perceraian dalam Hukum Islam dan Undang-Undang Perlindungan Anak di Pengadilan Agama*, Program Doktor Hukum Islam Pascasajana UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2017. Hasil penelitian menyimpulkan: pertama, ketentuan hukum

¹³² M. Nurul Irfan, *Nasab dan Status Anak dalam Hukum Islam*, (Jakarta: AMZAH, 2013).

¹³³ Buang Yusuf, *Perbandingan Putusan Hakim di Lingkungan Peradilan Agama tentang Status Hukum Anak yang Lahir pada Pernikahan Tidak Tercatat Menurut Teori Maqâshid Al-Syariah*, Program Doktor Hukum Islam Pascasajana UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2017.

perlindungan hak anak akibat perceraian di Pengadilan Agama menurut hukum Islam dan hukum positif lainnya secara spesifik telah diatur dalam Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, UU Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak; kedua, penerapan hukum terhadap kasus-kasus perlindungan hak anak akibat perceraian dalam hukum Islam dan UU Perlindungan anak di Indonesia dapat dilakukan melalui mediasi di lembaga arbitrase (*non litigation*) dan upaya hukum formal di pengadilan (*litigation*); ketiga, tantangan paling utama bagi para hakim dalam perlindungan hak anak akibat perceraian adalah sistem, substansi, dan kultur hukum. Adapun solusinya dapat dilakukan melalui pendekatan konstitusional, struktural, dan kultural; keempat, disparitas putusan hakim menunjukkan perlindungan hak anak mencakup atas hak di bidang agama, hak sipil dan politik, hak kesehatan, hak pendidikan, serta hak sosial dan ekonomi; dan kelima, implikasi putusan hakim di Pengadilan Agama terbukti memberikan kontribusi penting dalam penegakan hukum dan perlindungan hak anak akibat perceraian, mulai dari proses pengajuan perkara atau pengajuan gugatan hingga terbitnya putusan.

8. Hamid Pongoliu, *Kedudukan Anak Lahir di luar kawin dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif*. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan sah menurut Undang-undang adalah: anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan mengikuti prosedur Pasal 2 ayat 1 dan ayat 2 UU Nomor 1 Tahun 1974. Sedangkan anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan tidak tercatat adalah anak yang lahir dari perkawinan yang sah secara syariat dan dilakukan di luar prosedur pada pasal 2 ayat 2. Adapun anak yang lahir dari perkawinan yang sah menurut hukum Islam dan tidak tercatat menurut Undang-Undang Perkawinan, tidak masuk dalam kategori anak lahir di luar kawin. Sebab anak yang lahir diluar nikah adalah anak yang lahir dari hubungan antara pria dengan wanita tanpa ada ikatan perkawinan. Menurut pendapat mayoritas ulama, jika anak itu lahir setelah enam bulan dari

perkawinan ibu dan ayahnya, maka anak itu dinasabkan kepada ayahnya, jika anak itu dilahirkan sebelum enam bulan, anak itu dinasabkan kepada ibunya saja. Menurut Syafi'i, anak yang lahir di luar kawin akan mempunyai akibat hukum, yaitu: (1) tidak adanya hubungan nasab dengan ayahnya; (2) ayahnya tidak wajib memberikan nafkah kepada anak itu; (3) tidak ada saling mewarisi dengan ayahnya; (4) dan bapak tidak dapat menjadi wali nikah bagi anak di luar kawin bila anak itu perempuan. Selain itu, berdasarkan hukum Islam bila terjadi perkawinan antara suami dan istri secara sah, kemudian istri mengandung, melahirkan anaknya, maka suami dapat mengingkari keberadaan anak itu apabila: (1) Istri melahirkan anak sebelum masa kehamilan; (2) dan melahirkan anak setelah lewat batas maksimal masa kehamilan dari masa perceraian. Adapun berkenaan dengan Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2012 dapat dikatakan sudah sesuai dengan hukum Islam. Sebab pengertian di luar kawin dari perkawinan yang tercatat sama pengertiannya dengan anak zina. Namun dalam hukum Islam bukan anak zina selama selama terpenuhi rukun dan syarat nikah secara syar'i. Dengan demikian, putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2012 tanggal 17 Februari 2012 yang menyatakan bahwa anak yang lahir dari perkawinan Machica dan Moerdiono tidak dapat disamakan dengan anak yang lahir di luar kawin. Anak itu lahir dari perkawinan yang sah menurut hukum Islam, walaupun tidak tercatat menurut Undang-undang Perkawinan.¹³⁴

9. Nurhamidi, *Status Nasab Anak di luar kawin dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)*. Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah kumpulan ketentuan hukum Islam yang berlaku di Indonesia. KHI mengatur berbagai aspek hukum keluarga, termasuk status nasab anak di luar kawin. Menurut Pasal 100 KHI: "Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya." Pasal ini sejalan dengan pendapat pertama dalam fikih Islam. Artinya, anak di luar kawin tidak memiliki hubungan nasab dengan ayah biologisnya, meskipun ayah tersebut

¹³⁴ Hamid Pongoliu, *Kedudukan Anak Lahir di luar kawin dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif*. (Jurnal Al-Mizan <https://www.neliti.com/id/publications/289961/2013>).

mengakuinya. Namun, ada pengecualian dalam Pasal 101 KHI: “Anak yang lahir di luar perkawinan dapat mempunyai hubungan nasab dengan ayahnya apabila ayahnya mengakuinya sebagai anaknya dengan akta pengakuan yang dibuat oleh pejabat pembuat akta catatan sipil atau pejabat lain yang ditunjuk oleh pemerintah.” Pasal ini sejalan dengan pendapat kedua dalam fikih Islam. Artinya, anak di luar kawin dapat memiliki hubungan nasab dengan ayah biologisnya jika ayah tersebut mengakuinya dengan bukti-bukti yang kuat, yaitu akta pengakuan. Pasal 102 KHI menambahkan syarat-syarat untuk pengakuan tersebut: “Pengakuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 101 dapat dilakukan apabila: a. Ayah dan ibu anak tersebut telah melakukan perkawinan setelah anak itu lahir; b. Ayah dan ibu anak tersebut tidak dapat melakukan perkawinan karena ada halangan yang bersifat tetap; c. Ayah dan ibu anak tersebut tidak dapat melakukan perkawinan karena salah satu atau kedua-duanya telah meninggal dunia.” Pasal ini juga sejalan dengan pendapat ketiga dalam fikih Islam. Artinya, anak di luar kawin dapat memiliki hubungan nasab dengan ayah biologisnya jika ayah tersebut menikahi ibunya sebelum atau sesudah melahirkan anak tersebut. Nasab anak di luar kawin memiliki dampak hukum dalam hal waris, mahram, nafkah, dan lain-lain. Berikut adalah beberapa dampak hukum nasab anak di luar kawin menurut KHI: Waris: Anak di luar kawin hanya berhak mewarisi ibunya dan keluarga ibunya. Anak tersebut tidak berhak mewarisi ayah biologisnya atau keluarga ayah biologisnya, kecuali jika ayah tersebut mengakuinya dengan akta pengakuan (Pasal 103 KHI). Mahram: Anak di luar kawin hanya menjadi mahram bagi ibunya dan keluarga ibunya. Anak tersebut tidak menjadi mahram bagi ayah biologisnya atau keluarga ayah biologisnya, kecuali jika ayah tersebut mengakuinya dengan akta pengakuan (Pasal 104 KHI). Nafkah: Anak di luar kawin hanya berhak mendapatkan nafkah dari ibunya dan keluarga ibunya. Anak tersebut tidak berhak mendapatkan nafkah dari ayah biologisnya atau keluarga ayah biologisnya, kecuali jika ayah tersebut mengakuinya dengan akta pengakuan (Pasal 105 KHI). Nama: Anak di luar kawin hanya menggunakan nama dari ibunya dan keluarga ibunya. Anak

tersebut tidak menggunakan nama dari ayah biologisnya atau keluarga ayah biologisnya, kecuali jika ayah tersebut mengakuinya dengan akta pengakuan (Pasal 106 KHI). Pendidikan: Anak di luar kawin berhak mendapatkan pendidikan yang layak dari ibunya dan keluarga ibunya. Anak tersebut tidak berhak mendapatkan pendidikan dari ayah biologisnya atau keluarga ayah biologisnya, kecuali jika ayah tersebut mengakuinya dengan akta pengakuan (Pasal 107 KHI). Perlindungan: Anak di luar kawin berhak mendapatkan perlindungan hukum dari negara dan masyarakat. Anak tersebut tidak boleh didiskriminasi atau dieksploitasi karena status nasabnya (Pasal 108 KHI).¹³⁵

10. Kudrat Abdillah, *Status Anak di luar kawin dalam Perspektif Sejarah Sosial*, Dalam khazanah fikih Islam seorang anak yang lahir di luar kawin hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya. Demikian pula dengan aturan hukum positif Indonesia dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam. Perubahan muncul pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 menyebutkan bahwa anak yang lahir di luar kawin juga memiliki hubungan darah dengan laki-laki sebagai ayahnya, hubungan keperdataan dengan keluarga ayah selama dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain. Penelitian ini menggunakan pendekatan sejarah sosial untuk menganalisis historisitas munculnya putusan Mahkamah Konstitusi. Berdasarkan analisis penulis, Mahkamah Konstitusi menjadikan kesejahteraan anak sebagai alasan pembenaran hubungan keperdataan dengan dengan ayah biologisnya. Di samping itu juga kemajuan teknologi membantu membuktikan adanya hubungan antara anak dan ayahnya melalui tes DNA. Pertimbangan ini menjadi alasan kuat Mahkamah Konstitusi untuk melindungi hak-hak keperdataan bagi anak yang lahir di luar pernikahan.¹³⁶
11. Ahmad Dedy Aryanto, *Perlindungan Hukum Anak yang Lahir di luar kawin*, penelitian ini meneliti mengenai perlindungan hukum anak yang lahir di luar

¹³⁵ Nurhamidi, *Status Nasab Anak di luar kawin dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)*. (Universitas Islam An-Nur, Lampung, 2020)

¹³⁶ Kudrat Abdillah, *Status Anak di luar kawin dalam Perspektif Sejarah Sosial*, (Jurnal Petita, Kajian Hukum dan Syariah, STAIN Pamekasan Madura Jawa Timur, Volume 1 N0. 1, 2016)

kawin yang menjelaskan bahwa Anak luar nikah dalam arti sempit adalah anak yang dilahirkan dari hasil hubungan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan, yang kedua-duanya tidak terikat perkawinan dengan orang lain dan tidak ada larangan untuk saling menikahi. Anak-anak yang demikianlah yang bisa diakui secara sah oleh ayahnya. Dengan kata lain, anak luar nikah dalam arti sempit ini adalah anak-anak yang tidak sah selain anak zina maupun anak sumbang. Pasal 186 Kompilasi Hukum Islam (KHI) menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan anak yang lahir di luar perkawinan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah atau akibat hubungan yang tidak sah. Tidak seperti KUHPdata yang membagi beberapa macam anak luar nikah, Hukum Islam hanya mengenal dua macam anak, yaitu anak sah dan anak di luar kawin atau biasa disebut dengan anak hasil zina. Hukum Islam mengenal anak yang lahir di luar perkawinan yang sah, seperti yang tercantum dalam Pasal 100 KHI bahwa “anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.” Pada Pasal 53 KHI menyatakan bahwa laki-laki yang dapat menjadi suami dari perempuan hamil karena zina adalah mungkin laki-laki yang menzinainya, mungkin pula laki-laki lain. Pada pasal ini, menurut Djubaedah, laki-laki dapat menjadi suami dari perempuan hamil karena zina adalah mungkin laki-laki yang menzinainya, mungkin pula laki-laki lain. Karena kata “dapat” dapat ditafsirkan demikian. Akibat hukumnya, jika dilihat dari ketentuan Pasal 99 huruf a KHI, maka anak hasil zina dapat berkedudukan sebagai anak sah, baik laki-laki yang menikahi ibunya itu adalah orang yang menghamili ibunya atau bukan. Namun perlu segera dikemukakan kembali bahwa dalam memahami Pasal 99 huruf a KHI, dalam hal pengertian anak sah dalam penafsiran pertama bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah, harus sesuai dengan hukum Islam.⁸ Begitu juga dalam Pasal 75 huruf (b) KHI dijelaskan tentang status dari perkawinan yang dibatalkan, yang berbunyi “Keputusan pembatalan perkawinan tidak berlaku surut terhadap anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut.” Apabila dikaitkan dengan Pasal 53 KHI maka

perkawinan wanita hamil terhadap anak yang dilahirkan tersebut tetap berstatus sebagai anak luar nikah. Secara umum, perlindungan hukum terhadap anak di Indonesia telah tertuang dalam Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang menyatakan bahwa: “Perlindungan Anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”. Mengenai hak anak, Pasal 1 Ayat (12) Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 menyatakan bahwa “Hak anak adalah bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan negara.” Undang-undang ini didasari oleh empat prinsip utama Konvensi Hak Anak yaitu non-diskriminasi, yang terbaik bagi anak, hak untuk hidup dan berkembang serta berpartisipasi. Undang-undang ini juga melingkupi semua aspek tentang hak anak dan beberapa di antaranya adalah hak atas identitas, hak atas kesehatan, hak atas pendidikan dan hak atas perlindungan.¹² Perlindungan atas hak anak juga tertuang dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang menyebutkan bahwa; “Setiap anak berhak atas perlindungan oleh orang tua, keluarga, masyarakat, dan negara. Hak anak adalah hak asasi manusia dan untuk kepentingannya hak anak itu diakui dan dilindungi oleh hukum bahkan sejak dalam kandungan. Setiap anak sejak kelahirannya, berhak atas suatu nama dan status kewarganegaraan.”¹³⁷

12. Lailatis Syarifah, *Nasab Anak di Luar Perkawinan: Perspektif Fikih Anak*. Mengenai status anak yang lahir di luar pernikahan yang sah, di kalangan ulama terjadi perbedaan pendapat. Sebagian ulama menisbatkan kepada laki-laki yang menghamilinya karena perempuan diibaratkan sebuah ladang dan laki-laki sebagai pemilik benih maka siapa yang menanam benih berarti dialah si pemiliknya. Sebagian lain berpendapat bahwa anak tersebut

¹³⁷ Ahmad Dedy Aryanto, *Perlindungan Hukum Anak yang Lahir di luar kawin*, (Jurnal Hukum, Universitas negeri di Sumatera Barat, 2023)

dinisbatkan kepada ibu yang melahirkannya bukan kepada laki-laki yang berhubungan badan. Ini karena anak tersebut hasil dari hubungan di luar perkawinan dan lahir di luar perkawinan yang sah, dan perzinahan tidak dapat menimbulkan dampak penetapan nasab anak tersebut kepada laki-laki yang menzinai ibunya. Inilah yang menjadi kesepakatan jumbuhur (mayoritas) ulama. Dalam hadis Nabi saw.,

سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحُجْرُ

Artinya: Dari Abu Hurairah r.a. (diriwayatkan), Nabi saw. bersabda: anak itu milik pemilik ranjang, dan bagi pelacur adalah batu (hukuman rajam)” (HR. Bukhari).

Dari hadis tersebut dapat dipahami bahwa seorang perempuan tidak menikah kecuali dengan orang yang menyebabkan kehamilannya karena rahim perempuan itu telah menjadi ladang yang telah ditanami bibit dari laki-laki tersebut. Artinya, pernikahan tersebut diperbolehkan menurut kesepakatan para ulama, hal ini sejalan dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 53 ayat (1) yang berbunyi “Seorang wanita hamil di luar kawin dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya”.

Berdasarkan hadis itu diketahui bahwa identitas anak tersebut tetap dikategorikan sebagai anak hasil zina yang hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya (Tanya Jawab Agama V: 2004, 151). Pendapat yang menasabkan anak hasil zina kepada ibunya ini juga sesuai dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 100 yang berbunyi “Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Undang-Undang (UU) No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan pasal 43 ayat (1) yang berbunyi “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.”¹³⁸

¹³⁸ Lailatis Syarifah, *Nasab Anak di Luar Perkawinan: Perspektif Fikih Anak*. <https://suaraaisyiyah.id/nasab-anak-di-luar-perkawinan-perspektif-fikih-anak/>

13. Achmad Irwan Hamzani, *Nasab Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*,¹³⁹ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengabulkan permohonan Machica Mochtar yang telah menikah dengan Moerdiono secara agama Islam, tetapi tidak dicatatkan. Dari perkawinan tersebut lahir seorang anak laki-laki bernama Muhammad Iqbal Ramadhan. Setelah putusan MK tersebut, status anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan ayahnya dan keluarga ayahnya. Putusan MK berimplikasi luas, sebab anak di luar kawin mencakup anak yang lahir dari hasil perkawinan yang sah secara agama tetapi tidak dicatatkan, dan anak yang lahir dari hasil zina. Menurut hukum Islam, apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil perkawinan yang sah menurut agama tetapi tidak dicatatkan, Putusan MK sudah tepat. Perkawinan secara hukum sah apabila dilaksanakan sesuai ketentuan agama dan kepercayaan masing-masing. Apabila diterapkan terhadap anak luar kawin dalam pengertian anak hasil zina, menurut hukum Islam putusan MK tidak tepat diterapkan. Anak hasil zina menurut hukum Islam hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu dan keluarga ibunya. Berdasarkan pembahasan di atas dapat disimpulkan bahwa pokok permohonan dalam judicial review yang diajukan oleh Machicha Mochtar adalah pengujian konstitusional Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-undang RI Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dengan Pasal Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Gugatan tersebut sebagian dikabulkan. Pasal 43 ayat (1) UU RI/1/1974 menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 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

¹³⁹ Achmad Irwan Hamzani, *Nasab Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*, Jurnal Konstitusi, Volume 12, Nomor 1, Maret 2015

perdata dengan keluarga ayahnya”. Secara normatif, Machica Mochtar, yang mengajukan legal standing, dengan Moerdiono merupakan pasangan suami istri yang menikah secara sah menurut agama Islam dan sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UU RI/1/1974, dan Pasal 4 Inpres Nomor 1 tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam. Demikian juga anak yang dihasilkan, bukanlah anak hasil zina. Oleh karena itu, Putusan tersebut berlaku untuk semua orang Indonesia dengan kasus yang sama dengan yang dialami Machica Mochtar dan Muhammad Iqbal Ramadhan, dan tidak dapat diberlakukan untuk anak hasil zina, karena kasusnya berbeda. Menurut hukum Islam, Putusan MK sudah tepat untuk diterapkan terhadap anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah secara agama tetapi tidak dicatatkan. Sedangkan jika diterapkan terhadap anak hasil zina, Putusan MK tersebut bertentangan dengan hukum. Anak hasil zina menurut hukum Islam hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Sebaiknya terhadap anak hasil zina Putusan MK tersebut hanya sebatas berkaitan dengan hak pemeliharaan dan pendidikan.

14. Rokhmadi, *Status Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010*. Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tertanggal 17 Februari 2012 mengenai anak di luar perkawinan mendapat pengakuan hukum perdatanya kepada bapak biologisnya, dan dalam diktumnya me-review ketentuan pasal 43 ayat (1) UndangUndang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 menjadi “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 bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”. Maka UU Perkawinan No. 1 Tahun 1974 mengalami perubahan yang sangat signifikan, khususnya pasal 43 ayat (1), karena UUP belum diamandemen, sehingga meresahkan masyarakat. Padahal Putusan MK adalah suatu putusan final yang berkaitan dengan uji materiil

UUP, khususnya pasal 43 ayat (1). Oleh karena itu, Putusan MK ini berlaku sebagai undang-undang, sehingga substansinya berlaku umum, tidak individual dan tidak kasuistik. Putusan MK menjadi norma hukum yang berlaku untuk seluruh warga negara Indonesia tentang hubungan hukum antara anak dengan kedua orang tuanya beserta segala konsekuensinya, baik anak itu yang dilahirkan dalam ikatan perkawinan maupun di luar ikatan perkawinan yang sah.¹⁴⁰

15. Stevi Loho, *Hak Waris Anak di Luar Perkawinan Sah Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/2010*. Tujuan dilakukannya penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimana pengaturan hak Waris anak luar kawin setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 dan bagaimana proses pembagian waris bagi anak luar kawin setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010. Dengan menggunakan metode penelitian yuridis normatif, maka disimpulkan: 1. Hak Waris Anak Luar Kawin Setelah Keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, Hak Waris (Keperdataan) merupakan sesuatu yang di jamin oleh hukum. Setiap manusia memiliki hak yang sama di depan hukum (equality before the law) termasuk anak luar kawin yang juga merupakan subjek hukum dan harus dilindungi oleh negara. Sebelum keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, kedudukan anak luar kawin dalam hukum nasional mengalami degradasi setelah di undangkannya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut di atas, maka pengaturan hukum dan kedudukan anak luar kawin saat ini sudah terakomodir dengan cukup baik, karena hal tersebut merupakan jaminan yang diberikan oleh Konstitusi. 2. Pembagian Waris Anak Luar Kawin Setelah Keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010. Pada dasarnya tidak ada yang membedakan porsi atau pembagian harta warisan antara anak luar kawin dengan anak yang lahir dari perkawinan

¹⁴⁰ Rokhmadi, *Status Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010* SAWWA – Volume 11, Nomor 1, Oktober 2015

yang sah apabila ditinjau dari Hukum Perdata Barat dan Hukum Waris Adat untuk daerah tertentu (misalnya di Minahasa). Dalam Hukum Waris Islam kedudukan anak luar kawin untuk mendapatkan pembagian waris sudah tertutup karena adanya pengaruh dari beberapa ajaran (doktrin) para ulama terkemuka. Setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, maka porsi waris bagi anak luar kawin yang tunduk pada Hukum Perdata Barat dan mereka yang masih terikat dengan adat istiadat leluhur menjadi terbuka khususnya untuk mewaris dari harta peninggalan ayah biologis dan keluarganya. Tetapi porsinya tidak sama dengan anak yang lahir dari perkawinan sah, karena Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut hanya memberikan kepastian hubungan nasab anak luar kawin dengan ayah biologisnya.¹⁴¹

Dibandingkan dengan beberapa penelitian sebelumnya sebagaimana dipaparkan di atas, penelitian ini akan lebih difokuskan mengkaji putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, khususnya dalam menyelesaikan kasus penetapan asal usul anak yang lahir di luar kawin menurut fikih dan sistem hukum di Indonesia, sehingga terdapat implikasi perolehan harta peninggalan dari kedua orang tuanya, terutama dari ayah biologisnya. Selain pemahaman tersebut juga terdapat pemikirannya bahwa anak dari hubungan laki-laki dan perempuan adalah kedudukannya sama apabila dilihat dari fitrahnya sebagai anak yang tanpa dosa dan tidak meminta untuk dilahirkan. Apabila orang tuanya berzina atau menikah di bawah tangan, mengapa anak harus menanggung akibat perbuatan keduanya bahkan terdegradasi hak-haknya dalam hukum. Oleh karena itu Putusan Mahkamah Agung mengenai asal usul anak ini penting dianalisis dari aspek keadilan, kepastian, dan kemanfaatan hukumnya.

¹⁴¹ Stevi Loho, *Hak Waris Anak di Luar Perkawinan Sah Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/2010*. (Jurnal Lec Crimen, Volume VI Nomor 3/2017).



uin

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
SUNAN GUNUNG DJATI
BANDUNG