

KONTROVERSI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI TENTANG PERKAWINAN DI BAWAH TANGAN (Studi Tentang Hukum Perkawinan Antara Normatif dengan Empiris untuk Menggali *Maqashid-AL-Syari'ah* dalam Upaya Mewujudkan fikih Indonesia)

A. Khisni

Dosen Fakultas Hukum UNISSULA
akhisni00@yahoo.co.id

Abstract

This research aims to identify and assess the normative legal review of the marriage under the hand, knowing the decision of the Constitutional Court and legal considerations as well as to understand and assess the various opinions pro and con about the Constitutional Court's decision on marriage under the hand. The research method is an object of research is the decision of the Constitutional Court No. 46 / PUU-VIII / 2010, with the approach of case method approach and data collection techniques such as literature studies and decisions with qualitative analysis. The conclusion of this study is a marriage under the new hand a legal effect, namely a result that has the right to receive legal recognition and protection if they meet the Article 2 paragraph (2) of the Act. No. 1 Year 1974. The Constitutional Court argued Article 43 paragraph (1) of Law No. 1 Year 1974 should read: "children born out of wedlock only have a civil relationship with her mother and her mother's family, as well as his father's men who can be proved by science and / or other evidence according to the law have blood relations, including relations with civil his father's family. Pros and cons of the decision of the Constitutional Court concerns only child of a child of the Sirri marriage not the result of adultery. Regarding the child of adultery did not have nasab relationship, guardian of marriage, inheritance and living with a man who caused his birth but has a legal relationship with his mother and his mother's family.

Keywords : *controversies, the decision of the constitutional court, underhand marriage.*

Abstrak

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan mengkaji tinjauan hukum normatif tentang perkawinan dibawah tangan, mengetahui putusan dan pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi serta untuk memahami dan mengkaji berbagai pendapat pro dan kontra tentang putusan Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan. Metode penelitian berupa obyek penelitian yaitu putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010, dengan metode pendekatan *case approach* serta teknik pengumpulan data berupa studi kepustakaan dan putusan dengan analisis kualitatif. Adapun simpulan dari penelitian ini adalah perkawinan dibawah tangan baru mempunyai akibat hukum, yakni akibat yang mempunyai hak mendapat pengakuan dan perlindungan hukum apabila memenuhi Pasal 2 ayat (2) UU No.1 Tahun 1974. Putusan MK berpendapat Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 harus dibaca: "anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, serta laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Pro dan kontra putusan MK hanya menyangkut anak hasil dari perkawinan *sirri* bukan anak hasil zina. Mengenai anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafkah dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya akan tetapi mempunyai hubungan hukum dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Kata kunci : Kontroversi, putusan mahkamah konstitusi, perkawinan bawah tangan.

A. PENDAHULUAN

Di masyarakat muslim Indonesia berlaku tiga kategori hukum, yaitu syari'ah, fikih dan *siyasah syar'iyah (al-qawanin)* yaitu perundang-undangan yang dibuat oleh badan yang berwenang yang sesuai atau tidak bertentangan dengan nilai-nilai Islam. Kekuatan berlaku antara ketiganya berbeda-beda, karena sumbernya berbeda-beda pula. Syari'ah merupakan hukum Islam Produk wahyu, yang bersifat abadi (*qath'i*) dan universal, sedangkan fikih adalah hukum produk akal, akal bekerja dalam upaya memahami *maqashid al-syar'ah* hukum produk wahyu itu (syari'ah) sesuai dengan konteks waktu dan tempat, sehingga menjadi hukum yang kontekstual sesuai kebutuhan masyarakat muslim sebagai basis berlakunya hukum tersebut.¹

Mengembangkan dan memahami syari'ah pada tingkat aplikasi disebut fikih. Syari'ah adalah hukum Islam yang stabil (*al-tsabat*), sedangkan fikih adalah hukum Islam yang dinamis (*tathawwur*), yaitu hukum yang dalam pembentukannya akal pikiran manusia berperan. Ia berkembang akan tetap hukum yang Qur'any. Keduanya disebut hukum Islam normatif sosiologis, bersifat *diyani*, berlakunya tergantung kesadaran masing-masing umat Islam. Berbeda dengan *siyasah syar'iyah* merupakan produk politik yang berupa perundang-undangan merupakan *ijtihad jama'i* oleh lembaga yang berwenang, berlakunya mempunyai daya paksa dan lembaga yang berwenang dapat memberikan sanksi bagi orang yang melanggarnya. Ketiga kategori hukum di atas semuanya untuk kebaikan masyarakat (*limashalih annnas*) dalam bermasyarakat dan bernegara. Kategori hukum siyasah syar'iyah bersifat qadha'i, dibantu oleh kekeasaan negara melalui lembaga peradilan dalam penegakannya bagi warga yang melanggarnya.

Salah satu bentuk *siyasah syar'iyah* di negara Indonesia adalah Undang-undang Perkawinan ini selesai (*mutanahiyah*) setelah diundangkan, sebagai hukum terapan yang mengatur perkawinan bagi warga negara Indonesia secara nasional, bersifat normatif, deduktif dan tekstual. Di sisi lain kehidupan warga negara Indonesia dalam

bidang hukum tersebut dinamis, tidak pernah selesai (*ghairu mutanahiyah*) bersifat empiris,, induktif, kontekstual dan kasuistis.² Adapun pertama bersifat *solen* dan yang kedua bersifat *sein*, sehingga kesenjangan antara keduanya itu menimbulkan permasalahan antara hukum dalam teks (*law in books*) dengan kehidupan warga negara Indonesia dalam bidang hukum.

Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh kehidupan dalam hukum yang bersifat dinamis tersebut serta nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan. Untuk menjawab kesenjangan di atas, maka penting untuk dilakukan penelitian untuk mendapatkan jawaban dalam memecahkan permasalahan kesenjangan tersebut dengan melakukan ijtihad dalam upaya mengembangkan teks undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*) tersebut.

Berdasarkan pemaparan diatas penulis tertarik untuk menarik suatu permasalahan dalam bentuk jurnal hukum yaitu:

1. Bagaimana Tinjauan hukum normatif tentang kawin dibawah tangan?
2. Bagaimana putusan dan pertimbangan hukum Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan?
3. Bagaimana berbagai pendapat pro dan kontra tentang putusan Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan dibawah tangan?

B. Metode Penelitian

Putusan Mahkamah Konstitusi NO. 46/PUU-VIII/2010 tentang Kedudukan Hukum Bagi Anak Luar Kawin, tanggal 17 Pebruari 2012. Mahkamah Konstitusi melihat pergulatan teks dengan konteks, yaitu bahwa perkawinan di Indonesia harus dilaksanakan sesuai dengan prosedur Pasal 2 ayat 1 dan 2 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, itulah

- 2 A. Khisni, *Transformasi Hukum Islam Ke dalam Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional)*, Ringkasan Disertasi, Progam Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2011, hal. Ix.

1 A. Khisni, *Hukum Islam dan Peradilan Agama di Indonesia*. Cet. 1 (Semarang, Unissula Press, 2011), hal. 45.

perkawinan yang sesungguhnya, akan tetapi jika perkawinan itu hanya dilaksanakan sesuai Pasal 2 ayat 1 saja berarti perkawinan itu dilakukan di luar prosedur yang disebut yang disebut “luar perkawinan”.

Penelitian ini menggunakan pendekatan kasus (*case approach*) telan cara melakukan telaah terhadap kasus yang berkaitan dengan isu penelitian ini yang telah menjadi putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat final. Kajian pokok di dalam pendekatan kasus iini adalah *ratio decidendi* atau *reasoning* yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai kepada suatu putusan, khususnya terhadap putusan Mahkamah Konstitusi No.46/PUU-VIII/2010 tentang kedudukan hukum tentang anak luar kawin.

Di samping pendekatan yang bersifat normatif di atas, dalam penelitian ini juga menggunakan data yang bersifat sosiologis berupa data lapangan yang berhubungan dengan wawancara kepada para ahli yang mempunyai wewenang dalam bidang yang diteliti ini.

C. Hasil Peneliitian dan Pembahasan

1. Tinjauan Hukum Normatif tentang Perkawinan Dibawah Tangan.

Perkawinan di Indonesia dapat dilihat dari sudut hukum Islam dan hukum nasional (positif). Keduanya tidak dapat dipisahkan, dua hal yang telah menjadi satu di dalam hukum positif, Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Dengan kata lain bahwa hukum perkawinan (dibawah tangan) dapat dilihat dari *ius constitutum*, disamping dapat dilihat dari sudut *ius constituendum* yang menyuguhkan segi-segi normatif dalam bentuk hukum *in abstracto*, disamping dapat dilihat dari pelaksanaan *ius constitutum* yang menampilkan hukum *in concreto*.

Suatu perbuatan kawin atau nikah baru dikatakan sebagai perbuatan hukum (menurut hukum) apabila dilakukan menurut ketentuan hukum yang berlaku secara positif, ketentuan hukum yang mengatur mengenai tata cara perkawinan yang dibenarkan oleh

hukum adalah seperti yang diatur di dalam Undang-undang Perkawinan (UU. No.1 Tahun 1974). Perkawinan dengan tata cara demikian baru mempunyai akbat hukum (yakni akibat yang mempunyai hak mendapat pengakuan dan perlindungan hukum).³

Didalam Pasal 2 ayat (1) UUP dinyatakan bahwa: “Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu”. Penjelasan pasal ini disebutkan bahwa dengan adanya perumusan bunyi Pasal 2 ayat (1) itu, maka tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaan itu. Dengan demikian perkawinan mempunyai kaitan erat dengan agama masing-masing calon suami istri. Dari uraian di atas dapat dinyatakan bahwa suatu perkawinan baru dapat dikatakan sebagai perkawinan yang sah menurut hukum apabila saat akan adanya hubungan hukum nikahnya dilakukan menurut hukum Agama. Bagi yang beragama Islam akad nikah harus sesuai dengan ajaran Islam.

Didalam Pasal 2 ayat ((2) UUP dinyatakan bahwa: “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”. Bagi mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agama Islam dilakukan oleh di hadapan Pegawai Pencatat Nikah (PPN). Bahwa sesaat sesudah perkawinan dilangsungkan, kedua mempelai menandatangani akta perkawinan yang telah disiapkan oleh PPN, maka perkawinan telah tercatat secara resmi menurut hukum, maka perkawinan mereka telah dinyatakan sebagai perkawinan yang harus dilindungi oleh hukum serta dengan adanya hubungan hukum nikah suami istri telah diakui dan dilindungi hukum.

3 Abddul Gani Abdullah, Tinjauan Hukum terhadap Perkawinan Dibawah Tangan, Makalah Disampaikan pada Penataran Dosen Hukum Islam PTN/PTS se Indonesia Angkatan Pertama Tanggal 12 Juli 1995, di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hal. 2.

Istilah perkawinan di bawah tangan lahir setelah UUP berlaku secara efektif tanggal 1 Oktober 1975. Perkawinan di bawah tangan, pada dasarnya adalah kebalikan dari perkawinan yang dilakukan menurut hukum. Adapun makna normatifnya, yaitu bahwa perkawinan di bawah tangan adalah perkawinan yang dilakukan tidak menurut hukum.⁴

Dilihat dari segi teori hukum, suatu tindakan yang dilakukan menurut hukum saja baru dikatakan sebagai perbuatan hukum dan oleh karena itu maka berakibat hukum (yakni akibat dari tindakan itu mendapat pengakuan dan perlindungan hukum). Sebaliknya suatu tindakan yang dilakukan tidak menurut aturan hukum tidak dikatakan sebagai perbuatan hukum sekalipun tindakan itu belum tentu melawan hukum dan karena sama sekali belum mempunyai akibat yang diakui dan atau dilindungi oleh hukum.

Sejalan dengan kerangka teori itu, maka suatu akad nikah dilakukan dapat berupa dua wujud: Pertama, akad nikah semata-mata hanya menurut aturan Pasal 2 ayat (1) UUP, dan kedua akad nikah dilakukan menurut aturan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) secara simultan. Apabila akad nikah pertama yang dipilih, maka perkawinan itu telah menjadi perkawinan yang sah menurut ajaran agama sesuai dengan permentaan Pasal 2 ayat ((1) UUP dan belum termasuk kategori perbuatan hukum sehingga belum mendapat pengakuan secara hukum. Perkawinan inilah yang dikatakan sejak berlaku efektif UUP sebagai perkawinan di bawah tangan. Jika perkawinan di bawah tangan dibandingkan dengan akad nikah model kedua di atas, maka perkawinan di bawah tangan termasuk kategori perbuatan yang belum memenuhi unsur-unsur perbuatan hukum. Perbuatan nikah baru dikatakan perbuatan hukum apabila memenuhi unsur tatacara agama dan tatacara pencatatan nikah. Kedua

unsur tadi berfungsi secara kumulatif dan bukan alternatif. Unsur pertama berperan sebagai pertanda sah dan unsur kedua sebagai pertanda perbuatan hukum sehingga berakibat hukum. Perkawinan di bawah tangan baru memperoleh tanda sah dan belum memperoleh tanda perbuatan hukum sehingga belum memperoleh akibat hukum.⁵

Dari uraian di atas, terdapat pembagian peranan antara tanda sah dengan tanda perbuatan hukum. Tanda perbuatan hukum menjadi syarat pengakuan dan perlindungan terhadap tanda sah. Dengan kata lain, kalau akad nikah menurut agama Islam tidak dilakukan menurut kehendak maka unsur tata cara pencatatan nikah, maka berakibat belum memperoleh pengakuan dan perlindungan hukum terhadap akad nikah tersebut berupa perolehan akta niah. Jika dilihat dari hukum perkawinan di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang tertuang di dalam Pasal 5, 6, ternyata unsur sah dan unsur tatacara pencatatan diperlakukan secara kumulatif. Bahkan di dalam Pasal 7 ayat (1) KHI, dikatakan bahwa perkawinan bagi orang yang menikah menurut hukum Islam hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah yang dibuat oleh PPN. Dengan demikian KHI sudah menyatakan bahwa unsur pencatatan menjadi syarat adanya nikah yang sah.⁶

2. Putusan dan Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi tentang Perkawinan Di bawah Tangan

Secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa baik melalui hubungan seksual maupun dengan menggunakan cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan. Oleh karena itu tidaklah tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan anak yang lahir dari suatu

4 *Ibid.*, hal. 4.

5 *Ibid.*, hal. 5.

6 *Ibid.*, hal. 6.

kehamilan karena hubungan seksual di luar kehamilan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak terhadap laki-laki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu.

Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara timbalbalik, yang subyek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak.⁷ Berdasarkan hal yang demikian, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian antara hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika anak tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan

meskipun keabsahan perkawinannya masih dalam sengketa.

Maka pada tanggal 17 Februari 2012 Mahkamah Konstitusi memutuskan permohonan judicial review terhadap Pasal 43 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang dinyatakan: “anak yang lahir di luar nikah hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Selanjutnya Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pasal tersebut bertentangan dengan UUD 1945, selanjutnya MK memutuskan: “bahwa anak biologis mempunyai hubungan perdata dengan ayah biologisnya sepanjang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum.

Setelah putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi berpendapat Pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 harus dibaca: “anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”. Akibat hukum dari peristiwa kelahiran karena kehamilan melalui hubungan seksual adalah adanya hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara timbalbalik yang subyek hukumnya meliputi anak, ibu dan bapak. Sejauh ini anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan status ayah sering kali mendapatkan perlakuan tidak adil dan stigma negatif di tengah-tengah masyarakat. Oleh karena itu hukum harus memberikan perlindungan dan kepastian yang adil terhadap status anak yang keabsahan perkawinan orang tuanya masih dipersengketakan.⁸

7 Muhammad Alim, *Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi*, Disampaikan dalam Diskusi Publik, “Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi”, IKA-UII Yogyakarta, 7 Juli 2012, hhal. 3.

8 Zuhdi Muhdlor, *Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Djinjau dari Hukum Islam*, Disampaikan dalam Diskusi Publik “Akibat Hukum terhadap Anak luar Kawin Pascaputusan Mahkamah Konstitusi”, IKA-UII Yogyakarta, 7 Juli 2012, hal. 1.

Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut bersifat abstrak (*in abstrakto*), yang *inkonkrito* adalah putusan pengadilan. Berdasarkan hal tersebut putusan MK tidak perlu dipertentangkan atau dinyatakan sesuai dengan syari'ah karena secara hakiki tidak ada yang sesuai dan tidak ada yang bertentangan dengan syari'ah. Sehubungan dengan itu, ketua MK Mahfud M.D., mengklarifikasi putusan tersebut dengan menyatakan: Bahwa yang dimaksud majelis dengan frasa 'anak di luar perkawinan' bukan anak hasil zina, melainkan anak hasil nikah sirri. Hubungan perdata yang diberikan kepada anak di luar perkawinan tidak bertentangan dengan nasab, waris dan wali nikah. Hak yang dapat dituntut anak di luar perkawinan yang tidak diatur fikih, antara lain berupa hak menuntut pembiayaan pendidikan atau hak menuntut ganti rugi karena perbuatan melawan hukum yang merugikan orang lain seperti yang diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata atau hak untuk menuntut karena ingkar janji. Intinya adalah hak-hak perdata selain hak nasab, hak waris, wali nikah, atau hak perdata apapun yang tidak terkait dengan prinsip-prinsip munakahat sesuai fikih.⁹

Dasar hukum putusan Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut:

- a. Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945 yang dinyatakan: "Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar".
- b. Pasal 45 ayat (1) UU. No. 24 Tahun 2003 Jo. UU. No. 8 Tahun 2001 dinyatakan: "Mahkamah Konstitusi memutus perkara berdasarkan Undang-undang Dasar Negara

Republik Indonesia Tahun 1945 sesuai dengan alat bukti dan keyakinan hakim".

- c. Pasal 28 B ayat (2) UUD 1945 dinyatakan: "Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi".
- d. Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 dinyatakan: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum".
- e. Pasal 28 I ayat (4) UUD 1945 dinyatakan: "Perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah".
- f. Pasal 28 I ayat (5) UUD 1945 dinyatakan: "Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan".
- g. Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 dinyatakan: "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis".

Dengan demikian, maka bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 apabila ada anak yang lahir dan dapat dibuktikan siapa ayahnya secara biologis terlepas dari sah atau tidak sahnya lalu tanggung jawab perdatanya hanya dibebankan kepada ibunya dan keluarga ibunya.

⁹ Chatib Rasyid, *Anak Lahir di Luar Nikah (Secara Hukum) Berbeda dengan Anak Hasil Zina*, Semnar Pro dan Kontra Pascaputusan MK tentang Hubungan Perdata Anak dengan Ayah Biologisnya, Program Pascasarjana Magister (S-2) Ilmu Hukum Unissula Semarang, Tanggal 7 Juli 2012, hal. 4-5.

3. Berbagai Pendapat Pro dan Kontra tentang Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Perkawinan Di Bawah Tangan.

1. Pendapat Majelis Ulama Indonesia.¹⁰ mengenai ketentuan hukum anak hasil zina sebagai berikut, bahwa (1) anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya, (2) anak hasil zina hanya mempunyai hubungan nasab, waris dan nafaqah dengan ibunya dan keluarga ibunya, (3) anak hasil zina tidak mengandung dosa perzinaan yang dilakukan oleh orang yang mengakibatkan kelahirannya, (4) pezina dikenakan hukuman haad oleh pihak yang berwenang untuk kepentingan menjaga keturunan yang sah (hifzh al-nas), (5) pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman ta'zir lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk (a) mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut, (b) memberikan harta setelah ia meninggal melalui wasiat wajibah, (6) hukuman sebagaimana dimaksud nomor 5 bertujuan melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.
2. Memang harus dipisahkan secara jelas antara anak hasil pernikahan sirri (di bawah tangan) dengan anak hasil zina. Putusan Majelis Ulama Indonesia tersebut di atas hanya menyangkut anak dari hasil hubungan zina. Ketua MUI¹¹ menyimpulkan bahwa putusan MK itu telah melampaui permohonan yang sekedar menghendak pengakuan

keperdataan atas anak dengan bapak hasil perkawinan sah, meski tidak dicatatkan kepada KUA, menjadi meluas mengenai hubungan keperdataan atas anak hasil hubungan zina dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.

Di sisi lain menurutnya, putusan MK ini berdampak konsekuensi yang luas termasuk mengesahkan hubungan nasab, wali, dan nafkah antara anak hasil zina dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya. Hal ini tidak dibenarkan oleh ajaran agama Islam. Akibat nyata putusan MK, kedudukan anak hasil zina dijadikan sama dengan kedudukan anak yang lahir dari hubungan perkawinan yang sah, baik dari segi kewajiban dan perolehan nafkah, terutama hak waris. Karena itu ia menilai putusan MK itu sangat berlebihan, melampaui batas dan bersifat overdosis.

Jika dicerati lebih jauh apa yang diikatakan MUI ada benarnya. Karena MK tidak memisahkan secara jelas apakah anak hasil pernikahan sirri atau tidak, maka anak-anak yang lahir di luar pernikahan sirri tetap disahkan. Artinya anak hasil hubungan gelap atau perzinaanpun tetap akan disahkan juga. Jika hal ini terjadi dan sampai disahkan DPR, maa dampaknya akan lebih besar lagi, bisa jadi anak-anak hasil hubungan gelap para pelacur yang tinggal di komplek-komplek prostitusi atau tersebar dijalan akan menuntut haknya jika kedapatan hamil dengan para pelanggannya.

Akan tetapi jika diambil segi ppositifnya , kalau keputusan MK benar-benar dsetujui DPR selaku pembuat undang-undang di negeri ini, maka akan terjadi perubahan besar-besaran di ranah Undang-undang tentang Perkawinan. Pertama, terkena dampaknya adalah Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/74, karena akan

10 Fatwa Majelis Ulama Indonesia No. 11 Tahun 2012 Tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, Tertanggal 18 Rabi'ul Akhir 1433H-10 Maret 2012.

11 Ma'ruf Amin, "Efek Domino Putusan Mahkamah Konstitusi" dalam *Furqon Edisi 89 TH. X/April 2012*, hal. 21.

ditinjau kembali, yaitu anak yang dilahirkan di luar perkawinan KUA (dibawah tangan) akan 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 yang menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Kedua, dengan adanya perubahan ini maka putusan MK ini akan berdampak positif bagi syari'at nkaah, terutama nkaah sirri, karena diakui oleh UU Wanita dan anak-anak dar nkaah sirri mempunyai hak yang sama dengan wanita yang menikah KUA. Kata beliau inilah sebenarnya yang baik dan positif serta sesuai dengan syariat. Namun selebihnya bisa dianggap keblabasan.

3. Pandangan lain, seperti disampaikan oleh praktisi hukum,¹² sebagai pelaksana UU harus kita hormati apa yang menjadi putusan akan dilaksanakan dengan sebaik-baiknya. Secara prosedural kita laksanakan apa yang akan jadi peraturan baru karena kemungkinan UU di bawahnya akan direvisi untuk menyesuaikan. Namun dalam riilnya kami nanti para hakim Islam harus bisa jeli dalam memutuskan berkaitan dengan kasus yang kami tangani, artinya dilihat konteks permasalahan bagaimana tidak saklek apa yang tertulis dalam redaksi UU tetapi bisa lebih kontekstual dengan priinsip-prinsip Islam.

Lebih lanjut Ia menyampaikan bahwa kasus yang diputus oleh MK itu bukan kasuistis, namun berlaku bagi semua warga negara. Lewat pengadilan akan diputus bagaimana hubungan hukum antara anak dan ayah biologisnya yang sudah ditetapkan

mempunyai hubungan darah berikut hak-haknya, sebab dalam putusan MK itu tidak menjelaskan ketegasan bagaimana status hubungan hukum antara anak dan ayah biologisnya itu serta hak-haknya.

Menurutnya, kalau untuk membuktikan hubungan darah atau biologis mungkin bisa misalnya dengan tes DNA, tetapi apakah hubungan hukum ini nantinya menjadi anak yang sah atau bukan yang berakibat menimbulkan hak-hak baru bagi si anak. Putusan MK ini menurutnya ditujukan untuk meindungi kepentingan anak. Sidang permohonan penetapan pengesahan asal-usul anak ini terkait keabsahan perkawinan bapak ibunya, dan ini merupakan langkah awal untuk mengajukan gugatan atau permohonan penetapan hak waris, yang berbeda dengan sidang itsbat nkaah (pengesahan perkawinan).

Sementara itsbat nkaah merupakan sidang penetapan keabsahan sebuah perkawinan yang perkawinan sebelumnya tidak sesuai dengan peraturan yang berlaku. Menurutnya setiap anak luar kawin karena nkaah dibawah tangan bisa menempuh permohonan sidang itsbat nkaah dan permohonan pengesahan asal-usul anak, tetapi kalau anak luar kawin karena perzinahan cukup dengan sidang pengesahan asal-usul anak.

4. Pandangan ulama secara pribadi¹³ menyatakan kalau putusan MK itu belum mendapatkan kepastian hukum yang final. Tapi jika memang disodorkan ke DPR lalu diputuskan, penerapannya harus ditangani lembaga resmi, misalnya Pengadilan Agama. Jadi di sinilah Pengadilan Agama yang mempunyai rambu-rambu tentang hukum positif sehingga mampu membedakan antara anak

12 Wahyudi, Hakim Pengadilan Agama Kota Semarang, dalam *Furqon*, Edisi 89 TH. X/April 2012, hal. 22..

13 Abdul Wahid Hasyim, Pandangan Ulama tentang Putusan MK dan Perkawinan Sirri, dalam *Furqon* Edisi 89 TH. X / April 2012, hal. 25.

hasil pernikahan sirri dan anak hasil zina. Contohnya ada seorang wanita yang mmenuntut anaknya adalah hasil hubungan dengan A. Kemudian ayahnya sudah meninggal atau masih hidup, nah anak tersebut benar-benar dari keturunan ayahnya atau tidak yang menetapkan lembaga itu.

Menurutnya, Nikah itu menurut syari'at ada calon kedua mempelai, ada dua orang saksi, wali dan ijab kabul, itu baru hukumnya sah. Jadi sekalipun tidak dicatatkan, sekalipun tidak ada pperesman besar-besaran, asal ada syyarat-syarat tadi maka sah menurut syari'ah, dan anak yang lahir dari pasangan tersebut juga sah dan berhak mendapat hak-haknya, aitu waris, perwalian, nafkan dan lainsebagainya sebagaimana anak yang dilahirkan da

ri pasangan nikah yang dicatat petugas negara. Sedang pelakunya sendiri halal melakukan hubunan dengan istrinya. Kalau mmasyarakat mengetahui dan mempunyai pengetahuan dan pemikiran syari'at seperti ini, maka status pernikahan sirri tetap akan dihormati seperti pernikahan yang dicatat negara.

Menurutnya, bagaimana seandainya istri (pertama) tidak menyetujui suaminya menikah lagi padahal ia mampu? Kalau menurut syari'at, ijin dari istri pertama itu tidakwajib. Yang menjadi pokok adalah syarat-syarat kemampuan. Asal hal ini sudah terpenuhi boleh jalan terus tanpa harus ijin dari istri. Menurutnya ijin dari istri tidak menjadi syarat. Hanya semacam suatu keharuusan menurut negara, dan tidak akan membatalkan akad nikah. Dalam syari''at Islam tidak harus seperti itu, seperti tanda tangan persetujuan dan lain sebagainya. Namun jika istri tetap bersikukuh menolak, itu tidak boleh, berarti ia sama saja melawan syari'at. Barangsiapa yang melawan syari'at

berarti melawan Allah, hukumnya berat dan dosa besar karena kufur.

Menurutnya, tapi yang menjadi masalah di sini karena kebanyakan kaum perempuan yang tidak tahu atau tidak paham tentang pengetahuan syari'at, sehingga mereka tidak setuju dengan semua ini, hanya dengan emosinya. Padahal itu sangat berbahaya, bisa termasuk kufur. Lanjut ia mengatakan, coba saja lihat di negara-negara Islam yang wanita-wanita paham dengan syari'at, mereka tidak berani melawan syari'at karena paham dan tahu betul bagaimana risikonya.

D. PENUTUP

1. Kesimpulan

1. Tinjauan hukum normatif tentang perkawinan di bawah angan adalah bertenangan dengan Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan yang dinyatakan dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) merupakan komulatif. Perkawinan di bawah tangan mempunyai akibat hukum, yakni akibat yang mempunyai hak mendapat pengakuan dan perlindungan hukum apabila memenuhi Pasal 2 ayat (2). Perkawinan menurut Pasal 2 ayat (1) adalah sah menurut ajaran agama, hal ini dalam pendekatan positifistik belum termasuk kategori perbuatan hukum sehingga belum mendapatkan dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya". Akibat hukum dari peristiwa kelahiran karena kelahiran melalui hubungan seksual adalah adanya hubungan hukum yang di dalamnya termasuk hak dan kewajiban secara timbal balik yang subyek hukumnya meliputi anak, ibu dan bapak.
2. Adapun pertimbangan hukum dari putusan Mahkamah Konstitusi adalah

pasal-pasal dari Undang-undang Dasar 1945 yang berkaitan untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.

3. Berbagai pendapat pro dan kontra tentang putusan Mahkamah Konstitusi tentang perkawinan di bawah tangan adalah hanya menyangkut anak hasil dari perkawinan sirri bukan anak zina. Mengenai ketentuan anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafkah dengan laki-laki yang menyebabkan kelahirannya, akan tetapi mempunyai hubungan hukum dengan ibunya dan keluarga ibunya. Apabila problem hukum itu disengketakan maka lewat pengadilan yang akan memutus bagaimana hubungan hukum antara anak dengan ayah biologisnya yang sudah ditetapkan mempunyai hubungan darah berikut dengan hak-haknya, sebab dalam putusan MK itu tidak menjelaskan ketegasan bagaimana status hubungan hukum antara anak dengan ayah biologisnya serta hak-haknya. Pandangan kontra lain bahwa selagi perkawinan itu memenuhi syarat dan rukunnya tetap sah menurut syari'ah karena pencatatan yang bersifat administratif itu hanya

bersifat formalistik dan secara diyani (keagamaan Islam) adalah sah.

2. Saran

1. Demi menjaga ketertiban umum (li mashalih an-nas) khususnya bagi umat Islam harus mematuhi undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang merupakan siyasah syar'iyah yang dibentuk oleh 'ulil amri melalui ijtihad yang juga merupakan syari'ah wadh'iyah.
2. Hukum perkawinan di Indonesia hendaknya benar-benar harus menjamin kemaslahatan dan ketertiban umum bagi umat Islam, untuk itu hukum perkawinan tidak semata-mata masalah diyani, akan tetapi harus diangkat menjadi masalah qadha'i (dibantu oleh alat kekuasaan negara berupa pengadilan dan perangkat hukumnya) untuk menjamin kepastian, keadilan dan kemanfaatan.
3. Hukum perkawinan di Indonesia masih multi pemahaman disebabkan adanya Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 yang sangat toleran terhadap perbedaan tentang pelaksanaan akad perkawinan menurut satu pasal saja menurut hukum negara yang dinafasi oleh hukum agama sebagai wujud dari siyasah sar'iyah.

DAFTAR PUSTAKA

Abdul Gani Abdullah, *"Tinjauan Hukum terhadap Perkawinan Dibawah Tangan"*, Makalah Disampaikan pada Penataran Dosen Hukum Islam PTN/PTS se Indonesia Angkatan Pertama, Tanggal 12 Juli 1995, di Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

A.Khisni, *Hukum Islam dan Peradilan Agama di Indonesia*, Cet.1, Semarang, Unissula Press, 2011).

-----, *Transformasi Hukum Islam Ke dalam Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional)*, Ringkasan Disertasi Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, Tahun 2011.

- Chatib Rasyid, *Anak Lahir di Luar Nikah, (Secara Hukum) Berbeda dengan Anak Hasil Zina*, Seminar Pro dan Kontra Pasca Putusan MK tentang Hubungan Perdata Anak dengan Ayah Biologisnya, di Program Pascasarjana Magister (S-2) Ilmu Hukum Unissula Semarang, Tanggal 7 Juli 2012.
- Ma'ruf Amin, "*Efek Domino Putusan Mahkamah Konstitusi*", dalam *Furqon* Edisi 89 TH. X/ April, 2012.
- Muhammad Alim, "*Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi*", Disampaikan dalam Diskusi Publik, Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi, IKA-UII Yogyakarta, 7 Juli 2012.
- Wahyudi, Hakim Pengadilan Agama Semarang, dalam *Furqan*, Edisi 89 TH. X/ April 2012.
- Zuhdi Muhdlor, *Akibat Hukum terhadap Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Ditinjau dari Hukum Islam*, Disampaikan dalam Diskusi Publik, "Akibat Hkum terhadap Anak Luar Kawin Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", IKA UII Yogyakarta, 7 Juli 2012.
- Fatwa Majelis Ulama Indonesia No. 11 Tahun 2012 Tentang *Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya*, Tertanggal 18 Rabi'ul Akhiir 1433 H – 10 Maret 2012.