

BAB II

DISKRIPSI UMUM HAK ASUH ANAK

A. Kajian Pustaka

1. Kajian Penelitian Terdahulu

Dalam buku tentang hak asuh anak diluar pernikahan akibat perceraian selalu ada dalam bab yang membahas secara khusus mengenai hak asuh anak diluar pernikahan akibat perceraian tersebut. Jurnal-jurnal, skripsi, maupun hasil penelitian sudah banyak yang membahas perkara hak asuh anak diluar pernikahan akibat perceraian. Dari hasil penelitian mahasiswa maupun dosen sudah banyak yang membahas . Namun dalam beberapa jurnal, hasil penelitian dan lain-lain, penulis menemukan beberapa karya tulis yang berkaitan dengan hak asuh anak diluar pernikahan akibat perceraian sehingga dapat dijadikan perbandingan dari karya-karya tersebut dengan rencana penulisan skripsi penulis, sehingga dapat menghindari kesamaan dalam penulisan. Berikut beberapa karya ilmiah yang membahas tentang hak asuh anak diluar pernikahan akibat perceraian:

Jurnal yang ditulis oleh Enik Isnaini yang berjudul “Kedudukan Hukum Bagi Anak Yang Lahir Karena Kawin Hamil (Married by Accident) di Tinjau dari Hukum Islam dan Hukum Perdata” pada penelitian ini dijelaskan bahwa KUH Perdata menganut asas bahwa seorang anak luar kawin baru memiliki hubungan perdata baik dengan ayah maupun ibunya setelah mendapat pengakuan, hal ini biasa kita temukan dari makna yang terkandung dalam Pasal 280 KUH Perdata. Memang terasa agak aneh karena ada kemungkinan seorang anak secara yuridis tidak mempunyai ayah maupun ibu, ketika ayah maupun ibu tidak atau lalai melakukan pengakuan terhadap anak luar kawinnya

Kedudukan anak didalam KUH Perdata di bedakan menjadi:

1. Anak Sah
2. Anak luar kawin

Pasal 250 KUH Perdata menyebutkan bahwa: ”Tiap-tiap anak yang dilahirkan atau tumbuh sepanjang perkawinan memperoleh si suami sebagai bapaknya” Dari Pasal tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa anak sah menurut KUH Perdata adalah anak yang lahir atau anak yang ditimbulkan dalam suatu perkawinan dan mendapat suami sebagai bapaknya dan pengertian sebaliknya dari rumusan pasal di atas dikategorikan sebagai anak tidak sah. Anak-anak tidak sah yang termasuk dalam kategori anak zina dan anak sumbang merupakan anak luar kawin yang boleh untuk disahkan atau diakui oleh orang tuanya

¹Selanjutnya jurnal yang ditulis oleh Busman Edyar yang berjudul “Status Anak Luar Nikah Menurut Hukum Positif dan Hukum Islam Pasca Keluarnya Putusan MK Tentang Uji Materil Undang Undang Perkawinan” pada penelitian ini dijelaskan bahwa dalam pasal 43 ayat (1) UU perkawinan disebutkan bahwa anak yang lahir diluar perkawinan hanya

¹ Enik Isnaini “Kedudukan Hukum Bagi Anak Yang Lahir Karena Kawin Hamil (Married by Accident) di Tinjau Dari Hukum Islam dan Hukum Perdata” *Jurnal Independent vol 2*, Universitas Islam Lamongan.

punya hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya saja. Sayangnya makna luar perkawinan dalam pasal ini ternyata dimaknai juga dengan perkawinan bawah tangan (nikah siri) atau perkawinan yang tidak dicatatkan seringkali masyarakat tidak mendapatkan hak keperdataannya lantaran pernikahan yang tidak tercatat, pada dasarnya untuk status anak akibat pernikahan yang tidak dicatatkan, maka tidak jadi masalah. Namun diluar itu perlu dijembatani dengan memastikan bahwa maksud hubungan keperdataan terbatas pada masalah hak-hak luar waris, nasab dan dan perwalian. Dalam hal ini hubungan keperdataan harus dimaknai bukan pengesahan melainkan untuk memastikan bahwa seorang bapak biologis ikut bertanggung jawab terhadap anak biologisnya terkait nafkah, pendidikan dan lain sebagainya. Demikian juga sekiranya dihubungkanya keperdataan anak dengan bapak biologisnya untuk kepentingan akte kelahiran anak, maka dibolehkan demi kemashlahatan anak, namun setelah anak dewasa nanti harus dijelaskan pada anak posisi dia yang sebenarnya.²

Kemudian jurnal yang ditulis oleh Nasaiy Aziz dan Muksal Mina “Nasab Anak yang Lahir di Luar Nikah : Analisis Fatwa MPU Aceh Nomor 18 Tahun 2015 dan Keputusan MK Nomor 46/PUU/-VIII/2010” pada penelitian ini menunjukkan bahwa tinjauan fatwa MPU Aceh Nomor 18 Tahun 2015 terhadap putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU/-VIII/2010 tentang nasab anak yang lahir di luar nikah lebih kepada dua hal : pertama, menetapkan kembali terputusnya nasab anak luar nikah kepada laki-laki pezina yang sebelumnya telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi. Kedua, MPU Aceh meninjau bahwa

²Busman Edyar “Status Anak Luar Nikah Menurut Hukum Positif dan Hukum Islam Pasca Keluarnya Putusan MK Tentang uji Materil Undang Undang Perkawinan”, *Jurnal Hukum Islam*, vol 1, No 2, 2016, Bengkulu, STAIN Curup.

pemutusan hubungan nasab dan keperdataan anak dengan laki-laki zina dan menisbatkannya kepada ibu anak, sebagai bentuk perlindungan nasab, bukan sebagai bentuk diskriminasi.³ Jurnal selanjutnya yang ditulis oleh Sari Pusvita “Keperdataan Anak Diluar Nikah dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya Terhadap Harta Warisan” dalam penelitian ini menyatakan bahwa anak yang lahir diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Dan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 100 menyatakan bahwa anak yang lahir diluar perkawinan hanya mempunyai nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya artinya pasal 43 ayat (1) UUP dan pasal dan pasal 100 KHI, menjelaskan bahwa apabila anak lahir di luar perkawinan yang sah maka hubungan keperdataan hanya ada pada ibunya dan keluarga ibunya, karenanya untuk memberikan perlindungan hukum bagi anak yang lahir di luar nikah karena zina dan sejenisnya maka MUI telah memberikan solusi hukumnya. Pertama, dengan menjatuhkan ta’zir kepada laki-laki tersebut berupa kewajiban mencukupi kebutuhan anak tersebut yang bentuk dan kadarnya diserahkan kepada ulil amri (pihak yang berwenang menetapkan hukuman)

Kedua, dengan memberikan harta setelah ia meninggal melalui wasiat wajibah.⁴

Jurnal yang ditulis oleh Nur Puat yang berjudul “Status Hukum Anak Diluar Nikah” dalam penelitian ini menyatakan bahwa anak diluar nikah hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya, mereka hanya berhubung nasab dan kewarisan dengan ibunya dan keluarga ibunya, menurut undang undang perkawinan dan kompilasi hukum

³Nasaiy Aziz dan Muksal Mina, “Nasab Anak yang Lahir di Luar Nikah : Analisis Fatwa MPU Aceh Nomor 18 Tahun 2015 dan Keputusan MK Nomor 46/PUU/-VIII/2010”, *Jurnal Hukum Keluarga dan Hukum Islam*, Vol.1, No.1,2017.

⁴Sari Pusvita “Keperdataan Anak Diluar Nikah Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya Terhadap Harta Warisan”, *Jurnal Studi dan Penelitian Hukum Islam*, Vol.1, No.2, 2018, Ulul Albab.

Islam, menyatakan bahwa anak diluar nikah hanya memiliki hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya, menurut putusan mahkamah konstitusi, anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.⁵

Selanjutnya jurnal yang ditulis oleh Dadan Muttaqien yang berjudul “Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Anak Luar Nikah dan Kekuatan Hukumnya”, penelitian ini menyatakan bahwa alat bukti yang paling kuat dalam menentukan nasab adalah kesaksian, status kesaksian tersebut lebih kuat daripada pengakuan, sebabnya kesaksian sebagai alat bukti selalu melibatkan orang lain sebagai penguat. Para ulama fikih berbeda pendapat tentang jumlah saksi dalam perkara ini. Menurut Imam Abu Hanifah dan Muhammad bin Hasan saksi harus berjumlah empat orang yang terdiri dari dua laki-laki dan dua perempuan, sedangkan menurut Maliki kesaksian dua orang laki-laki sudah dianggap cukup. Akan tetapi menurut syafi’I dan Hanbali serta Abu Yusuf kesaksian harus diungkapkan oleh semua ahli waris. kemudian dipaparkan juga bahwa jika terjadi sengketa dalam penetapan nasab anak, tampaknya penetapan nasab anak tersebut bisa ditempuh melalui dunia kedokteran dengan cara tes darah atau bahkan tes DNA. Cara ini merupakan pengembangan dari cara pengakuan dan pembuktian sebagai akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi. Kemudian putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU/-VIII/2010 tentang status anak luar nikah tidak memiliki kekuatan jika dihadapkan dengan

⁵Nur Puat, “Status Hukum Anak Diluar Nikah”, *Jurnal Al Hikmah*, Vol.3, No.2, 2013, STAI Al Hikmah, Tuban.

Hukum Islam karena bertentangan dengan ketentuan yang telah ditetapkan dan diatur secara jelas oleh Hukum Islam.⁶

Jurnal yang ditulis oleh Endah Mayangsari yang berjudul “Hubungan Keperdataan Anak Luar Nikah Akibat Perceraian Li’an Menurut Kompilasi Hukum Islam dan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak” penelitian ini menyatakan bahwa hubungan keperdataan anak diluar pernikahan akibat perceraian li’an menurut Kompilasi Hukum Islam dan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak yaitu hubungan keperdataan anak dalam Kompilasi Hukum Islam mengatur tentang hak dan kewajiban suami istri yaitu dalam pasal 77 dan 80 Kompilasi Hukum Islam dan Bab XII pemeliharaan anak pasal 98, 104 ayat (1), 105 dan 106 Kompilasi Hukum Islam, pengaturan pada anak luar nikah diatur hanya dalam pasal 100 Kompilasi Hukum Islam yang mengatakan bahwa “anak yang lahir diluar perkawinan itu hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.”⁷

Selanjutnya jurnal yang ditulis oleh Iman Jauhari yang berjudul “Hukum Perwalian Anak Zina dan Hak Warisnya Legal Guardianship Of Adultery Child and The Right of Their Inheritance” penelitian ini menyatakan bahwa dalam Hukum Islam pengakuan terhadap anak luar nikah oleh ibunya tidak diperlukan, karena hubungan antar ibu dan anak tercipta dengan sendirinya, sedangkan terhadap ayahnya sama sekali tidak ada hubungan hukum, maka antar mereka tidak ada hubungan waris-mewaris, dan dijelaskan juga dalam kitab undang-undang hukum perdata, anak luar nikah itu terbagi menjadi dua yaitu anak luar

⁶Dadan Muttaqien, “Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Status Anak Luar Nikah dan Kekuatan Hukumnya”, *Unisia*, Vol. xxxv, No. 78. 2013.

⁷Endah Mayangsari, “Hubungan Keperdataan Anak Luar Nikah Akibat Perceraian Li’an Menurut Kompilasi Hukum Islam dan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak”, Vol.III, No.2, 2016, Fakultas Hukum.

nikah yang diakui dan yang tidak diakui, apabila anak luar nikah tersebut diakui oleh ayahnya maka anak luar nikah tersebut sama dengan kedudukan anak sah, sedangkan anak luar nikah tersebut tidak diakui ayahnya maka tidak memiliki hubungan keperdataan dengan ayahnya, dan hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya saja dan walinya adalah wali hakim.⁸

Kemudian jurnal yang ditulis oleh Subroto dengan judul “Hubungan Keperdataan Anak Dengan Bapaknya” penelitian ini menyatakan bahwa hubungan keperdataan anak dengan bapaknya masuk dalam mashlahat dharuriyah yaitu kemashlahatan terhadap segala urusan yang menjadi kebutuhan pokok dan sendi kehidupan manusia yang mencakup lima hal yakni memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, harta kelima hal tersebut dikenal dengan maqashidut tasyri’ (tujuan hukum). Bahwa untuk masalah penetapan keperdataan anak berkaitan dengan nasab anak maka berdasar pasal 99 ayat (1) KHI dan pasal 53 ayat (1) KHI anak tersebut dapat dinasabkan dengan bapaknya akibat perkawinan yang sah, nasab bagi anak diluar nikah yang dibuktikan dengan tes DNA memiliki hubungan darah dengan bapaknya bisa juga menasabkan dirinya dengan bapak biologisnya, namun pembuktian tersebut bertentangan dengan pasal 100 KHI yang belum dihapus.⁹

Selanjutnya buku yang ditulis oleh Ahmad Zaenal Fanani yang berjudul “Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indonesia (Perspektif Keadilan Jender) penelitian ini menyatakan bahwa ketentuan sengketa hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia khususnya yang diatur dalam pasal 105 dan 156 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yaitu pemegang hak asuh anak itu didasarkan pada aspek moralitas, serta mementingkan

⁸Iman Jauhari, “Hukum Perwalian Anak Zina dan Hak Warisnya Legal Guardianship of Adultery Child and The Right of Their Inheritance”, *Jurnal Ilmu Hukum*, No.54, 2011.

⁹Subroto, “Hubungan Keperdataan Anak Dengan Bapaknya : Kajian Kritis Penafsiran Pasal-Pasal dalam Kompilasi Hukum Islam”, *Jurnal Kodifikasi*, Vol.6, No.1, 2012, Sekolah Tinggi Agama Islam (STAIN) Ponorogo.

kesehatan dan kesempatan mendidik dan memelihara anak yang berujung pada terwujudnya kepentingan terbaik anak, upaya yang dilakukan hakim pengadilan agama harus menggunakan analisis keadilan jender berspektif maqashid syariah yang mengacu pada lima hal yaitu : 1. Melakukan penafsiran hukum atas ketentuan hukum hak asuh anak 2. Kontekstualisasi ketentuan hukum hak asuh anak 3. Mengutamakan kepentingan terbaik anak 4. Menggali rekam jejak orang tua anak ; dan 5. Melakukan pemeriksaan setempat.¹⁰

B. Hak Asuh Anak Diluar Pernikahan Akibat Perceraian Ditinjau dari Hukum Islam dan Peraturan di Indonesia

1. Pengertian dan Dasar Hukum

Pernikahan yang sah adalah ikatan antara seorang laki-laki dan perempuan secara lahir dan batin untuk menjalankan harapan dalam suatu kehidupan yaitu suatu kekeluargaan sebagai pasangan suami istri dengan menyanggupi ketentuan dan rukun yang ditetapkan oleh hukum Islam¹¹ pernikahan dalam Islam bukan hanya mempunyai tujuan untuk kenikmatan seksual semata, melainkan untuk terciptanya keluarga yang harmonis, berhubungan baik dengan masyarakat, bangsa dan Negara yang erat.

Sedangkan anak diluar nikah merupakan anak yang dilahirkan dari seorang laki-laki dan perempuan dari hasil hubungan badan yang mana kedua duanya tidak terikat pernikahan sebelumnya.

Sedangkan dari definisi anak diluar pernikahan yang tidak sah merupakan:

¹⁰ Fanani Zaenal Ahmad, *Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indonesia* (Perspektif Keadilan Jender), (Yogyakarta : UII Press, 2015).

¹¹ J. Satrio, *Hukum Keluarga Tentang Kedudukan Anak Dalam Undang-Undang*, (PT Citra Aditya Bakti), hlm.5.

1. Anak yang lahir bukan dari pernikahan yang resmi secara Agama dan Negara
2. Anak yang lahir diluar pernikahan yang resmi akibat perbuatan zina
3. Seorang anak yang waktu kehamilannya kurang dari enam bulan, yaitu selisih antara kelahiran anak dengan pernikahan orang tuanya kurang dari enam bulan.

Hukum pernikahan secara Islam terdapat empat tipe yaitu :

- a. **Wajib:** teruntuk orang yang sudah ingin mempunyai buah hati, khawatir melakukan zina jika tidak segera menikah, meskipun ingin menikah ataupun tidak, walaupun pernikahannya akan memutuskan ibadah yang tidak diwajibkan, terutama wanita yang tidak mampu merawat dirinya sendiri, dan tidak ada banteng lain selain menikah.
- b. **Sunnah:** teruntuk mereka yang syahwatnya sudah tidak bisa tertahan, namun mampu tertahankan walaupun belum menikah dan bisa memagar diri dari perbuatan zina.
- c. **Haram:** teruntuk orang yang belum ada keinginan menikah, baik secara lahir (menghidupi) ataupun batin (berhubungan badan) sehingga apabila pernikahan itu terjadi akan membuat si wanita menderita baik lahir maupun batin, nikah akan menjadi haram, bagi orang yang memiliki tujuan untuk menyakiti keluarga dan calon istrinya atau karena motif balas dendam dan lain lain.
- d. **Makruh:** teruntuk seseorang yang kondisinya sama seperti pembahasan diatas, namun tidak membahayakan bagi calon istrinya, walaupun tetap menikah tidak akan menimbulkan efek negatif banyak, apabila ada orang seperti ini alangkah baiknya menunda pernikahannya dulu, apabila tetap ingin menikah maka hukumnya makruh.

2. Syarat dan Rukun Nikah

- a. Sighat: salah satu rukun nikah adalah sighat (berlangsungnya akad nikah) atau yang lebih dikenal dengan *ijab-kabul*. Akad nikah dengan pengucapan, menurut Syafi'i, harus dimulai oleh wali dari pihak perempuan atau yang mewakilinya, kemudian dijawab (Kabul) oleh calon suami (pihak laki-laki) atau yang mewakilinya. Sedangkan ulama lain memiliki pendapat berbeda yaitu pihak laki laki diperbolehkan untuk mengungkapkan terlebih dahulu kepada wali perempuan agar diizinkan anaknya untuk menikah denganya, misalnya "*nikahkan saya dengan anakmu*" pendapat ini berlandaskan terhadap hadis berikut :

Sahl bin Said berkata: Seorang perempuan datang kepada Nabi Muhammad Saw (untuk menyerahkan dirinya) seraya berkata, "*saya serahkan diri saya pada Tuan,*" lalu dia berdiri lama sekali (untuk menanti). Kemudian seorang laki-laki berdiri seraya berkata, "*Wahai Rasulullah, kawinkanlah saya dengannya kalau Tuan tidak suka padanya.*" Kemudian Rasulullah Saw bersabda, "*Aku kawinkan kamu dengannya dengan mahar ayat Al-Quran yang ada padamu.*" (HR. Bukhori dan Muslim).

Menurut Syafi'i dan Hanbali yang merupakan syarat *ijab kabul* itu harus menggunakan lafal yang bersumber dari Al-Quran dan Hadis, sedangkan menurut pendapat Hanafi bahwasanya *ijab kabul* tidak harus menggunakan lafal yang tertulis pada Al-Quran maupun hadis. Bahkan Hanafi membolehkan menggunakan lafal sedekah, hibah dan tamlik (memberikan kepemilikannya) dan lain sebagainya.

Pada dasarnya lafal yang digunakan untuk *ijab kabul* bukan mutlak diucapkan dengan kata kata secara baku, yaitu bisa diucapkan dengan menggunakan kata kata lain yang tidak merubah arti untuk sahnya dalam pernikahan

- b. Saksi:

Pernikahan yang dianggap sah itu apabila dihadiri oleh dua orang saksi laki-laki, pernyataan ini merupakan pendapat dari mayoritas ulama. Namun ada berbagai pendapat juga tentang hal ini, semua pendapat bisa kita terima tergantung bagaimana

kita menyikapinya dan selalu mengambil pendapat yang bisa diterima oleh mayoritas orang, mengenai adanya dua orang saksi dalam pernikahan yang berlandaskan pada hadis Nabi Muhammad Saw yaitu:

لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَالِيٍّ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ

“Pernikahan tidak sah kecuali ada wali dan (dihadiri oleh) dua orang saksi yang adil.” (HR. Ahmad)”.

Sedangkan menurut Ulama Salaf termasuk Syafi’i menganggap hadis ini *munqathi*’ akan tetapi mayoritas ulama menerima, yang mana menurut menurut Syafi’i hadis ini adalah shahih, dasar yang menjadikan dua orang saksi adalah hadis-hadis *dhaif* (lemah) akan tetapi beberapa hadis menguatkan satu sama lainnya.

- c. Wali: adanya suatu wali dalam suatu pernikahan memiliki peran penting, yaitu sebagaimana telah diungkapkan oleh Imam Syafi’i, Ahmad bin Hambal, dan lain-lain yaitu umat Islam di Indonesia dilakukan oleh pihak mempelai laki-laki dan wali dari pihak mempelai perempuan atau yang mewakili. Pendapat ini memiliki alasan yaitu terdapat pada hadis riwayat Tirmidzi dari Aisyah r.a yang berbunyi: “perempuan yang menikah tanpa izin walinya, nikahnya batal (sampai tiga kali Nabi mengatakan “nikahnya batal”).”

1. Syarat-syarat menjadi wali

- a. Beragama Islam atau seorang muslim, apabila orang yang menikah muslim maka walinya juga harus muslim.
- b. Orang mukallaf atau baligh, yaitu seseorang yang memiliki beban hukum kemudian bisa mempertanggungjawabkan perbuatannya.

- c. Berakal sehat, yaitu khusus bagi orang yang memiliki kriteria tersebut yang pantas mengemban suatu hukum kemudian bisa mempertanggungjawabkan perbuatannya.
 - d. Laki-laki.
 - e. Adil.
2. Orang-orang yang berhak menjadi wali menurut pendapat Imam Syafi'i
- a. Ayah
 - b. Kakek dan seterusnya keatas dari garis laki-laki
 - c. Saudara laki-laki kandung
 - d. Saudara laki-laki seayah
 - e. Anak saudara laki-laki kandung
 - f. Anak saudara laki-laki seayah
 - g. Paman kandung
 - h. Paman seayah
 - i. Saudara sepupu laki-laki kandung
 - j. Saudara sepupu laki-laki seayah
 - k. Sultan atau hakim
 - l. Orang yang telah ditunjuk oleh mempelai yang bersangkutan.

3. Hak-Hak Anak Dalam Lingkungan Keluarga, Masyarakat, dan Negara

Agama Islam telah mengajarkan bahwa seorang anak adalah amanat Allah yang harus dijaga oleh orang tua, bangsa, Negara dan masyarakat selaku waris melalui petunjuk Islam, seorang anak memiliki hak untuk mewarisi semua ajaran terutama dalam hal kebaikan yang

mana semua pengarahan tersebut diberikan kepadanya¹² dalam diri anak hal yang paling penting adalah kasih sayang yang diberikan terhadap kedua orang tua anak tersebut, maka dari itu sebuah kasih sayang yang telah diberikan akan membuat anak bertahan dalam menjalani kehidupannya, bahkan hubungan tersebut sudah terjadi ketika masih didalam kandungan, sebegitu besarnya rasa sayang itu, yang mana dalam bahasa arab tempat janin, disebut rahm (Rahim, secara etimologis yang berarti cinta kasih).¹³ sebuah upaya untuk meningkatkan pertumbuhan dan perkembangan bagi anaknya tidak dibatasi oleh segi fisik belaka, kemudian seorang anak harus menerima kasih sayang atas keluarga, masyarakat, bangsa dan Negara. Yang menjadi hak anak sesuai dengan undang-undang 39/1999 “mengenai hak asasi manusia wajib dijamin dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga masyarakat, pemerintah dan Negara meliputi :

1. Tumbuh kembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan.
2. Memperoleh nama sebagai identitas diri dan status kewarganegaraan.
3. Beribadah menurut agamanya, berfikir dan berkreasi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya
4. Mendapatkan bimbingan dari orang tuanya, atau diasuh dan diangkat sebagai anak asuh atau anak angkat orang lain bila orang tuanya dalam keadaan terlantar sesuai dengan ketentuan yang berlaku.
5. Memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual, dan sosial.

¹² Saifuddin Mujtaba dalam Iman Jauhari, *Hak-Hak Anak dalam Hukum Islam*, (Jakarta : Pustaka Bangsa Press, 2003), hlm. 84.

¹³ Nurcholish Madjid, *Masyarakat religious*, (Jakarta: Paramadina 2000), hlm. 84.

6. Memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya.
7. Menyatakan dan didengar pendapatnya, menerima, mencari dan memberikan informasi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya demi pengembangan dirinya sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan dan kepatutan
8. Beristirahat, memanfaatkan waktu luang, bergaul dengan anak yang sebaya, bermain, berkreasi, sesuai dengan minat bakat dan tingkat kecerdasannya demi pengembangan diri.
9. Anak yang memiliki kemampuan berbeda (cacat) berhak memperoleh rehabilitasi, bantuan sosial dan pemeliharaan taraf kesejahteraan sosial.
10. Mendapat perlindungan dari perlakuan diskriminasi, eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual penelantaran, kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan serta ketidakadilan dan perlakuan salah lainnya.
11. Dirahasiakan identitasnya bagi anak yang menjadi korban kekerasan seksual maupun berhadapan dengan hukum
12. Mendapat bantuan hukum dan bantuan lainnya bagi anak yang menjadi korban dan pelakunya dijerat hukum sebagai perilaku tindak pidana”¹⁴

4. Konsep Hak Anak Beserta Definisinya

Hak anak disini mempunyai pengertian yaitu dapat dipahami bahwa seorang anak mempunyai keinginan yang dimiliki seorang anak tersebut, begitupun sistem hukum atau tertib hukum memberikan kekuatan kepada anak yang bersangkutan¹⁵ meskipun menurut

¹⁴ Mufidah Ch, dkk, *Haruskah Perempuan dan Anak Dikorbankan*, (Malang: Pilar Media bekerjasama dengan Pusat Studi Gender UIN Malang, 2006), hlm.16-18.

¹⁵ Maulana Hasan Wadong, *Pengantar Advokasi dan Hukum Perlindungan Anak*, (Jakarta : PT. Gramedia, 2000), hlm.29.

UU nomor 39 tahun 1999 tentang hak asasi manusia memberikan penjelasan bahwa “hak anak termasuk juga hak asasi manusia, dan anak tersebut kepentingannya diakui dan dilindungi oleh hukum sejak di dalam kandungan”¹⁶ menurut UU nomor 23 tahun 2002 juga tidak jauh berbeda bahwasanya hak anak menjadi prioritas utama yang wajib dilindungi, “wajib dijamin, dan dipenuhi oleh kedua orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan Negara.”¹⁷ Pada penjelasan diatas dapat kita ambil pengertian secara publik bahwasanya sejak dalam kandungan hak anak merupakan hak dasar yang telah dimiliki, hal tersebut dilindungi oleh hukum secara yuridis yang merupakan tanggungan bagi yang bertanggung jawab untuk memenuhi seluruh situasi sesuai kondisi, terkadang hak tersebut tidak menjadi tanggung jawab kedua orang tua saja, bahkan lingkungan keluarga, masyarakat, pemerintah, dan atau bahkan Negara harus ikut andil terhadap prioritas hak seorang anak.

C. Status Anak Diluar Nikah Menurut Hukum Islam dan Perundang-undangan

Menurut Hukum Islam apabila telah terjadi suatu perceraian maka suatu hukum tertentu akan menyebabkan suatu akibat hukum, salah satunya mengenai anak, pengasuhan anak telah diatur dalam Kompilasi Hukum Islam dalam pasal 105 dan 156 dalam pasal 105 yang berbunyi :

“Dalam hal terjadi perceraian :

1. Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya.

¹⁶ Lihat UU Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia Pasal 52 ayat (2).

¹⁷ Lihat UU Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak pasal 1 ayat (12).

2. Pemeliharaan anak yang sudah *mummayiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaanya

Menurut pasal 156 huruf (a) juga menyatakan : akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah anak yang belum *mummayiz* berhak mendapatkan hak asuh anak (*hadhanah*) dari ibunya kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukanya digantikan oleh :

1. Wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ibu;
2. Ayah;
3. Wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ayah;
4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah;

Apabila kita melihat dari kedua pasal tersebut dapat disimpulkan bahwa Kompilasi Hukum Islam memberikan keistimewaan dan mendahulukan kepada ibu kandung untuk memegang hak asuh anak sampai anak tersebut berumur 12 tahun setelah anak tersebut berumur 12 tahun maka si anak tersebut memiliki hak untuk memilih sesuka hati untuk menentukan apakah ia bersama ibu atau bapaknya

Undang Undang No 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, pasal 43 ayat 1, menyatakan “anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”¹⁸ sedangkan menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 100, menyatakan “anak yang lahir diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya”¹⁹

¹⁸ Dirjen Bimas Islam Kementerian Agama RI, *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Perkawinan*, (2010), hlm.28.

¹⁹ Dirjen Bimas Islam Kementerian Agama RI, *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Perkawinan*, (2010), hlm.257.

Berdasarkan pasal 280 KUH perdata, “seorang anak luar kawin akan memiliki hubungan keperdataan dengan orang tuanya apabila telah diakui secara sah.” Maka dari itu walaupun orang tua tidak mengakui, maka anak tersebut tidak akan memiliki hubungan keperdataan baik ibu atau ayah biologisnya²⁰

Namun, menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan demi hukum yaitu “kedudukan anak diluar kawin hanya memiliki hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya,” sebagai halnya dalam pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No.1 tahun 1974 tentang perkawinan. Hanya saja, dalam ayat (2) disebutkan bahwa “kedudukan anak luar kawin tersebut akan diatur lebih lanjut dalam suatu peraturan pemerintah yang sampai saat ini belum diundangkan oleh pemerintah.” Maka dari itu, berdasarkan pasal 66 Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang perkawinan, maka berlakulah ketentuan yang lama dalam hal KUH Perdata. Dengan demikian kedudukan anak luar nikah secara hukum setelah berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan tetap dibutuhkan suatu pengakuan untuk mewujudkan hubungan keperdataan antara seorang anak luar nikah dengan kedua orang tuanya.

Anak luar nikah dapat juga disahkan yang telah diakui menurut Undang-Undang:

1. Apabila anak tersebut lahir dari orang tua, karena suatu kematian salah seorang dari mereka, maka perkawinan mereka dibatalkan
2. Bila anak itu dilahirkan oleh seorang ibu, yang termasuk golongan Indonesia atau yang disamakan dengan golongan itu; bila ibunya meninggal dunia atau bila ada keberatan-keberatan penting terhadap pernikahan orang tua itu, menurut pertimbangan presiden²¹

Pengakuan terhadap anak luar nikah, dapat dilakukan dengan :

²⁰ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, hlm.50.

²¹ Kitab Undang Undang Hukum Perdata, hlm.48.

1. Pengakuan sukarela

Pengakuan sukarela yaitu : seseorang yang melakukan pengakuan dengan cara yang telah ditentukan Undang-undang, bahwa seorang anak yang telah dilahirkan yaitu anak dari ayah (ibunya) diluar pernikahan, dengan adanya pengakuan, sebagaimana diatur dalam pasal 280 KUH Perdata, maka timbulah hubungan perdata antara si anak dan si ayah (ibu) yang telah mengakuinya, dengan cara-cara yang diatur dalam pasal 281 KUH Perdata, bahwa pengakuan sukarela dapat dilakukan yaitu :

- a. Dalam akta kelahiran si anak menurut pasal 281 ayat (1) KUH Perdata, untuk dapat mengakui seorang anak luar kawin bapak atau ibunya dan atau kuasanya berdasarkan kuasa otentik harus menghadap dihadapan pegawai catatan sipil untuk melakukan pengakuan terhadap anak luar kawin tersebut.
- b. Pengakuan terhadap anak luar kawin dapat pula dilakukan pada saat perkawinan orang tuanya berlangsung yang dimuat dalam akta perkawinan sebagaimana diatur dalam pasal 281 ayat (2). Jo Pasal 272 KUH Perdata. Pengakuan ini akan berakibat si anak luar kawin akan menjadi seorang anak sah.
- c. “Pengakuan terhadap anak luar kawin dapat dilakukan dalam akta otentik seperti akta notaris.” sebagaimana diatur dalam pasal 281 ayat (1) KUH Perdata
- d. Dengan akta yang dibuat oleh pegawai catatan sipil, yang dibutuhkan dalam register kelahiran catatan sipil menurut hari penganggalanya sebagaimana diatur dalam pasal 281 ayat (2) KUH Perdata.

2. Pengakuan Paksaan

Pengakuan anak luar kawin dapat terjadi secara paksaan, yaitu dapat dilakukan terhadap anak yang lahir diluar pernikahan itu, dengan cara mengajukan gugatan kepada bapak atau ibu anak tersebut ke Pengadilan Negeri, supaya anak di luar nikah dapat di akui oleh kedua orang tuanya, ketentuan ini telah diatur dalam pasal 287-289 KUH Perdata.

Menurut KUH Perdata ahli waris yang berhak mewaris dapat di bagi menjadi 4 golongan yaitu :

- a. Golongan I : Anak, atau keturunannya dan janda atau duda, yang jumlah bagiannya ditetapkan di dalam pasal 852, 852a, 852b, dan 515 KUH Perdata.
- b. Golongan II : Orang tua (bapak/ibu), saudara-saudara atau keturunannya, yang jumlah bagiannya ditetapkan dalam pasal 854, 855, 856, dan 857 KUH Perdata.
- c. Golongan III : Kakek dan nenek, atau leluhur dalam garis lurus terus ke atas, yang jumlah bagiannya ditetapkan di dalam pasal 853, 858 ayat (1) KUH Perdata.
- d. Golongan IV : Sanak Keluarga di dalam garis menyamping sampai tingkat ke-6 yang jumlah bagiannya ditetapkan didalam pasal 858 ayat (2), 861, 832, ayat (2), 862, 863, 864, 856 dan 866 KUH Perdata.

Perjanjian-perjanjian yang dapat digunakan dan dibuat untuk menyelesaikan sengketa waris apabila terdapat anak luar nikah adalah dengan membuat :

1. Akta pembatalan, merupakan akta yang memuat kesepakatan para ahli waris untuk membatalkan akta pembagian waris yang sebelumnya sudah pernah dibuat, untuk setelahnya dibuat akta pembagian waris yang baru, dalam akta ini anak luar nikah yang

- dahulu belum terdaftar sebagai ahli waris, dicantumkan sebagai ahli waris dengan bagian sesuai yang telah ditetapkan oleh undang-undang;
2. Akta perdamaian, akta ini merupakan penyelesaian sengketa waris dengan cara musyawarah yang merupakan kesepakatan ahli waris dan membagi waris sesuai Undang-undang.
 3. Akta perjanjian pelepasan hak tuntutan, pembuatan akta ini merupakan solusi dari sengketa hak waris dalam pewarisan yang didalamnya terdapat anak luar kawin yang dahulu pada saat pembuatan akta pembagian waris tidak terdaftar sebagai ahli waris dan tidak memperoleh haknya. Akta perjanjian pelepasan hak tuntutan, dibuat tanpa membatalkan akta pembagian waris yang telah dibuat, melainkan dalam akta ini anak luar nikah tersebut membuat pernyataan bahwa anak tersebut telah melepaskan segala haknya atas harta warisan dan tidak akan menuntut ahli waris lain atas harta warisan. Dalam akta ini juga diperjanjikan untuk itu si anak luar nikah mendapatkan ganti rugi dari ahli waris yang lain sesuai dengan kesepakatan diantara para ahli waris.

D. Landasan Hukum dalam Perkara Hak Asuh Anak Akibat Perceraian

1. Menurut Al-Qur'an

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيَمَ الرِّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۚ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۚ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ [٢:٢٣٣]

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

Ayat tersebut menyimpan arti tanggungjawab orang tua terhadap anaknya, baik ayah maupun ibu untuk membimbing anak mereka. Seorang ibu memiliki kewajiban menyusui dan ayah bertanggungjawab atas hal nafkah kepada ibunya agar ibunya dapat menyusui anaknya. Ayat tersebut menerangkan bahwa anak diberikan pakaian, makanan dan tempat tinggal sesuai kemampuan ibu bapaknya²²

2. Menurut Kompilasi Hukum Islam

Hubungan keperdataan anak kepada bapaknya (baik bapak biologisnya meskipun yang bukan bapak biologisnya) yang dijelaskan dalam Pasal-Pasal Kompilasi Hukum Islam mulai dari pasal 99 sampai dengan pasal 103 yang berbunyi :

Hubungan keperdataan anak kepada bapaknya (baik bapak biologisnya meskipun yang bukan bapak biologisnya) yang dijelaskan dalam Pasal-Pasal Kompilasi Hukum Islam mulai dari pasal 99 sampai dengan pasal 103 yang berbunyi :

“1. Pasal 99 : “Anak yang sah adalah :

- 1) Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah.
- 2) Hasil pembuahan suami isteri yang sah diluar Rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.”

²² Musdah Mulia, *Islam dan Hak Asasi Manusia : Konsep dan Implementasi*, (Yogyakarta : Naufan Pustaka, 2010), hlm. 178.

2. Pasal 100: “Anak yang lahir diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.”

3. Pasal 101: “Seorang suami yang mengingkari sahnya anak, sedang isteri tidak menyangkalnya, dapat meneguhkan pengingkaranya dengan li’an.”

4. Pasal 102:

3) Suami yang akan mengingkari seorang anak yang lahir dari istrinya, mengajukan gugatan kepada Pengadilan Agama dalam jangka waktu 180 hari sesudah hari lahirnya atau 360 hari sesudah putusnya perkawinan atau setelah suami itu mengetahui bahwa istrinya melahirkan anak dan berada ditempat yang memungkinkan dia mengajukan perkaranya kepada Pengadilan Agama.

4) Pengingkaran yang diajukan sesudah lampau waktu tersebut tidak dapat diterima

5. Pasal 103:

1) Asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran atau alat bukti lainnya.

2) Bila akta kelahiran atau alat bukti lainnya yang tersebut dalam ayat (1) tidak ada, maka Pengadilan Agama dapat mengeluarkan penetapan tentang asal-usul seorang anak setelah mengadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang sah.

3) Atas dasar ketetapan Pengadilan Agama yang tersebut dalam ayat (2), maka instansi pencatat kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan Agama tersebut mengeluarkan akta kelahiran bagi anak yang bersangkutan.”²³

²³ Lihat pasal 99-103 Kompilasi Hukum Islam.

3. Menurut UU No 23 pasal 1 ayat 12

Yang berbunyi :

“Hak anak adalah bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan Negara”

Pemeliharaan terhadap anak sangatlah penting, maka dari itu dalam suatu permasalahan anak, Islam meletakkan dua landasan utama *pertama* : kedudukan dan hak-hak anak; *kedua* pembinaan sepanjang pertumbuhannya²⁴. Pemeliharaan anak dalam konteks kehidupan modern dalam kehidupan manusia perlu diperhatikan, karena pemeliharaan anak perlu dipahami secara lebih leluasa dan menyeluruh, pada pernyataan ini agar orang tua tidak hanya memprioritaskan kewajiban dalam terpenuhinya materil si anak saja, akan tetapi harus lebih dari itu yaitu diungkapkan melalui cinta dan kasih sayang dari orang tua terhadap anaknya karena dari cinta dan kasih sayang tersebut dapat membentuk kepribadian anak menjadi lebih baik, apabila hal tersebut tidak terpenuhi maka anak tersebut akan mendapatkan hal-hal negatif dari pergaulan anak tersebut ketika keluar dari rumah²⁵

²⁴ Hasbi Ash-Shidiqiyah, *Pedoman Rumah Tangga*, (Medan : Pustaka Maju, t.t), hlm. 40.

²⁵ Ali Yafie, *Teologi Sosial Telaah Kritis terhadap Persoalan Agama dan Kemanusiaan*, (Yogyakarta: LKPSM, 1997), cet. Ke-1, hlm.7.