

HAK WARIS ANAK LUAR KAWIN DALAM PERSPEKTIF HAK ASASI ANAK

Oleh :

Dr. H. Bahruddin Muhammad

ABSTRACT

Pada tahun 2012 yang lalu, lembar sejarah Hukum Perkawinan di Indonesia diwarnai oleh suasana ketegangan, atas putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, menyangkut hak waris anak luar perkawinan. Berdasarkan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang menyatakan "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya," bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menurut Mahkamah Konstitusi Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Dengan putusan tersebut, maka kedudukan dan hak anak luar perkawinan termasuk hak anak biologis dalam hukum perkawinan dan hukum kewarisan memiliki kedudukan dan hak yang sama sebagaimana anak sah (hasil perkawinan yang sah).

Putusan MK tersebut menimbulkan pertentangan norma hukum dan konsep terutama dengan norma agama dan konsep hak waris yang berlaku di Indonesia. Menurut norma agama, anak luar perkawinan termasuk anak zina tidak berhak atas harta waris, sebab secara normatif anak tersebut tidak memiliki *nasab* yang diakui secara *de jure*. Sementara menurut MK, anak luar perkawinan termasuk anak zina mendapatkan hak waris karena dianggap memiliki *nasab* terhadap ayah biologisnya yang diakui secara *de facto* berdasarkan teknologi dan ilmu pengetahuan.

1. Pendahuluan

Sesuai hukum sahnya perkawinan, anak luar perkawinan merupakan anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah. Menurut hukum perkawinan yang berlaku di Indonesia, perkawinan dapat disebut sebagai perkawinan yang sah jika memenuhi dua ketentuan norma hukum, yaitu berdasarkan agama dan kepercayaan yang dianut para pihak dan dicatat dalam dokumen otentik yaitu dalam buku register pencatatan perkawinan. Perkawinan dituntut sah menurut agama (syariat islam) dan sah menurut yuridis (peraturan perundang-undangan perkawinan). Untuk melihat kedudukan dan hak-hak anak hasil dari sebuah perkawinan, tentu bergantung pada dua norma di atas. Demikian halnya dengan kedudukan dan hak-hak anak luar perkawinan, juga bergantung pada sah tidaknya perkawinan sebagaimana dua norma hukum yang berlaku tersebut.

Pada tahun 2012 yang lalu, lembar sejarah Hukum Perkawinan di Indonesia diwarnai oleh suasana ketegangan, atas munculnya putusan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disingkat MK) Republik Indonesia yang menyangkut hak waris anak luar perkawinan. MK Republik Indonesia telah mengabulkan uji materi Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disingkat UUP) yang diajukan oleh Machica Mochtar yang telah melakukan pernikahan *sirri*.¹ Berdasarkan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019) yang menyatakan "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya," bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 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. Menurut Mahkamah Konstitusi Pasal 43 ayat (1) UUP tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Berdasarkan putusan tersebut, maka kedudukan dan hak anak luar perkawinan termasuk hak anak biologis dalam hukum perkawinan *sirri* dan hukum kewarisan memiliki kedudukan dan hak yang sama sebagaimana anak sah (hasil perkawinan yang sah).

Bertolak dari uraian di atas, putusan MK memunculkan berbagai persoalan terutama jika ditinjau dalam perspektif hak asasi anak. Persoalan tersebut diawali dengan sebuah pertanyaan bagaimana kedudukan dan hak-hak asasi anak yang sesungguhnya berkaitan dengan kedudukan dan hak waris anak luar perkawinan termasuk hak waris anak biologis, dan apakah prinsip-prinsip hak-hak dasar (fitrah-universal-permanen) manusia mampu menggeser kedudukan dan hak-hak anak? Untuk mengkaji dan menganalisis, masalah putusan MK akan ditinjau melalui asas persamaan derajat manusia (termasuk anak) di depan hukum dan teori hermeneutika *double movement*.

¹Pernikahan *sirri* dalam arti perkawinan yang sah berdasarkan syarat dan rukun nikah sebagaimana syariat Islam, namun tidak dicatat dalam buku registrasi perkawinan.

2. Terminologi Anak dan Hak Asasi Anak

Menurut agama, manusia adalah makhluk yang mulia yang diberikan potensi keunggulan dibandingkan makhluk lainnya.² Agama Islam memposisikan anak sebagai amanah Allah SWT. Anak adalah manusia yang memiliki nilai kemanusiaan yang tidak bisa dihilangkan dengan alasan apapun. Secara etimologi, anak disebut juga dengan *walad*, satu kata yang mengandung penghormatan, sebagai makhluk Allah yang sedang menempuh perkembangan sebagai hamba Allah SWT yang saleh.³ Kata *al-walad* dipakai untuk menggambarkan adanya hubungan keturunan, sehingga kata *al-walid* dan *al-walidah* diartikan sebagai ayah dan ibu kandung atau biologis. Berbeda dengan kata *ibn* yang tidak mesti menunjukkan hubungan keturunan dan kata *al-ab* tidak berarti mesti ayah kandung.⁴ Menurut Hamka, anak ialah aliran dari air dan darah orang tuanya.⁵

Menurut hukum Islam, kedudukan/status anak bermacam-macam, sesuai dengan sumber asal-usul anak itu sendiri. Sumber asal itulah yang akan menentukan kedudukan status dan hak seorang anak. Adapun kedudukan/status anak dalam hukum Islam adalah anak kandung, anak angkat, anak susu, anak pungut, anak tiri, dan anak luar nikah (anak luar perkawinan). Masing-masing anak tersebut diatas, mendapat perhatian khusus dalam syariat Islam yang menentukan kedudukan/statusnya, baik dalam keturunan dan kewarisan, maupun perwalian.⁶

M. Nasir Djamil mengemukakan hak-hak anak menurut Islam,⁷ yaitu berupa pemeliharaan atas hak beragama (*hifdzu al-dien*), pemeliharaan hak atas jiwa (*hifdzu al-nafs*), pemeliharaan atas akal (*hifdzu al-aql*), pemeliharaan atas harta (*hifdzu al-mal*), pemeliharaan atas keturunan/nasab (*hifdzu al-nasl*) dan

² QS. 2 ayat 30, QS.17 ayat 70 dan QS.49 ayat 13.

³ Pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir dikalangan sahabat Nabi Muhammad SAW dalam penafsiran kata-kata *walad* pada QS al-Nisa ayat 176 yang mempunyai pengertian mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Pandangan ini sangat berbeda dengan *ijma* para fuqaha dan ulama yang di anut selama ini, bahwa yang dimaksud dengan *walad* dalam ayat tersebut hanya anak laki-laki saja, tidak termasuk anak perempuan. Namun demikian, pengertian *walad* dalam *nasab* bisa berarti laki-laki dan juga bisa berarti perempuan. Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Maktabah al-Dakwah al-Islamiyah Shabab al-Azhar, 1990), hlm.95.

⁴M. Quraish Shihab, *Tafsir al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian al-Qur'an*, Jilid XV, (Jakarta: Lentera Hati, 2004), hlm. 614.

⁵Hamka, *Tafsir al-Azhar, Juz XXI-XXII*, (Jakarta:Pustaka Panji Mas, 1988), hlm. 195.

⁶Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, (Jakarta: Lentera, 2007), hlm. 388.

⁷M. Nasir Djamil, *Anak Bukan Untuk diHukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), hlm. 20.

kehormatan (*hifdzu al-'ird*). Dari berbagai hak-hak anak yang dijamin oleh agama, maka hak anak dalam pandangan Islam memiliki aspek yang universal terhadap kepentingan anak. Berdasarkan KHI, hak-hak anak diatur dalam BAB XIV tentang pemeliharaan anak yang meliputi tentang hak asuh (*hadhanah*) anak, BAB XV tentang perwalian anak dan pada Pasal 172 dan Pasal 176 tentang hak atas pembagian waris serta Pasal 186 tentang hak waris bagi anak luar perkawinan. Pasal 186 KHI menyatakan, bahwa anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan saling mewaris dengan ibunya dan keluarga dari pihak ibunya.

Berdasarkan konsideren Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, bahwa anak adalah amanah dan karunia dari Tuhan Yang Maha Esa, yang dalam dirinya melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya. Anak adalah tunas, potensi dan generasi muda penerus cita-cita perjuangan bangsa, memiliki peran strategis dan mempunyai ciri dan sifat khusus yang menjamin kelangsungan eksistensi bangsa dan Negara pada masa depan. Melalui Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tersebut, jaminan hak anak dilindungi, bahkan dibentuk Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) yang memiliki tanggung jawab untuk meningkatkan efektivitas perlindungan anak. Namun, untuk menentukan batas usia dalam hal definisi anak, maka kita akan mendapatkan berbagai macam batasan usia anak mengingat beragamnya definisi batasan usia anak dalam beberapa Undang-Undang.⁸ Sementara itu, mengacu pada Konvensi PBB tentang Hak Anak (*Convention on the Right of the Child*), anak berarti setiap manusia di bawah umur 18 tahun, kecuali menurut Undang-Undang yang berlaku pada anak, kedewasaan dicapai lebih awal.

Sebagai manusia, anak memiliki hak konstitusional yaitu Hak Asasi Manusia (HAM). HAM merupakan hak-hak dasar yang melekat pada diri manusia yang mencerminkan martabatnya, yang harus memperoleh jaminan hukum, dan

⁸ Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, menyaratkan usia perkawinan 16 tahun bagi perempuan dan 19 tahun bagi laki-laki; Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak mendefinisikan anak berusia 21 tahun dan belum pernah kawin; Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak mendefinisikan anak adalah orang yang dalam perkara anak nakal telah berusia delapan tetapi belum mencapai 18 tahun dan belum pernah kawin; Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyebutkan bahwa anak adalah seseorang yang belum berusia 18 tahun dan belum pernah kawin; Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan membolehkan usia bekerja 15 tahun; Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional memberlakukan Wajib Belajar 9 Tahun, yang dikonotasikan menjadi anak berusia 7 sampai 15 tahun.

hanya dapat efektif apabila hak-hak itu dapat dilindungi hukum.⁹ Sesuai Pasal 1 DUHAM, bahwa semua manusia dilahirkan merdeka, mempunyai martabat dan hak-hak yang sama. Setiap orang dikarunia akal dan hati, oleh karenanya setiap orang hendaknya bergaul satu sama lain dalam persaudaraan. Pasal 1 DUHAM ini merupakan suatu pernyataan umum mengenai martabat yang melekat dan kebebasan serta persamaan manusia (non-diskriminatif), sebagai nilai normatif konsep hak-hak asasi manusia. Hak atas semua hak dan kebebasan tanpa pengecualian apapun. Maksud persamaan non-diskriminasi dalam DUHAM adalah perbedaan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pandangan lain, asal usul kebangsaan atau kemasyarakatan, hak milik dan lain-lain termasuk asal usul kelahiran maupun status. Prinsip non-diskriminasi adalah suatu konsep utama dalam hukum HAM. Prinsip ini dinyatakan dalam semua instrument pokok HAM. Menurut Pasal 6 DUHAM bahwa setiap orang berhak atas pengakuan didepan hukum sebagai manusia secara pribadi di mana saja ia berada.¹⁰ Hak atas pengakuan di depan hukum ini, dijelaskan lebih eksplisit dalam Pasal 7 DUHAM yaitu: setiap orang sama di depan hukum dan berhak atas perlindungan hukum yang sama tanpa diskriminasi. Semua berhak atas perlindungan yang sama terhadap setiap bentuk diskriminasi yang bertentangan dengan deklarasi HAM, dan terhadap segala hasutan yang mengarah pada diskriminasi. Ketentuan persamaan di muka hukum mengandung 3 aspek yaitu, persamaan di muka hukum, perlindungan hukum yang sama, dan perlindungan dari diskriminasi berdasarkan apapun.

Berdasarkan konvensi hak-hak anak di atas, hak-hak anak secara umum dapat dikelompokkan dalam 4 (empat) kategori hak-hak anak,¹¹ antara lain yaitu hak untuk kelangsungan hidup (*The Right To Survival*), hak terhadap perlindungan (*Protection Rights*), hak untuk tumbuh kembang (*Development Rights*), hak untuk berpartisipasi (*Participation Rights*). Sementara itu, hak anak menurut Pasal 4 sampai dengan Pasal 18 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002

⁹Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, (Bandung: PT. Refika Aditama, 2010), hlm. 8.

¹⁰ Instrumen tentang HAM ini juga terdapat pada Pasal 16 Kovenan Internasional Tentang Hak-hak Sipil dan Politik, Dalam Deklarasi Amerika tentang hak dan tanggung jawab manusia baik Konvensi Amerika dan Piagam Afrika. Lihat *Instrumen Internasional Hak Azasi Manusia*, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2006), hlm. 95.

¹¹ Mohammad Joni dan Zu'chaina Z. Tanamas, *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 35.

tentang Perlindungan Anak, antara lain adalah hak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, hak memperoleh identitas diri dan status kewarganegaraan, hak untuk beribadah menurut agamanya, hak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri, hak memperoleh pelayanan kesehatan, hak memperoleh pendidikan dan pengajaran, hak menyatakan dan didengar pendapatnya, hak untuk beristirahat, hak bergaul, hak bermain, hak mendapat perlindungan dari diskriminasi dan eksploitasi, hak untuk diasuh oleh orang tuanya sendiri,¹² hak mendapatkan perlakuan secara manusiawi, dan hak mendapatkan bantuan hukum.

R. Soetojo Prawirohamidjojo menyatakan, bahwa tiap-tiap manusia itu berstatus sebagai orang dalam hukum. Tiap-tiap manusia berwenang untuk mempunyai hak-hak, khususnya berwenang untuk mempunyai hak-hak keperdataan. Dalam hukum perdata tiap-tiap manusia mempunyai hak-hak yang sama dan terlepas dengan hak ketatanegaraan.¹³ Terkait dengan hak seorang anak, pada umumnya kewenangan seorang anak dalam perspektif BW dimulai pada saat kelahirannya. Pengecualian tersimpul dalam Pasal 2 BW yang menyatakan bahwa anak yang masih dalam kandungan dianggap telah dilahirkan kalau kepentingannya memerlukan. Tetapi, kalau anak itu dilahirkan mati, maka anak tersebut dianggap tidak pernah ada. Inilah yang dikatakan orang sebagai *fictie*.

3. Hak Anak Pasca Putusnya Perkawinan

Putusnya sebuah ikatan perkawinan memiliki berbagai akibat hukum. Akibat hukum ini muncul sebagai bentuk hubungan hak dan kewajiban yang disebabkan oleh adanya sebuah hubungan antara subyek hukum. Akibat hukum yang ditimbulkan biasanya digolongkan menjadi dua aspek yaitu bersifat materiil dan bersifat immateriil. Sesuai Pasal 113 KHI, perkawinan dapat putus karena tiga peristiwa, yaitu karena kematian, perceraian dan atas putusan pengadilan.

¹²Kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir.

¹³R. Soetojo Prawirohamidjojo dan Asis Safioedin, *Hukum Orang dan Keluarga*, (Bandung: Alumni, 1986), hlm 2.

Tiga peristiwa hukum yang menyebabkan putusanya tali perkawinan memiliki implikasi hukum masing-masing.

Berkaitan dengan kedudukan anak, akibat hukum putusanya perkawinan yang disebabkan oleh kematian, menimbulkan hubungan hukum berupa hak dan kewajiban atas pembagian *tirkah* (harta warisan), baik dalam bentuk wasiat maupun dalam bentuk warisan dan hak kesejahteraan lainnya. Adapun akibat hukum putusanya perkawinan yang disebabkan oleh perceraian baik cerai talak maupun cerai gugat menimbulkan hubungan hukum berupa hak nafkah, *hadhanah*, perwalian dan kesejahteraan lainnya, baik materiil maupun immateriil. Oleh sebab itu, hak-hak anak secara umum, baik anak yang lahir dari perkawinan yang sah maupun yang tidak sah sebagaimana dijelaskan dalam berbagai perspektif di atas, senantiasa melekat tidak hanya pada saat dilahirkan, tetapi melekat ketika sejak dalam kandungan hingga terlahir ke dunia sampai usia dewasa (matang).

4. Purifikasi Hak-Hak Anak Luar perkawinan

Secara harfiah purifikasi berarti pemurnian, penyucian, pembersihan.¹⁴ Konteks pemurnian biasanya digunakan dalam bidang aqidah dan ibadah. Dilihat dalam realitasnya, konteks purifikasi digunakan dalam dua macam sikap pemurnian. Pertama adalah pemurnian radikal dan yang kedua adalah pemurnian moderat yang lazim dikenal dengan istilah pembaharuan. Penggunaan *term* purifikasi dalam pembahasan tentang hak-hak anak, menitik beratkan kajian pada semangat memurnikan, dan menyucikan kembali kedudukan anak (tanpa terkecuali) yang selama ini telah hilang, dengan mengembalikan kedudukan anak ketempat semula baik secara normatif maupun biologis. Purifikasi juga ditujukan pada pemurnian bentuk, sikap dan kebiasaan (tradisi) perlakuan ayah kepada anak sebagai perwujudan kewajiban secara asasi (*kodrati-nature*) pula.

Anak merupakan amanat dan karunia dari Tuhan Yang Maha Esa. Sebagai amanat dan karunia-Nya, anak tidak pernah mewarisi dosa bawaan sebagai akibat dari perbuatan orang tuanya, sehingga anak tidak boleh mendapatkan

¹⁴ Lihat <http://pdm1912.wordpress.com/2010/05/28/tajdid-muhammadiyah-antara-purifikasi-dan-dinamisasi-mencari-format-intergrasi/>. diakses tanggal 8 juli 2013.

perlakuan diskrimanitif dalam situasi dan kondisi apapun. Kedudukan ini merupakan pencerminan status anak yang menempatkan nilai kesucian *fitrah* beragama sebagai posisi tertinggi dalam kehidupan manusia. *Fitrah* itulah, yang menjadikan faktor utama dalam memposisikan anak sebagai makhluk yang mulia, makhluk yang memiliki harkat, martabat, dan hak yang sama di hadapan Allah SWT, di hadapan manusia dan di hadapan hukum.

Berdasarkan prinsip tersebut, maka apapun statusnya, anak tetap sebagai seorang manusia yang memiliki hak dasar (*fitrah*) yang dilegitimasi oleh konstitusi serta nilai-nilai dan prinsip-prinsip agama. Oleh sebab itu, cara ber hukum dan cara pandang dalam menilai kedudukan anak serta cara memperlakukannya, sudah saatnya diperbaharui. Salah satunya yaitu dengan memurnikan kembali *status quo* anak baik secara yuridis maupun secara biologis.

Purifikasi sebagai salah satu gerakan pembaharuan terhadap reposisi status anak, dapat dianalisis melalui hermeneutika gerak ganda (*double movement*) yang dicetuskan oleh Fazlur Rahman.¹⁵ Penerapan teori *doublemovement* Fazlur Rahman, yakni untuk melihat secara langsung penerapan norma hukum tentang kedudukan anak yang muncul dalam konstruksi hukum kedudukan anak dan *social-setting* saat itu, kemudian diterapkan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 046/PUU-VIII/2010 pada konteks saat ini.¹⁶ Menurut Rahman, untuk menemukan sebuah keputusan hukum, berarti upaya memahami makna suatu teks atau preseden di masa lampau yang mengandung suatu aturan, dan mengubah aturan tersebut dengan cara memperluas atau membatasi, ataupun memodifikasinya dengan cara-cara

¹⁵Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum: Sejarah-Filsafat & Metode Tafsir*, (Malang: UB Press, 2011), hlm. 82-87.

¹⁶Teori *doublemovement* (gerak ganda) adalah membangun hubungan yang dialektis antara dua unsur yang terdapat dalam al-Qur'an yaitu wahyu ketuhanan yang suci di satu sisi dan sebagai sejarah kemanusiaan yang profane di sisi yang lain. Dua unsur inilah yang menjadi tema sentral metode Rahman. Caranya yakni dengan mendialogkan antara dua sisi tersebut agar nilai-nilai kewahyuan bisa selalu sejalan dengan sejarah umat manusia. Gerak pertama pada teori Rahman menghendaki makna al-Qur'an dalam konteks kesejarahan baik secara spesifik dimana kejadian itu berlangsung (mikro) maupun secara global bagaimana kondisi sekitar kejadian itu pada umumnya (makro). Dari sini bisa diambil pemahaman yang utuh tentang konteks normatif dan historis suatu ayat, maka timbullah istilah legal specific (practic temporal) dan moral ide (normative universal). Kemudian gerak kedua yang dilakukan adalah upaya untuk menerapkan prinsip dan nilai-nilai sistematik dan umum dalam konteks penafsiran pada era kontemporer yang tentunya mensyaratkan sebuah pemahaman yang kompleks terhadap suatu permasalahan. Disini terlihat keberanjakan Rahman dari metodologi *ushulfiqh* lama yang cenderung literalistik dan menurutnya perlunya penguasaan ilmu-ilmu bantu yang bersifat kealaman maupun humaniora agar para penafsir terhindar dari pemahaman yang salah. Fazlur Rahman, *Islam And Modernity: Transformation Of An Intellectual Tradition*, (Chicago And London: The University Of Chicago Press, 1982), hlm. 5. Lihat Mohamed Imran Mohamed Taib, *Fazlur Rahman (1919-1998): Perintis Tafsir Konstekstual*, (Singapore: The Reading Group, 2007), hlm.9-10. Lihat Abdul Halim, "Menimbang Paradigma Kontemporer Metode Pemikiran Hukum Islam," Makalah, 2004, hlm. 6.

yang lain sedemikian rupa sehingga suatu situasi baru dapat dicakup ke dalamnya dengan suatu solusi baru.¹⁷

Pada masa lalu, konsep hukum waris masih dibangun berdasarkan pembauran produk-produk fikih klasik dan tradisi lokal. Sebagai contoh untuk menggambarkan situasi pra Islam terlihat dalam kasus ketidakadilan gender. Pada masa Arab pra Islam, posisi wanita amat terpuruk dalam berbagai dinamika sosial. Pandangan ini terlihat nyata dengan munculnya sistem perbudakan yang diterapkan oleh raja-raja Romawi seperti Kaisar Nero, terutama perbudakan kepada kaum wanita. Arus keterpurukan kaum wanita semakin parah dan berlanjut ke jazirah Arab, ketika bangsa Arab primitif memang seprimitif nama bangsanya.¹⁸ Empat belas abad yang lalu, bangsa Arab menjadi bangsa yang sempurna jahiliyahnya.¹⁹ Kenyataan ini tampak, ketika mereka tidak memiliki kitab suci sebagai pedoman, dan menganut agama yang tidak jelas. Pada saat itu, bangsa jahiliyah tidak dapat membaca dan menulis, dan rata-rata buta huruf. Secara demografis, bangsa jahiliyah terdiri dari ratusan suku, sehingga kerap terjadi perselisihan dan saling perang karena berebut padang rumput dan sumber air.²⁰

Bentuk-bentuk perilaku bangsa Arab jahiliyah yang sangat fenomenal adalah maraknya perbudakan, terutama kepada kaum wanita. Wanita bangsa Arab yang dianggap budak, dapat di jadikan *borg* (barang gadai), sehingga dapat diperjualbelikan dan dapat dijadikan hadiah. Perilaku lain bangsa jahiliyah adalah ketika suami meninggal dunia dan isterinya (janda) masih muda dan cantik, maka boleh diwariskan menjadi isteri putra kandungnya. Tidak hanya itu, kedudukan wanita semakin tidak bernilai, ketika bangsa Arab memperlakukan bayi dan anak perempuan layaknya binatang. Bagi bangsa Arab, bayi atau anak perempuan adalah simbol kelemahan, disamping takut menjadi beban ekonomi. Sehingga sesuai tradisi bangsa Arab jahiliyah, bayi atau anak perempuan harus di kubur

¹⁷Fazlur Rahman, *Islam and Modernity: Transformation of Intellectual Tradition*, Op. Cit., hlm. 8.

¹⁸Hasan Ibrahim Hasan, *Tarikh al-Islam : al-Siyasi, wa al-Tsaqafi wa al-Ijtima'i*, (Kairo: Maktabah al-Mahdiyah, 1964), hlm. 2.

¹⁹Arti "jahiliyah" adalah tidak memiliki kesadaran, keramahtamahan budi luhur, belum mengamalkan pola pergaulan manusia dengan sewajarnya. Taufiqurrahman, *Sejarah Sosial Politik Masyarakat Islam*, (Surabaya: Pustaka Islamica, 2003), hal. 4. Lihat Fuad Muhammad Fahrudin, *Pemikiran Politik Islam*, (Jakarta; Pedoman Ilmu Jaya, 1988), hal. 13-14. Masyarakat jahiliyah bukan masyarakat yang tidak berbudaya, tetapi kurang beradab dalam menyukai hal yang bersifat duniawi, seperti berperang, bertanding dan wanita.

²⁰Ahmad Amin, *Fajar Islam*, Terj. Zaini Dahlan, (Jakarta; 1967), hal. 4. Lihat Philip K. Hitti, *Dunia Arab: Sejarah Ringkas*, (Bandung; Sumur Bandung, 1976), hlm. 13-14.

hidup-hidup.²¹

Ketidakadilan gender yang terjadi dibangsa Arab, juga tampak dalam pembagian harta waris (*tirkah*) yang didominasi kaum superioritas yaitu laki-laki. Lebih jelas gambaran sejarah atas masalah hak dan kedudukan wanita sebagai ahli waris, sebagaimana di uraikan Hammadah Abdul Ati yang menyatakan,²² bahwa dalam kehidupan masyarakat terdahulu, seperti yang berkembang pada masa keemasan Yunani dan Romawi, timbul kepercayaan yang sangat kokoh, bahwa harta kekayaan yang diperoleh keluarga tidak mungkin diperoleh tanpa pemujaan arwah leluhur dan dewa-dewa. Atau sebaliknya, pemujaan tidak bisa dilakukan tanpa harta kekayaan. Sedangkan yang berhak dan berkewajiban melakukan pemujaan ialah kaum laki laki. Sehingga yang berhak mewarisi harta kekayaan adalah lelaki, karena harta yang dimiliki keluarga adalah hasil yang tumbuh dari kegiatan pemujaan yang dilakukan laki laki. Pandangan ini selaras dengan sebuah jargon masyarakat Arab yang menyatakan "*La Nuritsu Man La Yarkabu Farasan wa La Yahmilu Kallan wa La Yanka'u 'Adwan.*" Artinya : "Kami tidak akan mewariskan kepada mereka yang tidak menunggang kuda, tidak memikul beban ekonomi dan tidak berperang melawan musuh."²³

Beranjak dari gambaran tentang situasi Arab, cara ber hukum pada masa setelahnya juga masih sangat dipengaruhi oleh pandangan-pandangan tradisi Arab. Konsep waris klasik menyatakan bahwa saudara kandung mendapatkan harta warisan dari saudaranya tidak terhalang oleh adanya anak perempuan. Prinsip waris semacam itu diduga kuat berasal dari praktik suku-suku Arab sebelum Islam. Tokoh suku biasanya berkewajiban mengurus anggota suku yang tidak mampu.

Contoh lain, dalam sistim patrenial abad pertengahan paman berkewajiban mengurus keponakan yang ditinggal wafat ayahnya sehingga anak yatim tidak memperoleh warisan. Pada zaman modern ini, situasi berbeda, paman-paman tidak menyukai tanggung jawab mengurus keponakan, jika seorang ayah wafat dan hanya meninggalkan seorang anak perempuan maka

²¹sebagaimana Umar bin Khattab yang pernah mengubur hidup-hidup putri kandungnya yang berusia 8 tahun.

²²Adnan Qohar, "Kedudukan Wanita Dalam sejarah Hukum Kewarisan," di Akses Tanggal 11 Oktober 2012.

²³J. Schacht, *Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence in Law in the Middle East*, (Washington; 1955), hlm. 29.

paman tidak memperoleh bagian dari saudara kandungnya karena terhalang dengan adanya anak perempuan.

Selanjutnya, gerakan pertama dikhususkan dalam menganalisis teks-teks hukum, yaitu dengan memahami terlebih dahulu arti atau makna suatu pernyataan (ayat) dengan mengkaji situasi atau problem historis di mana pernyataan al-Qur'an tersebut merupakan jawabannya. Orientasi gerak pertama mengkaji ayat-ayat spesifik dalam situasi-situasi spesifiknya, dan suatu kajian pada situasi makro dalam batasan-batasan masyarakat, agama, adat-istiadat, lembaga bahkan keseluruhan kehidupan masyarakat di Arabia pasca saat Islam datang dan khususnya Makkah dan Sekitarnya, harus dilakukan terlebih dahulu. Langkah kedua, adalah menggeneralisasikan respon-respon spesifik tersebut dan menyatakannya sebagai ungkapan-ungkapan yang memiliki tujuan moral-sosial umum, yang dapat "disaring" dan ungkapan ayat-ayat spesifik dalam sinaran latar belakang sosio-historis dan dalam sinaran *ratio legis* (illat hukum) yang sering dinyatakan. Langkah pertama yakni memahami makna dan suatu pernyataan spesifik sudah memperlihatkan kearah langkah kedua dan membawa kepadanya. Selama proses ini, perhatian harus ditujukan kepada ajaran al-Qur'an sebagai suatu keseluruhan, sehingga setiap arti tertentu yang dipahami setiap hukum yang dinyatakan, dan setiap tujuan yang dirumuskan akan koheren dengan yang lainnya. Al-Qur'an sendiri mendakwakan secara pasti bahwa "ajarannya tidak mengandung kontradiksi-dalam," melainkan koheren secara keseluruhan.²⁴Ide pokok yang terkandung dalam gerakan pertama sebagaimana dikutip di atas, barulah penerapan metode berpikir induktif: "berpikir pada ayat-ayat spesifik menuju kepada prinsip", atau dengan kata lain adalah berpikir dari aturan-aturan legal spesifik menuju kepada moral-sosial yang bersifat umum yang terkandung di dalamnya.²⁵

Penganalisisan terhadap purifikasi kedudukan anak, teori gerak pertama bertolak dari teks-teks dalam perspektif teks-teks normatif, konfigurasi politik

²⁴Gufron Ajib Mas'adi, *Ibid.*, hlm. 6.Fazlur Rahman, *Toward Reformulating the Methodology of Islamic Law*, dalam *International Law and Politics*, Volume 12, 1979, hlm. 221.

²⁵Terdapat tiga perangkat untuk dapat menyimpulkan prinsip moral-sosial. *Pertama* adalah perangkat 'illat hukm (*ratio legis*) yang dinyatakan dalam al-Qur'an dan Sunnah secara eksplisit; *kedua* adalah 'illat hukm yang dinyatakan secara implisit yang dapat diketahui dengan cara menggeneralisasikan beberapa ungkapan spesifik yang terkait; *ketiga* adalah perangkat *socio-historis* yang bisa berfungsi untuk menguatkan 'illat hukm implisit untuk menetapkan arah maksud-tujuannya, juga dapat berfungsi untuk membantu mengungkapkan 'illat hukm beserta tujuannya yang sama sekali tidak dinyatakan.

yang timbul dan *social setting* yang melingkupi pada masa teks-teks norma itu hadir. Teks tersebut antara lain adalah berkaitan dengan konsep *nasab*, dan konsep anak itu sendiri. Setelah menemukan gambaran riil tentang potret konsep *nasab* dan kedudukan anak pada masa lahirnya teks dan *social setting*, kemudian teori *double movement* mencoba menerapkan situasi dan kondisi tersebut dalam teori gerak kedua yang menganalisis makna kontekstual dari term-term di atas sesuai dengan situasi dan kondisi pada masa sekarang.

Nasab yaitu keturunan atau kerabat. *Nasab* merupakan pertalian kekeluargaan berdasarkan hubungan darah. Di dalam Al-Qur'an, kata *nasab* disebutkan dalam tiga tempat, yakni dalam QS. Al-Mukminun ayat 101, QS. Al-Furqan ayat 54, dan QS. Al-Nisa ayat 23. QS. Al-Mukminun ayat 101 menyatakan yang artinya :

Apabila sangkakala (terompet) ditiup maka tidak ada lagi pertalian *nasab* (*ansaba*) di antara mereka pada hari itu, dan tidak ada pula mereka saling bertanya.²⁶

Maskud *nasab* pada ayat di atas bahwa pada hari kiamat manusia tidak dapat tolong menolong walaupun dalam ikatan keluarga. Sedangkan *nasab* pada QS. Al-Furqan ayat 54 menyebutkan yang artinya :

Dan dia (pula) yang menciptakan manusia dari air, lalu dia jadikan manusia (*basyar*) itu mempunyai keturunan (*nasaban*) dan *mushaharah* (*shihran*) dan adalah Tuhanmu adalah Maha Kuasa.²⁷

Mushaharah pada ayat di atas adalah hubungan kekeluargaan yang berasal dari perkawinan, seperti menantu, ipar, mertua dan sebagainya. Dari pengertian tersebut, maka konsep *mushaharah* dan konsep *nasab* memang dua term yang berbeda. *Nasab* pada ayat di atas merupakan hubungan keturunan yang bersifat kodrati, melekat secara alami dan permanen, sedangkan hubungan *mushaharah* hanya bersifat sementara dan tidak permanen.

Penetapan *nasab* dan *mushaharah* dalam ayat-ayat di atas merupakan bangunan sistim keturunan dalam agama Islam. Hikmah dari penetapan *nasab* tersebut agar keturunan dari sebuah ikatan dapat ditata secara bersih dan tidak terjadi kerancuan. Penegasan *nasab* dan *mushaharah* di atas diterapkan dengan mengacu pada aturan atau petunjuk teknis yang terdapat dalam QS. Al-Nisa ayat

²⁶Al-Qur'an dan Terjemahnya, *Ibid.*, hlm. 538.

²⁷Al-Qur'an dan Terjemahnya, *Ibid.*, hlm. 567.

23.²⁸Ibu yang dimaksud pada ayat tersebut ialah ibu, nenek dan seterusnya ke atas dan yang dimaksud dengan anak-anak perempuan ialah anak perempuan, cucu perempuan dan seterusnya ke bawah, demikian juga dengan yang lain-lainnya. Sedangkan yang dimaksud dengan anak-anak isterimu yang dalam pemeliharaanmu menurut jumbuh termasuk juga anak tiri yang tidak dalam pemeliharannya.

Menurut Ibnu Mandzur,²⁹ *nasab* berarti *qarabah* yang artinya dekat. *Qarabah* (kerabat) dinamakan *nasab* dikarenakan ada hubungan dan keterkaitan yang sangat dekat. Konteks kebahasaan ini berasal dari perkataan masyarakat Arab yang menyatakan *nisbatuhu ilaa abiihi nasaban* (nasabnya kepada ayahnya). Ibnu Sikit berkata, *nasab* itu dari sisi ayah dan juga ibu. Sementara sebagian ahli bahasa mengatakan, *nasab* itu khusus pada ayah, artinya seseorang dinasabkan kepada ayahnya saja dan tidak dinasabkan kepada ibu kecuali pada kondisi-kondisi *exceptional*.

Sedangkan *nasab* menurut terminologi, setelah dilakukan banyak penelitian pada berbagai referensi dari 4 madzhab fiqih, maka tidak ditemukan tentang definisi terminologi (syar'i) terhadap *nasab*. Kebanyakan *yuris (fuqaha)* mencukupkan makna *nasab* secara umum yang digunakan pada definisi etimologinya, yaitu bermakna *al-qarabah baina syakhshoin* (kekerabatan diantara dua orang) tanpa memberikan definisi terminologinya. Menurut Al-Baquri yaitu ia *nasab* adalah *al-qarabah* (kerabat) yang artinya rahim. Lafazh ini mencakup setiap orang yang ada kekerabatan diantara kamu dengan orang tersebut, baik dekat maupun jauh, dari jalur ayah atau ibu.³⁰ Beberapa peneliti kontemporer berusaha memberikan definisi *nasab* dengan makna khusus yaitu kekerabatan dari jalur ayah dikarenakan manusia hanya dinasabkan kepada ayahnya saja.

²⁸Yang artinya: Diharamkan atas kamu mengawini ibu-ibumu: anak-anakmu yang perempuan, saudara-saudaramu yang perempuan, saudara-saudara bapakmu yang perempuan, saudara-saudara ibumu yang perempuan, anak-anak perempuan dari saudaramu yang laki-laki, anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan, ibu-ibumu yang menyusui kamu, saudara perempuan sepersusuan, ibu-ibu isterimu, anak-anak isterimu yang dalam pemeliharaan dari isteri yang telah kamu campuri, tetapi jika kamu belum campur dengan isterimu itu (dan sudah kamu ceraikan), maka tidak berdosa kamu mengawininya; dan diharamkan bagimu mengawini isteri-isteri anak-anak kandungmu; dan menghimpunkan dalam perkawinan dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang telah terjadi pada masa lampau; sesungguhnya allah maha Pengampun lagi Maha Penyayang. Al-Qur'an dan Terjemahnya, *Ibid.*, hlm. 120.

²⁹Ibnu Mandzur, *Lisan al-'Arab*, yang ditahqiq oleh 'Abdullah Aliy al-Kabir, Muhammad Ahmad Hasbullah, Hasyim Muhammad al-Syadzaliy, (Kairo; Darr al-Ma'arif, 1119), hal. 525.

³⁰Ibnu Mandzur, *Ibid.*, hlm. 525.

Berdasarkan uraian di atas, maka konsep *nasab* dalam konteks sistim keturunan terhadap ibu kandung, berlaku pada semua keadaan kelahiran. Namun tidak semua sistim penetapan *nasab* diakui sebagaimana *nasab* terhadap ibu. *Nasab* anak yang berasal dari keturunan bapak, tidak berlaku kecuali anak itu merupakan hasil perkawinan yang sah. Perkawinan yang sah bahwa anak tersebut hasil dari perkawinan yang dilaksanakan sesuai syariat Islam.

Pandangan tentang status anak dalam konteks hak asasi, ketika anak memiliki hak dasar berupa *fitriah*. *Fitrah* dalam hal ini adalah *fitriah* beragama yang menyakini dengan mengesakan Allah SWT sebagai Tuhan. Hal sesuai dengan Hadis yang berbunyi :

Seorang bayi tidak dilahirkan (ke dunia ini) melainkan ia berada dalam kesucian (*fitriah*). Kemudian kedua orang tuanyalah yang akan membuatnya menjadi Yahudi, Nasrani, ataupun Majusi.³¹

Hadis di atas merupakan prinsip asasi bagi seorang anak yang direnggut hak-haknya. Dalam perspektif asas persamaan derajat, ajaran Islam berkomitmen bahwa kedudukan manusia dalam konsep *fitriah* adalah sama meskipun dilatari oleh ras, suku, bangsa, usia, gender, asal usul anak. Klaim anak luar kawin atau anak zina sekalipun sebagai hubungan yang selalu dipisahkan dengan konsep *nasab* secara *de jure*. Anak zina adalah anak yang dilahirkan oleh ibunya melalui jalan yang tidak *syar'i*, atau anak dari hasil hubungan yang diharamkan.³² Mengenai hubungan *nasab* anak zina dengan ayah biologisnya, menurut seluruh *fuqaha'* sepakat jika seorang perempuan telah bersuami atau menjadi budak dari tuannya (*sayyid*), lalu dia mempunyai anak zina, maka anak itu tak dapat dinasabkan kepada ayah biologisnya. Anak itu

³¹Shahih Muslim, Hadist Nomor 4803. Lihat pula Hadist tentang *fitriah* dalam Shahih Muslim nomor 4804 yang artinya: Telah menceritakan kepadaku Abu Ath Thahir dan Ahmad bin 'Isa mereka berdua berkata; telah menceritakan kepada kami Ibnu Wahb telah mengabarkan kepadaku Yunus bin Yazid dari Ibnu Syihab bahwasanya Abu Salamah bin 'Abdurrahman mengabarkan kepadanya bahwasanya Abu Hurairah berkata; Rasulullah shallallahu 'alaihi wasallam bersabda: Seorang bayi tidak dilahirkan (ke dunia ini) melainkan ia berada dalam kesucian (*fitriah*). Lalu dia berkata; Bacalah oleh kalian firman Allah yang berbunyi: "tetaplah atas *fitriah* Allah yang telah menciptakan manusia menurut *fitriah*nya itu. Tidak ada perubahan atas *fitriah* Allah itulah agama yang lurus. (QS. Ar Ruum ayat 30 dan QS. Al-A'raf ayat 172). Redaksi Hadis tentang *fitriah* terdapat pula pada Hadis Nomor 4805, 4806, 4807, 4808, 4809, 4810, 4811, 4812, 4813.

³²Wahbah al-Zuhaili, *Al-Fiqh Al-Islami wa Adillatuhu*, Juz VIII, hlm. 430.

wajib dinasabkan kepada suami sah perempuan tadi, selama tak ada pengingkaran oleh suami dengan li'an.³³

Imam Ibnu Qudamah berkata, "Para ulama sepakat bahwa jika lahir seorang anak dari seorang perempuan yang berstatus istri dari seorang laki-laki, lalu ada laki-laki lain yang mengklaim itu anaknya, maka anak itu tak dapat dinasabkan dengan laki-laki lain tadi."³⁴ Ketentuan tersebut sebagaimana sabda Rasulullah SAW:

Anak itu adalah bagi pemilik *firasy* (laki-laki berstatus suami/pemilik budak), dan bagi yang berzina hanya mendapat batu.³⁵

Firasy secara harfiah artinya tempat tidur. Dalam Hadis ini *firasy* artinya perempuan yang sah digauli secara hukum, baik sebagai istri melalui nikah maupun sebagai budak perempuan (*milkul yamin*).³⁶ Adapun jika seorang perempuan tak bersuami atau bukan budak perempuan, lalu mempunyai anak zina, maka di sini ada perbedaan pendapat (*khilafiyah*). *Pertama*, jumhur ulama dari empat mazhab dan mazhab Zhahiri, berpendapat anak zina itu tak dapat dinasabkan kepada ayah biologisnya. *Kedua*, sebagian ulama, seperti Hasan Bashri, Ibnu Sirin, Ibrahim Nakha'i, Ishaq bin Rahawaih, juga Ibnu Taimiyah dan Ibnul Qayyim, berpendapat anak zina yang demikian itu sah dinasabkan kepada ayah biologisnya.³⁷

Pendapat jumhur berdalil antara lain dengan keumuman Hadis "*wa li 'aahir al hajar*" (bagi orang yang berzina hanya mendapat batu), yang maknanya pezina hanya mendapat kerugian (*khaibah*), yakni tidak dapat mengklaim anak zina sebagai anaknya.³⁸ Pendapat kedua berdalil bahwa Hadis "*al-walad li al-firasy*" hanya berlaku jika terjadi kasus rebutan klaim anak zina antara pemilik *firasy* (suami/pemilik budak) dengan laki-laki yang berzina. Dalam kondisi ini anak zina adalah hak pemilik *firasy*, bukan hak laki-laki yang berzina. Hal ini menurut mereka sejalan dengan *sababul wurud* Hadis tersebut, yaitu kasus

³³Wahbah Zuhaili, *Ahkam Al Aulad An Natijin an Az Zina*, hlm. 13; Ahmad Abdul Majid Husain, *Ahkam Walad Az Zina fi Al Fiqh Al Islami*, hlm. 28; M. Ra'fat Utsman, *Hal Yashihhu Nisbah Walad Az Zina ila Az Zani*, hlm. 8. Abdul Aziz Fauzan, *Hukm Nisbah Al Maulud Ila Abihi min Al Madkhul Biha Qabla Al 'Aqad*, hlm. 21.

³⁴Lihat Ibnu Qudamah, *Al-Mughni*, Juz IX, hlm. 123; Ibnu Abdil Barr, *At Tamhid*, Juz III, hlm. 569.

³⁵HR. Bukhari, Nomor 6749.

³⁶M. Rawwas Qal'ah Jie, *Mu'jam Lughah Al-Fuqaha*, hlm. 260.

³⁷Imam Kasani, *Bada As-Shan'ani*, Ju VI, hlm. 243; Imam Sarakhsi, *Al-Mabsuth*, Juz 17, hlm.154; Imam Maliki, *Al Mudawwanah Al Kubra*, Juz II, hlm.556; Imam Ibnu Qudamah, *Al-Mughni*, Juz IX, hlm. 123; Ibnu Hazm, *Al Muhalla*, Juz X, hlm. 142; Ibnul Qayyim, *Zadul Ma'ad*, Juz V, hlm. 425.

³⁸Ibnu Hajar Asqalani, *Fathul Bari*, Juz XII, hlm.36.

rebutan klaim anak zina dari seorang budak perempuan. Jadi jika anak zina lahir dari perempuan tak bersuami atau bukan budak, Hadis itu tak berlaku sehingga anak zina tak ada halangan untuk dinasabkan kepada ayah biologisnya.³⁹

Melihat berbagai pendapat hukum di atas, klaim tentang kedudukan *nasab* dan anak tampaknya masih didominasi oleh pemikiran, *pertama* bahwa *nasab* dan kedudukan anak didasarkan pada menguatnya dominasi sistim patrenial (kebapakan) dalam sistim konstruksi nasabnya. *Kedua*, menguatnya sanksi moral yang ditujukan kepada orang tua yang berbuat zina membentuk polarisasi sanksi sosial yang melekat kepada anak hasil perbuatan zina orang tuanya. Pandangan ini membentuk sebuah image tersendiri kepada kedudukan hukum anak terhadap hak-hak fitrahnya. *Ketiga*, pengakuan anak dimasa pra Islam maupun abad pertengahan, belum menemukan sistim teknologi yang dapat dijadikan landasan ijtihad dalam memutuskan sebuah hukum. Kekosongn instrumen teknologi pasti menjadi rintangan tersendiri dalam dunia ijtihad yang selalu menyeleraskan *ratiolegis* dengan berdasarkan fakta-fakta ilmu pengetahuan yang mutakhir. Padahal jika melihat bagaimana pola-pola pembuktian penetapan asal-usul anak di masa Nabi dan Sahabat, konteks norma yang dibangun membuka adanya sistim pembuktian-pembuktian nasab secara biologis, meskipun masih konservatif terbatas pada fisik-fisik luar yang terlihat.

Pada masa Rasulullah dan Sahabat untuk menentukan hubungan nasab yakni terlebih dahulu dengan melihat dari model perkawinan orang tua anak atau orang tersebut. Seorang laki-laki dan perempuan yang menikah dan melahirkan seorang anak, maka secara otomatis anak itu dinasabkan kepada kedua orang tuanya dengan catatan tidak ada pengingkaran oleh si suami. Misalnya jika seorang istri melahirkan anak yang berkulit hitam padahal kedua suami istri tersebut berkulit putih atau sebaliknya, maka di sini ada dua pendapat. Pertama sang suami boleh tidaknya mengakui anak tersebut, yaitu karena faktor kemiripan. Kedua suami tidak boleh menolak anak itu, karena mungkin ada kelainan atau penyakit pada anak itu. Untuk menyelesaikan masalah ini, dapat di bantu oleh seorang *qafah* (*al-qiyafah*), yakni seseorang yang ahli dalam

³⁹Ibnul Qayyim, *Zadul Ma'ad*, Juz V, hlm. 425.

menentukan *nasab* berdasarkan kemiripan jasmaniah. Sistem *al-qiyafah*,⁴⁰ yakni penelitian pakar menurut penglihatan bagian-bagian fisik pada bayi yang baru lahir serta melihat ciri-ciri jasmaniah anak tersebut. Salah satu contoh praktik *al-qiyafah* pada saat ini adalah seperti bentuk sidik jari. Melalui sidik jari tersebut, seseorang ditentukan bahwa inilah sebenarnya hubungan anak dan orangtuanya. Selain cara di atas, Islam juga menggunakan persaksian dan pengakuan (*iqrar*) untuk menentukan *nasab* seseorang. Teknik pembuktian dengan persaksian dan pengakuan dipergunakan untuk pengakuan anak atau pengesahan anak, dimana alasan utama dari pengakuan atau pengesahan itu ialah karena ada hubungan darah antara yang mengakui dengan anak yang diakui. Pengakuan anak/pengakuan *nasab* terbagi dua macam,⁴¹ yakni pengakuan anak oleh diri sendiri/pengakuan anak langsung, dan pengakuan anak oleh orang lain. Pengakuan anak oleh diri sendiri adalah jika seseorang menyatakan bahwa anak ini adalah anaknya, atau orang itu adalah ayahnya. Pengakuan seperti itu dapat diterima dengan empat syarat, yaitu anak yang diakui tidak diketahui nasabnya, pengakuan anak tersebut adalah pengakuan yang masuk akal/logis, tidak bertentangan dengan akal sehat,⁴² anak yang diakui menyetujui atau tidak membantah, dan anak tersebut belum ada hubungan *nasab* dengan orang lain. Artinya, jika pengakuan anak itu diajukan oleh seorang isteri atau seorang perempuan ber-*iddah*, maka disyaratkan adanya persetujuan dari suaminya tentang pengakuan itu.

Jika melihat konstruksi hukum yang dibangun pada masa kenabian dan terutama abad pertengahan, secara keseluruhan masih didominasi oleh pandangan dan metodologi konservatif dan berpijak pada sistem hukum dan tanggung jawab yang hidup dimasyarakat Arab. Konsep yang dibangun pada masa fikih klasik tentang kedudukan anak luar kawin yang diratifikasi dalam UUP dan KHI masih mengakomodir teori-teori kebenaran prosedural yuridis (*de jure*) dan membatasi kebenaran secara *de facto* yakni *nasab* biologis. Tentu bagaimana mungkin kebenaran substantif yang tercermin dalam kebenaran *de facto* (kenyataan) bahwa anak biologis memang mempunyai dan berasal dari

⁴⁰Abu Abdullah Muhammad bin Ahmad al Anshory al-Qurthuby, *Al-Jami'u li Ahkami al Qur'an*, Jilid VII, Juz 14. (tanpa penerbit, tanpa tempat, 1964), hlm. 286.

⁴¹<http://www.badilag.net/data/mengupas%20permasalahan%20istilahaq.pdf>.

⁴²Seperti perbedaan umurnya wajar, atau tidak bertentangan dengan pengakuan orang.

orang tua biologis, begitu saja disingkirkan tanpa mempertimbangkan resiko yang diterima oleh anak biologis. Hipotesis ini dapat terlihat bagaimana, cara padang berijtihad dan cara ber hukum para *fuqaha'* dalam menyelesaikan persoalan yang sarat dengan perwujudan nilai-nilai keadilan dan kemaslahatan terhadap hak anak yang tidak pernah berdosa tersebut.

Prinsip mendasar dalam kaidah ijtihad melalui purifikasi moderat (pembaharuan), menempatkan penemuan dan penetapan *'illat* hukum dan hikmah sebagai bahan dalam mengkonstruksi hukum. Cara atau metode untuk menentukan *'illat*, dikenal dengan *masalik al-'illat*, yakni sebagai *thariqat isbat 'illat al-hukm* (metode penetapan *'illat* pada suatu hukum).⁴³ Seluruh metode penetapan *'illat* di atas pada garis besarnya dapat dibedakan menjadi dua, yaitu *pertama* adalah metode penetapan *'illat* yang terkandung dalam sebuah hukum, dengan cara *sam'iyat* atau pemberitaan nash (dalam hal *'illat* dinyatakan secara eksplisit atau *'illat al-manshushat*), dan dengan cara *nazhar*-ijtihad dalam hal *'illat* tidak dinyatakan secara eksplisit atau *'illat al-mustambathat*. *Kedua* adalah metode penerapan *'illat* pada suatu fenomena hukum atau kasus (*al-waqi'at*) dalam lingkup socio-historis. *'Illat* hukum dari pengertian nasab dan penetapan nasab di masa pra Islam, kenabian dan pertengahan, maka disimpulkan bahwa konsep yang dijadikan ukuran dalam sebuah ikatan keturunan bukanlah konsep mushaharah melainkan pertalian darah. Sedangkan penetapan nasabnya sudah menjadikan teknologi *al-qiyafah* namun masih konservatif.

Pembuktian dan penetapan asal usul anak beserta hak-hak perdatanya, tidak cukup diketahui dari *illat* hukum berdasarkan normativitas dan historisitas dimasa lalu. *'Illat* hukum yang muncul dari kajian gerak pertama Fazlur

⁴³ Metode tersebut adalah *Al-Nash* adalah metode penunjukkan *'illat* secara eksplisit oleh al-Qur'an dan Hadits. *'Illat* semacam ini dinamakan *'illat al-manshushat*. *Al-Ima'* (indikasi), suatu cara menetapkan *'illat* berdasarkan indikasi melalui seperangkat cara tertentu, *al-Ijma'* cara menetapkan *illat* berdasarkan kesepakatan ulama atas *'illat* tersebut, *al-sibr wal-taqsim* (pengujian dan pengkajian) adalah cara penetapan *'illat* dengan menghimpun semua sifat yang ada pada asal (hukum) yang diperkirakan sebagai *illat* lalu mengadakan pengujian atasnya untuk menetapkan *'illat* yang lebih pantas. Tiga metode berikut ini, yakni *tahrij al-manath*, *tanqih al-manath* dan *tahrij al-manath*, merupakan istilah metodis yang dalam pemikiran ushul fiqh al-Amidi sebagai cara menetapkan *'illat* dengan penalaran ijtihad. *Tahrij al-Manath* adalah "penelitian dan pengkajian *illat* yang nash dan atau *ijma'* menunjukkan hukum tanpa disertai dengan penunjukkan *'illatnya*." *Tanqih al-manath* adalah "pengkajian dan penelitian untuk menetapkan sifat-sifat yang ditunjukkan oleh nash secara tidak tegas sebagai *'illat hukum* dengan cara mengabaikan sifat-sifat yang tidak cocok. Sedang *tahqiq al-manath* adalah penelitian untuk mengetahui dan memastikan adanya *'illat* pada *furu'* (kasus) yang akan diqiyaskan, baik *'illat* tersebut bersifat *manshushat* maupun *mustambathat*. Wahbah Al-Zuhaili menyebutkan 9 metode, Al-Qarrafī menuliskan 8 metode, sementara Khudhari Bik dan Wahab Khallaf hanya menyebutkan tiga metode yang termasyhur. Wahbah al-Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islamiy*, (Bairut: Dar al-Fikri, 1986), him. 661; Khudhari Bik, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, (Bairut: Dar al-Fikri, 1988), hlm. 325.

Rahman sebagaimana dijelaskan di atas, bahwa penetapan asal usul anak dalam sistim *nasab* masih dipengaruhi oleh sistim *mushaharah*. Padahal *mushaharah* dan *nasab* berbeda secara filosofis maupun konseptual. Prinsip penetapan anak yang dibangun oleh *fuqaha* sama sekali tidak melibatkan kajian telaah secara yuridis terutama jika dikaitkan dalam pola pembuktian asal usul anak. Padahal pembuktian asal-usul anak sangat membuka ruang untuk menguji keabsahan anak berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi.

Selanjutnya, tesis di atas perlu diuji dalam metode pendekatan *socio-historis* dimasa sekarang yaitu dengan merumuskan prinsip-prinsip umum, nilai-nilai, dan tujuan-tujuan al-Qur'an, yang disistimatisasikan melalui gerakan kedua Rahman. Gerakan kedua dilakukan dari pandangan umum (yakni, yang telah disistimatisasikan melalui gerakan pertama) menjadi pandangan-pandangan spesifik (*the specific view*) yang harus dirumuskan dan direalisasikan sekarang ini. Gerak kedua melahirkan rumusan spesifik Qur'ani dalam kehidupan aktual sekarang. Rumusan-rumusan tersebut akan menjadi pertimbangan bagi mujtahid dalam menetapkan pendapat-pendapat hukum yang adil dan benar yang mengalami interaksi dengan keadilan yang hidup di masyarakat.

Lahirnya putusan Mahkamah Konstitusi tentang hukum kedudukan anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat dan sah secara agama tentu bukan sebuah persoalan berat yang harus diselesaikan. Namun, putusan MK yang harus diuji lebih lanjut adalah akibat hukum terhadap kedudukan anak zina sebagai subyek hukum.

Jika melihat pada masa pra Islam dan masa Rasulullah, orang-orang Arab di masa jahiliyah menisbatkan orang lain dengan nasabnya dengan sesukanya, dengan jalan mengambil anak angkat. Seorang laki-laki boleh memilih anak-anak kecil untuk dijadikan anak, kemudian diproklamirkan. Maka si anak tersebut menjadi satu dengan anak-anaknya sendiri dan satu keluarga, sama-sama senang dan sama-sama susah dan mempunyai hak yang sama. Mengangkat seorang anak seperti ini sedikitpun tidak dilarang, kendati si anak yang diangkat itu jelas-jelas mempunyai ayah dan nasabnya pun sudah dikenal.

Bangsa Arab merupakan bangsa yang sangat memperhatikan dan menjaga nasab dan hubungan kekerabatan, karena mereka tidak lupa nenek

moyang mereka. Makanya mereka selalu mengaitkan nama mereka dengan bapak, dan kakek-kakek mereka ke atas. Oleh karena itu dalam nama mereka pasti ada istilah *bin* atau *ibnu* yang artinya anak. Nabi Muhammad SAW mengetahui nasabnya sampai beberapa generasi sebelumnya. Nasab beliau adalah Muhammad bin 'Abdullah bin 'Abdul-Muthalib bin Hasyim bin Abdul-Manaf bin Qushay bin Kilab bin Murrâh bin Ka'ab bin Luay bin Ghalib bin Fihri bin Malik bin Nadhar bin Kinanah bin Khuzaimah bin Mudrikah bin Ilyas bin Mudhar bin Nizar bin Ma'ad bin Adnan. Bukan hanya Nabi yang seperti itu, hampir seluruh orang-orang Arab mengetahui nasabnya masing-masing sampai beberapa generasi sebelumnya. Hubungan kekeluargaan dan persaudaraan diantara mereka sangat kuat.

Prilaku atau kebiasaan ini tentu sudah menjadi prinsip di kalangan bangsa Arab. Sehingga tradisi pengakuan nasab menjadi sebuah nilai yang sakral bagi bangsa Arab. Sikap ini juga membentuk spirit fanatisme terhadap kesukuan, sebab di kalangan bangsa Arab, margamerupakan gelar yang memiliki brand image dan kebanggaan tersendiri. Itu sebabnya tradisi tersebut hingga sekarang tegrkenal dengan namamarga seperti *al-athas*, *al-habsy*, *al-aydrus*, *al-alwi* dan lain-lain.

Tradisi pernasaban sebagaimana di atas, juga menjadi justifikasi sebagai identitas (administratif) seseorang. Dengan meletakkan *bin* atau *ibnu*, bangsa Arab meyakini atas asal-usul dan identitas anak tersebut. Sebab pada masa itu, sistim administrasi kependudukan secara memadai dan tertulis secara *establish* masih belum ada. Disamping *nasab* menjadi identitas kesukuan, karakteristik yang begitu menonjol tentang kuatnya prinsip *nasab* terhadap ayah (patrinial) dilatari oleh kuatnya keturunan gelar kebangsawanan (darah biru) dan lemahnya dominasi kaum perempuan. Disinilah terlihat sekali bagaimana percerminan ketidakadilan gender dalam prilaku bangsa Arab. Perlakuan diskriminatif terhadap kaum perempuan (isteri) dan anak tidak dapat dipisahkan dari menguatnya subordinasi kaum laki-laki waktu itu. Sebagai akibat dari sistim nasab tersebut, maka efek diranah sosiologis sangat memprihatinkan. Diantaranya isteri dan anak tidak mendapat bantuan dan pertolongan bila dirinya mengalami kesengsaraan, tidak memiliki tempat untuk mengadu dan meminta pertolongan

kecuali orang lain. Akhirnya timbullah kemiskinan, anak gelandangan, dan rawan terhadap pelanggaran hak-hak lainnya.

Hikmah mendasar dari pemikiran di atas bahwa, urgensi dan akibat hukum dari Putusan MK tentang hak waris anak ini dapat mengetahui asal usul anak secara akurat. Sebab di dalam berbagai Negara maju seperti Amerika, saat ini terjadi kerancuan *nasab* dalam penetapan asal usul anak, yakni banyak Anak Amerika yang tak mengetahui siapa ayah kandungnya. Baru-baru ini penelitian yang dilakukan *InspireResearch* beberapa kota di AS, menunjukkan seorang anak lebih mudah mengidentifikasi ibu kandungnya ketimbang sang ayah kandung. Amerika Serikat lebih tinggi karena banyak orang tinggal bersama tanpa ikatan suami istri, dan kemudian berpisah begitu saja. Dengan kata lain, banyak anak lahir di luar nikah, kata Prof. Michael Gilding dari *SwinburneInstitute*, seperti dikutip dari MSNBC. Penelitian tersebut menunjukkan bahwa 1 dari 10 orang anak di AS telah meragukan siapa ayah kandung mereka sebenarnya. Setidaknya atau 12 % dari anak laki-laki dan 10 % dari anak perempuan tidak mengetahui siapa ayah asli mereka. Dan bagi mereka yang ingin mengetahui identitas sang ayah, mereka harus melakukan tes DNA terlebih dahulu. Sebanyak 20 % responden dari semua jenis kelamin mengaku mempertanyakan kehadiran ayah mereka. Sedangkan, sebagian lagi mempertanyakan karena mereka sadar merasa butuh mengetahui sang ayah, untuk menjawab permasalahan sehari-hari dalam pergaulan. Saat ini, di negara barat, diperkirakan 1 sampai 4 % orang dari seluruh populasi anak, diasuh oleh bukan ayah kandung. Angka ini meningkat di Amerika Serikat diperkirakan berkisar 2 sampai 4 %, atau 2 kali lebih banyak dari Eropa.⁴⁴

Pada saat ini, *nasab* menjadi penting melebihi hak dan kewajiban atas *nasab* itu sendiri. Jangankan ayah biologis, dalam melindungi hak-hak perdata anak, Islam menetapkan dan membebaskan tanggung jawab tersebut pada keluarga orang tua, tetangga, bahkan dalam sebuah Negara yang mengakui hak-hak dasar manusia termasuk hak asasi anak menjadi kewenangan dan tanggung jawab sebuah Negara.

⁴⁴www.republika.co.id. Di akses tanggal 28 Juni 2013.

Kerancuan dari persoalan *nasab* tentu dipandang sebagai bahaya besar dalam dunia perkawinan, sebab jika konsep *nasab* ini tidak ditata berdasarkan instrumen hukum, akan banyak terjadi perkawinan-perkawinan sedarah yang diharamkan oleh agama disebabkan terputusnya *nasab* biologis. Putusan MK di atas tentu selaras dalam mewujudkan kebersihan keturunan melalui teknologi DNA sebagai basis dan metodologi penetapan *nasab* secara memadai, agar dalam banyak perkawinan tidak terjadi percampuran perkawinan senasab atau sedarah.

5. Kesimpulan

Beranjak dari analisis di atas, penulis menyimpulkan bahwa prinsip hak asasi anak, serta prinsip purifikasi *nasab* dan pembuktian *nasab*, telah menempatkan konstruksi hak anak biologis dan hubungan anak biologis dengan ayah biologis kepada struktur hubungan permanen yang tidak dapat bergeser dalam situasi dan kondisi apapun. Hal ini berdasarkan pada pemurnian status hubungan biologis sebagai hubungan yang bersifat kodrati (*nature*), dan berdasarkan reposisi anak ke dalam konsep *fitrah* yang menempatkan posisi anak sebagai amanah Tuhan yang memiliki hak dan kedudukan yang sama, sebagaimana anak sah.

6. Daftar Pustaka

- Abu Abdullah Muhammad bin Ahmad al Anshory al-Qurthuby, *Al-Jami'u li Ahkami al Qur'an*, Jilid VII, Juz 14. tanpa penerbit, tanpa tempat, 1964.
- Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Kairo: Maktabah al-Dakwah al-Islamiyah Shabab al-Azhar, 1990.
- Adnan Buyung Nasution, *Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat Islam dan Barat*, dalam M. Nasir Tamara dan Elza Peldi Tahir, *Agama Islam*, Jakarta: Prenada Kencana, 2000.
- Ahmad Amin, *Fajar Islam*, Terj. Zaini Dahlan, Jakarta; tanpa penerbit, 1967.
- Darwan Prinst, *Hukum Anak Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1997.
- Fazlur Rahman, *Islam And Modernity: Transformation Of An Intellectual Tradition*, Chicago And London: The University Of Chicago Press, 1982.
- Fuad Muhammad Fahrudin, *Pemikiran Politik Islam*, Jakarta; Pedoman Ilmu Jaya, 1988.
- Frans Hendra Winarta, *Advokat Indonesia: Citra, Idealisme dan Keprihatinan*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995.
- Gufon Ajib Mas'adi, *Pemikiran Fazlur Rahman Tentang Metodologi Pembaharuan Hukum Islam*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1998.
- Hasan Ibrahim Hasan, *Tarikh al-Islam : al-Siyasi, wa al-Tsaqafi wa al-Ijtima'i*, Kairo: Maktabah al-Mahdiyah, 1964.

- Ibnu Mandzur, *Lisan al-'Arab*, yang ditahqiq oleh 'Abdullah Aliy al-Kabir, Muhammad Ahmad Hasbullah, Hasyim Muhammad al-Syadzaliy, Kairo; Darr al-Ma'arif, 1119.
- Ibnu Qayyim al-Jauziyah, *I'lam al Muwaqqi'in*, Kairo: Maktabat al Kulliyat al-Azhariyyah, 1980.
- Instrumen Internasional Hak Azasi Manusia*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2006.
- Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum: Sejarah-Filsafat & Metode Tafsir*, Malang: UB Press, 2011.
- J. Schacht, *Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence in Law in the Middle East*, Washington; 1955.
- Khudhari Bik, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Bairut: Dar al-Fikri, 1988.
- Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak dalam Sistim Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, Bandung: PT. Refika Aditama, 2010.
- Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi manusia dalam Konstitusi Indonesia: Dari UUD 1945 sampai dengan Amendemen UUD 1945 Tahun 2002*, Jakarta : KencanaPrenada Media Group, 2005.
- M. Nasir Djamil, *Anak Bukan Untuk diHukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013.
- Mohamed Imran Mohamed Taib, *Fazlur Rahman (1919-1998): Perintis Tafsir Konstektual*, Singapore: The Reading Group, 2007.
- Mohammad Joni dan Zu'chaina Z. Tanamas, *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.
- M. Quraish Shihab, *Tafsir al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian al-Qur'an*, Jilid XV, Jakarta: Lentera Hati, 2004.
- Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, Jakarta: Lentera, 2007.
- Muh. Yamin, *Naskah Persiapan UUD 1945, Volume 1*, Jakarta: Yayasan Prapanca, 1959.
- Mukhlis Usman, *Kaidah-kaidah Ushuliyah dan Fiqhiyyah*, Jakarta: Gema Insani Press, 2000.
- Philip K. Hitti, Dunia Arab: Sejarah Ringkas*, Bandung; Sumur Bandung, 1976
- R. Soetojo Prawirohamidjojo dan Asis Safioedin, *Hukum Orang dan Keluarga*, Bandung: Alumni, 1986.
- Safroeddin, et.al, *Risalah sidang BPUPKI-PPKI tanggal 29 Mei 1945-22 Agustus 1945*, Jakarta: Sekretaris Negara Republik Indonesia, 1995.
- Taufiqurrahman, *Sejarah Sosial Politik Masyarakat Islam*, Surabaya: Pustaka Islamica, 2003.
- Wahbah al-Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islamiy*, Bairut: Dar al-Fikri, 1986.

Peraturan perundang-undangan

- Instruksi Presiden Nomor 01 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam
- Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 46/PUU-VIII/2010.
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
- Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak.
- Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.
- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan.
- Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistim Pendidikan Nasional.

Sumber Elektronik

<http://pdm1912.wordpress.com/2010/05/28/tajdid-muhammadiyah-antara-purifikasi-dan-dinamisasi-mencari-format-intergrasi>.

<http://www.republika.com>

Adnan Qohar, "Kedudukan Wanita Dalam sejarah Hukum Kewarisan."