

# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang Masalah

Dalam sebuah keluarga, kehadiran generasi penerus merupakan tambahan penting bagi kepribadian orang tua. Anak-anak adalah makhluk yang lemah namun mulia, yang datang dengan izin dan kehendak Allah melalui proses penciptaan. Mereka merupakan anugerah dari Allah kepada orang tua, sebagai berkah bagi semua makhluk, dengan harapan bahwa mereka akan menjadi pewaris ajaran Islam di masa depan. Oleh karena itu, setiap anak yang lahir harus diakui, dilindungi, dan dididik dengan penuh kasih sayang oleh kedua orang tua mereka.

Selanjutnya asal-usul tentang kelahiran seorang anak merupakan salah satu pondasi utama untuk menunjukkan silsilah hubungan keturunan (*nasab*) dengan orang tua anak tersebut. Para ulama telah mencapai kesepakatan anak-anak yang dilahirkan di luar ikatan perkawinan, baik secara formal maupun materiil, seperti anak-anak dari hubungan tanpa ikatan pernikahan (perzinaan) atau anak-anak yang dilahirkan dari hubungan yang disumpahi (*li'ān*)<sup>1</sup> orang tuanya hanya dapat memiliki kekerabatan hanya kepada pihak ibu kandung anak itu dan keluarga ibu kandungnya, hak adanya hubungan kekerabatan dari seorang anak yang dilahirkan

---

<sup>1</sup> *li'ān* adalah tuduhan dengan mengangkat sumpah jika seorang suami menuduh isterinya telah berbuat zina namun suaminya ini tidak mampu menghadirkan 4 (empat) orang saksi, sehingga suami harus bersumpah sebanyak 4 (empat) kali dengan menggunakan kata Allah SWT dan untuk kata sumpah yang kelima adalah dengan kalimat kesediaan menerima Laknat dari Allah SWT kepadanya,. *li'ān* ini telah diatur dalam Q.S surat Al-Nūr ayat (4) dan (6), Anak-anak yang lahir karena sumpah dari kedua orang tuanya hanya diakui secara hukum sebagai keturunan ibunya dan hanya memiliki hubungan keluarga yang diakui secara hukum dengan keluarga ibunya.

merupakan hak mendasar setiap anak yang sangat penting dan merupakan suatu hak mendasar yang dapat membekas pada perkembangan emosi, watak, pola pikir dan kesuksesannya. Sehingga sudah seharusnya anak tahu dengan jelas dan pasti tentang identitas keabsahan nasabnya.

Seorang anak secara fitrah<sup>2</sup> harus mendapatkan adanya jaminan rasa keadilan, kepastian hukum dan pengakuan dari orang tuanya dan anak-anak tersebut tidak dapat menanggung dosa, tidak dapat ditimpakan kesusahan maupun kemalangan yang disebabkan oleh warisan dari orang tuanya terdahulu, meskipun orang tuanya yang berbuat kesalahan yang disebabkan karena dalam pernikahan mereka yang tidak taat terhadap aturan-aturan hukum yang dapat melegitimasi pernikahan tersebut, namun hal demikian tidak harus ditanggung oleh anak-anak yang lahir dari pernikahan yang bermasalah ataupun pernikahan yang ternyata diketahui kemudian adanya kecatatan secara formil maupun materil, pernikahan *fāsid*, pernikahan yang salah satu rukun dan atau syaratnya ternyata tidak terpenuhi, perkawinan tidak tercatat, perkawinan hasil poligami bapaknya tanpa izin dari istrinya yang pertama dan tidak tercatat, anak terlahir dari adanya sebab kehamilan kemudian dinikahi oleh pria yang menghamili perempuan itu dengan sirri, namun ternyata anak itu yang terlahir dari pernikahan yang ternyata ibunya masih memiliki hubungan pernikahan dengan laki-laki lain suaminya pertama (poliandri), Ini bisa

---

<sup>2</sup> Kata *Fitrah* berasal dari Bahasa arab, secara etimologis berarti pembawaan yang ada sejak lahir, diartikan juga sebagai bayi yang baru lahir, suci dari dosa dan noda rohaniyah, sehingga fitrah lazim disebut dengan suci, kata fitrah merupakan simbol bahwa manusia diciptakan oleh Allah Swt dengan naluri beragama melalui perjanjian agung saat pertama kali ruh ditiupkan oleh Allah Swt ke dalam jasad lahiriyah dan berakhir pada pengakuan bertauhid dari makhluk kepada sang Khalik. Lihat Ahmad Warso Munawir, *Al-Munawir* Kamus Arab Indonesia, Krapyak Yogyakarta: Ponpes Al-Munawir 1984, Hlm. 1142.

diuraikan sebagai anak yang dilahirkan dari hubungan di luar pernikahan atau dari pernikahan yang tidak didokumentasikan secara resmi. Konsep ini sesuai dengan ajaran Nabi sebagaimana terdapat dalam hadis yang menyatakan<sup>3</sup>

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ وَيُمَجِّسَانِهِ كَمَا تُنْتَجِجُ الْبَهِيمَةُ بِهَيْمَةٍ جَمْعَاءَ

Di Indonesia, yang mayoritas beragama Islam, Negara memberikan aturan mengenai masalah penentuan nasab dari seorang anak kepada orang tuanya ada memiliki corak perbedaan autan dan pendapat hukum yang terjadi dan diberlakukan, hal demikian disebabkan karena adanya perbedaan-perbedaan adat dan kebudayaan, perbedaan suku dan bangsa yang ada di Indonesia, adanya variasi dalam agama dan keyakinan yang dipegang oleh masyarakat, hal ini mempengaruhi beragamnya pelaksanaan, aturan, dan ketentuan hukum yang berlaku di masyarakat. Setidaknya secara formil yang berlaku telah diatur yaitu secara normatif fiqih yang sudah menjadi hukum fositif berlaku secara yuridis formal diatur dan dikodifikasikan dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan (UUP) dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), maupun hukum Islam secara kultural (Syariat Islam) sebagai pedoman moral yang berlaku di masyarakat dan hukum Perdata Barat warisan dari penjajahan Belanda seperti dalam kitab Undang-Undang Hukum Perdata atau BW (*Burgelijk Wetbook*) yang telah berlaku dan ditetapkan melalui Undang-undang di Indonesia.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Imām Al-Bukhārī, *Shahīh Al-Bukhārī* (Beirut: Dār Ibn Kaşir\_al-Yamāmah, 1987).jild 7. Hlm. 456.

<sup>4</sup> Lihat Siti Nurjanah, Ney Hermawati, and Ahmad Mukhlisin Mukhlisin, *Hukum Islam Dalam Pergumulan Politik Di Indonesia*, ed. Heri Cahyono and Yeasy Agustina Sari (Lampung: CV. Creative Tugu Pena, 2020). Hlm 2-5

Dari pandangan hukum adat kebiasaan yang ada dan berlaku pada masyarakat di Indonesia khususnya di daerah Pulau Jawa, baik Jawa Timur, Jawa Tengah maupun Jawa Barat, seorang anak lahir akibat dari adanya perkawinan di luar perkawinan yang sah sangatlah rendah dan nista dimata masyarakat pada umumnya, mereka disebut sebagai “*anak haram Jaddah*” atau “*anak kowar*” yang artinya anak yang dilahirkan dari persetubuhan yang haram, meskipun mereka dilahirkan dari perbuatan orang tua mereka, anak-anak tersebut tidak bertanggung jawab atas dosa perbuatan kedua orang tua mereka. Namun pada kenyataannya, anak tersebut yang lebih banyak menanggung akibatnya, baik secara hukum maupun secara sosial kemasyarakatan, anak terkadang menjadi objek ejekan dan cemoohan, tetapi sangat ironis ketika si ayah yang menumbuhkan benih keturunan tersebut malah jarang terkena dampak sosialnya.<sup>5</sup>

Ini bisa diungkapkan sebagai berikut: "Seorang anak dianggap sah dan memiliki ikatan keturunan dengan ayahnya apabila lahir dari sebuah pernikahan yang diakui secara materiil dan formal". Namun sebaliknya jika ia lahir di luar perkawinan yang resmi di hadapan Petugas Kantor Urusan Agama (KUA) atau hasil dari nikah sirri ayah dan ibunya saja, anak ini belum bisa dikatakan menjadi anak sah Ibu bapaknya, namun bisa dikategorikan sebagai anak buah dari perzinahan atau anak tidak sah dan ia hanya memiliki hubungan keluarga yang sah secara hukum dengan ibunya dan keluarga ibunya, sehingga apabila mendiskusikan tentang asal-

---

<sup>5</sup> A. Malthuf Siroj, Moh. Zainuddin Sunarto, and Ismail Marzuki, “Analisis Hukum Terhadap Kedudukan Ahli Waris Pengganti, Anak Hasil Zina, Dan Anak Hasil Luar Nikah,” *Jurnal Ilmu Teknologi, Kesehatan, Dan Humaniora* 3, no. 1 (2022). Hlm 32

usul nasab seorang sama halnya mendiskusikan tentang sah tidaknya seorang anak yang hal tersebut berimplikasi pada kemaslahatan masa depan seorang anak.

Adapun problematika mengenai anak luar perkawinan yang kerap terjadi dalam pembahasan perkara asal anak pada prinsipnya sudah terjawab sebagaimana Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menetapkan bahwa anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, yang ketentuan pasal tersebut dapat dipahami sebagaimana yang telah diredaksikan kembali oleh Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 bahwa anak yang lahir di luar perkawinan, mereka memiliki kaitan hukum dengan ibunya dan keluarga ibunya, serta dengan laki-laki yang dapat diakui sebagai ayahnya berdasarkan bukti ilmiah dan teknologi atau bukti lain yang diakui oleh hukum, sehingga memiliki hubungan darah dan perdata dengan laki-laki dan keluarga laki-laki tersebut. Putusan MK ini adalah upaya memastikan perlindungan hak anak sehingga memperoleh hak untuk menerima warisan, nafkah, dan perwalian dari ayah biologis mereka.

Fakta yang terjadi pada beberapa kasus di Pengadilan Agama (PA) tentang hasil penetapan asal-usul anak, banyak sekali terjadi perbedaan-perbedaan yang disebabkan adanya perbedaan pemahaman, perbedaan *ijtihad* dan keyakinan yang serta dalil-dalil sandaran hukum yang diambil dan dimiliki oleh Hakim-Hakim PA mengenai kasus permasalahan satu asal-usul anak yang terjadi di masyarakat, apakah anak sah ayah dan ibunya, atau anak kandung ayah ibunya, atautkah anak ibunya dan memiliki hubungan biologis dan keperdataan dengan ayahnya, atau anak yang diakui sebagai anak ayah ibunya yang tidak jelas menyebutkan apakah

anak sah atau tidak. Yang tentunya dengan adanya perbedaan penetapan itu memberikan konsekwensi hukum yang berbeda bagi anaknya.

Sebagai ilustrasi, penulis akan memberikan contoh masalah yang terkait dengan Penetapan asal-usul anak (AUA) di PA Banjarbaru. Proses pengajuan perkara asal-usul anak keturunan anak yang dilakukan di PA Banjarbaru, sepanjang terjadi pada 2017 ada 4 (empat) perkara yang diajukan ke PA tersebut, hasilnya telah ditolak hakim PA Kota Banjarbaru, yang salah satunya adalah perkara yang terdaftar No 38/Pdt.P/2017/PA.Bjb. Dalam kasus ini terjadi pernikahan secara sirri, pada saat menikah secara sirri tersebut status perempuan (Pemohon II) adalah masih dalam ikatan perkawinan dengan suami terdahulu, kemudian si perempuan hamil setelah menikah sirri tersebut, hingga lahirlah anak dan setelah lahir anak kemudian dilanjutkan dengan pernikahan yang dilakukan secara resmi.

Terhadap kasus perkara ini, Majelis Hakim PA Banjarbaru menolak permohonan dengan pertimbangan bahwa status istri masih terikat dengan suami perkawinan pertamanya dan hal tersebut diketahui secara sadar oleh pihak-pihak berperkara, sehingga tidak termasuk kategori pernikahan *fāsīd*. Dalam kasus seperti ini si anak tidak dapat dinasabkan kepada ayahnya tersebut.<sup>6</sup>

Dalam kasus perkara penetapan asal-usul anak yang lain yaitu permohonan di PA Rantau dalam perkara No 28/Pdt.P/2019/PA.Rtu dimana dalam Perkara ini terungkap para Pemohon telah menikah secara sirri pada bulan Maret 2013 secara

---

<sup>6</sup> Tim Penyusun Pengadilan Agama Banjarbaru, *Kontekstualisasi Hukum Perdata Islam: Sinergitas Teks-Konteks* (Yogyakarta: Phoenix Publisher, 2018), Hlm. 173. Lihat juga Ivo Junia Imako Haris, “*Status Anak Pada Perkawinan fāsīd (Rusak) (Analisis Yuridis Penetapan Perkara Pengadilan Agama Banjarbaru Nomor 80/Pdt. P/2017/PA. Bjb)*,” Universitas Brawijaya, 2018. Hlm1-2.

syariat Islam di Desa Pualamsari Kecamatan Binuang, Kabupaten Tapin, pada saat itu Pemohon I atau pihak suami secara hukum masih berstatus terikat dengan istrinya terdahulu namun telah menjatuhkan talak istrinya tersebut secara sirri (talak di bawah tangan) dengan istri lamanya dan pihak suami tersebut masih dalam proses mengurus bercerai resmi di PA setempat, sementara Pemohon II janda mati dan sudah lepas *'iddah* nya karena sudah 1 tahun lebih meninggal suaminya, namun pada saat menikah sirri tersebut wali nikah yang menikahkan bukan wali nasab karena tidak ada lagi wali nasab yang hidup, sehingga bukan wali nasab dan wali Hakim yang sah dari KUA, namun mengangkat wali penghulu kampung setempat (*muḥakkam*<sup>7</sup>) sehingga dapat dikategorikan akad nikahnya *fāsid* dan dalam penetapannya, PA Rantau telah mengabulkan permohonan para pihak dengan menyatakan bahwa anak yang disebutkan adalah keturunan biologis mereka, tanpa secara khusus menyebutkan status anak sah.<sup>8</sup>

Dalam kasus lain terjadi pada tahun 2019 sebagaimana hasil Penetapan Majelis Hakim PA Marabahan dengan perkara No 91/Pdt.P/2019/PA.Mrb, dimana Para Pemohon (pihak suami dan pihak istri) telah menikah tahun 2013 di Kecamatan Tamban, Kabupaten Barito Kuala secara sirri, pada saat itu status Pemohon I jejak sedangkan Pemohon II janda namun hanya bercerai secara agama saja pada tahun 2010, sementara belum bercerai resmi di PA, kemudian Pemohon II bercerai resmi di PA Marabahan pada tahun 2014 dan dari pernikahan sirri

---

<sup>7</sup> Dalam prakteknya Wali *muḥakkam* adalah mengangkat wali nikah seorang lelaki yang dianggap adil dan mempunyai ilmu tentang pernikahan dalam Islam yang ditokohkan dijadikan sebagai wali nikah oleh mempelai perempuan sebagai wali nikahnya karena tidak adanya wali nasab dan wali hakim resmi yaitu PPN / Kepala KUA, atau keduanya ada akan tetapi berhalangan tetap.

<sup>8</sup> “Penetapan Pengadilan Agama Rantau Perkara,” Pub. L. No. 28/Pdt.P/2019/PA.Rtu (2019).

tersebut memiliki anak pada tahun 2014, selanjutnya Para Pemohon pada tahun 2019 telah kawin secara sah di KUA Tamban pada tahun 2019, dari permohonan tersebut majelis Hakim PA Marabahan dalam amarnya mengabulkan Permohonan Para Pemohon tersebut dengan amar menetapkan anak Para Pemohon adalah anak Para Pemohon, tanpa menyebutkan anak sah atau anak kandung dari Para Pemohon.<sup>9</sup>

Penetapan lain Penetapan Hakim PA Tanjung Selor pada tahun 2020, dengan Nomor perkara 31/Pdt.P/2020/PA.TSe, dimana kasusnya tidak jauh berbeda dengan permohonan asal-usul anak pada perkara-perkara sebelumnya dimana pihak suami dan pihak Istri telah menikah menurut agama Islam pada tanggal 20 Juli 2013 di Desa Lisse, Kecamatan Mattiro Sompe, Kabupaten Pinrang Sulawesi Selatan dengan izin nikah dari Imam Masjid setempat, mengingat tidak ada wali nasab yang masih hidup, dan dari pernikahan tersebut dikaruniai 2 orang anak, sementara pada saat pernikahan tersebut Pihak suami masih berstatus sebagai suami yang masih terikat perkawinan sah dari perempuan lain istri pertamanya dan baru kemudian bercerai pada tahun 2017, sedangkan pihak istri pada saat menikah sirri berstatus janda cerai dan tidak terikat dalam ikatan perkawinan dengan pria lain. Kemudian Para Pemohon menikah ulang tanggal 11 Maret 2020 di KUA Kecamatan Tanjung Selor, Kabupaten Bulungan sesuai Kutipan Akta Nikah Nomor 65/11/II/2020 tertanggal 11 Maret 2020, dalam penetapannya, Hakim

---

<sup>9</sup> “Penetapan Pengadilan Agama Marabahan,” Pub. L. No. 91/Pdt.P/2019/PA.Mrb (2019).



mempertimbangkan permohonan dari kedua belah pihak dan mengabulkannya dengan menetapkan bahwa anak-anak tersebut sebagai anak sah mereka.<sup>10</sup>

Dalam kasus lain yang juga Penulis temukan dalam Perkara 0247/Pdt.P/2015/PA. Mln, Penetapan PA Malang dimana tidak jauh berbeda dengan perkara-perkara sebelumnya yang mana Para Pihak kawin secara agama saja di daerah Kelurahan Pandanwangi Kecamatan Belimbing Kabupaten Malang tanggal 20 Januari 2010, pada saat pernikahan sirri tersebut Pihak Pemohon I masih dalam ikatan pernikahan dengan seorang perempuan lain dan belum mengajukan perceraian secara resmi di Pengadilan, sementara itu, Pemohon II juga masih dalam ikatan pernikahan dengan seorang pria lain dan belum melakukan perceraian secara resmi di PA, kemudian dari pernikahan sirri tersebut mereka telah dikarunia 1 (satu) orang anak, kemudian pada tanggal 13 Juni 2013 Pihak suami istri tersebut menikah resmi di KUA Kecamatan Belimbing Kabupaten Malang, hasil dari permohonan mereka tersebut, PA Kabupaten Malang mengabulkan Permohonan Para Pemohon dengan bunyi amar Penetapan Menetapkan anak-anak para pemohon sebagai keturunan dari istri (Pemohon II) dan anak biologis dari seorang laki-laki yang bernama sama (Pemohon I), bukan anak kandung, bukan anak sah atau anak Para Pemohon.

Kasus lainnya adalah permohonan asal-usul anak di PA Banjarmasin perkara No: 308/Pdt.P/2022/PA.Bjm dimana Penetapan PA Banjarmasin terhadap perkara ini pada pokoknya menolak permohonan asal-usul anak ini disebabkan karena Pihak suami dan istri pada saat menikah sirri pada tahun 2016 masing-

---

<sup>10</sup> “Penetapan Pengadilan Agama Tanjung Selor,” Pub. L. No. 31/Pdt.P/2020/PA.Tsl (2020).

masing masing terikat dengan masing-masing pasangannya dalam artian belum bercerai resmi dengan pasangannya terdahulu kemudian memiliki seorang anak dan masing masing bercerai di PA, Pihak suami bercerai pada tahun 2021 dan pihak istri bercerai resmi di Pengadilan tahun 2018, kemudian suami dan istri ini menikah resmi di KUA Banjarmasin Selatan pada tahun 2022, kemudian mereka mengajukan perkara penetapan asal-usul anak di PA Kota Banjarmasin, adapun pertimbangannya oleh karena Para Pihak tidak dapat membuktikan anak mereka tersebut adalah anak sah Para Pemohon sehingga Permohonan Para Pihak ditolak.

Dari beberapa penetapan tersebut masih ditemukan perbedaan pendapat dan maupun pertimbangan Para Hakim tentang permohonan asal-usul anak yang lahir dari perkawinan yang nikahnya bermasalah, *fāsid* atau yang akad nikahnya secara sirri yang secara formil dan materiil akad nikahnya tidak sah ataupun hanya sah secara materiil Hukum Islam saja.

Penulis berpendapat anak yang ternyata dilahirkan melalui pernikahan yang bermasalah baik secara formil maupun materilnya, atau keduanya apabila diajukan Penetapan asal-usul anak ke PA setempat semestinya PA tersebut mengabulkan permohonan Para Pihak dengan menyatakan anak Para Pihak adalah sah anak Para demi kepentingan masa depan anak-anak, karena menurut Pasal 55 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan apabila anak yang belum memiliki akte kelahiran disebabkan perkawinan orang tuanya tidak sah/*fāsid*, kemudian mereka telah menikah ulang secara sah di KUA dan memiliki kutipan akte nikah setelah anaknya terlahir dapat memohon penetapan asal-usul anak ke Pengadilan, dengan dasar ini Pengadilan dapat mengabulkan untuk mengakui mereka sebagai anak sah

para pihak, memberikan kejelasan hukum dan manfaat untuk masa depan anak-anak tersebut, memastikan legalitas mereka sehingga ini dapat membantu mereka mendapatkan perlakuan dan kedudukan yang sama dalam hukum seperti mencari pekerjaan, masuk sekolah dan keperluan administrasi kependudukan lainnya. Atas dasar dikabulkannya Permohonan asal-usul anak tersebut menjadi landasan bagi Kantor Catatan Sipil setempat untuk menerbitkan akte kelahiran anak dengan mencantumkan nama kedua orang tuanya dalam kolom akte kelahiran anak, karena apabila tidak jelas dan tidak memiliki Akte kelahiran yang tidak memuat nama kedua orang tuanya hal itu menjadi aib anak, perbedaan perlakuan anak oleh Negara dan masalah dalam status sosial dan kependudukan.

Pendapat penulis tersebut sejalan dengan pendapat para ulama diantaranya menurut Wahbah Zuhaiḥī dalam kitab *Al-Fiqhul Islāmī wa 'Adillatuh* yang berbunyi: <sup>11</sup>

الزواج الصحيح أو الفاسد سبب لإثبات النسب، وطريق لثبوته في الواقع، متى ثبت الزواج ولو كان فاسداً، أو كان زواجاً عرفياً، أي منعقداً بطريق عقد خاص دون تسجيل في سجلات الزواج الرسمية، يثبت به نسب كل ما تأتي به المرأة من أولاد.

Penulis dapat memahami bahwa apabila problematika hukum Islam yang terjadi di atas, terutama bagi hakim yang tidak menyatakan anak dari pernikahan *fāsid* tersebut sebagai anak sah merupakan ejawantah dari doktrin fikih dan pendapat klasik yang merupakan sesuatu yang tidak dapat dan tidak boleh dipersalahkan. Namun, disamping itu Penulis berpendapat bahwa Allah

---

<sup>11</sup> Wahbah Zuhaiḥī, *Al-Fiqhul Islāmī wa 'Adillatuh*, vol. 7, II (Kairo: Darul Fikri, 1985), h. 690.

menurunkan ajaran Islam adalah untuk kebaikan dan kepentingan manusia itu sendiri guna dapat menjalani kehidupan dengan baik sehingga dapat beribadah dengan baik pula kepada-Nya. Untuk mewujudkan hal tersebut tentu nilai-nilai keadilan hukum dalam setiap putusan Majelis Hakim haruslah diperhatikan. Nilai-nilai yang tidak hanya berpatokan pada hukum materiil saja melainkan norma-norma yang hidup dalam masyarakat. Norma-norma tersebut tidak bersifat statis tetapi dinamis mengikut sifat dari sejarah kehidupan manusia itu sendiri. Hukum dapat berubah dengan berubahnya waktu, zaman, tempat dan peradaban.

Dengan sifat kehidupan yang seperti ini tentu perubahan sosial akan merubah nilai-nilai keadilan, dimana nilai dan konsep keadilan pada zaman dulu tentu akan berbeda dengan nilai dan konsep keadilan pada masa sekarang. Perubahan hukum dalam Islam bukan sesuatu yang tabu, bahkan banyak pembaharuan hukum Islam yang terjadi tidak hanya di Indonesia melainkan juga di belahan dunia lainnya terutama di negara-negara Islam.

Perbedaan pendapat umat Islam, dalam hal ini para Hakim Agama, dalam melakukan *ijtihad* berdasarkan perubahan hukum dan sosial akan menjadi embrio paradigma dalam masyarakat bahwa hukum Islam bukan hukum yang *rahmatan lil ālamīn*. Hukum Islam akan bertahan sebagai rahmat apabila keadilan yang diberikannya dapat bertahan dari satu masa ke masa yang lain. *Status quo* hukum dalam Islam akan mengantarkan kepada anggapan Islam tidak dapat membawa rahmat bagi manusia sepanjang tidak mampu melakukan perubahan dan pembaharuan hukum.

Di tengah-tengah dinamika permasalahan hukum Islam pada masa sekarang ini, penafsiran hukum haruslah komprehensif dan berani demi keadilan berdasarkan Tuhan Yang Maha Esa, dengan penafsiran tersebut para Hakim Agama dituntut agar dapat menyanggahkan nilai-nilai keadilan yang sesuai dengan perkembangan zaman sekarang. Untuk dapat melakukan hal tersebut, maka faktor utama dalam permasalahan penafsiran hukum tersebut hingga pengambilan keputusannya adalah progresivitas hukum itu sendiri. Hukum progresif<sup>12</sup> pasti membawa kepada hukum yang berkeadilan dan bermanfaat bagi manusia dalam konteks kehidupan yang sekarang karena hukum progresif juga bersifat responsif terhadap dinamika sosial.

Dengan memperhatikan adanya permasalahan-permasalahan yang telah sebagaimana sebagian Penulis sampaikan tadi, Penulis merasa perlu untuk meneliti, menelaah dan mengkaji secara ilmiah dengan metode pendekatan hukum progresif terhadap permasalahan Penetapan asal-usul anak pada Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin (PTA) yang mewilayahi Provinsi Kalimantan Selatan. Mengingat urgensinya terhadap praktik di Peradilan Agama baik itu di wilayah hukum PTA Banjarmasin maupun di wilayah hukum PTA di provinsi lainnya, maka penelitian tersebut akan Penulis tuangkan dalam sebuah disertasi yang berjudul: **“HUKUM**

---

<sup>12</sup> Hukum Progresif adalah bagaimana memfungsikan hukum sebagai alat bagi masyarakat dalam menyelesaikan setiap permasalahan hukum yang terjadi dengan melibatkan Nurani dan moral, Istilah hukum progresif digunakan Satjipto pertama kali dalam artikelnya yang dimuat harian Kompas 15 Juni 2002 dengan judul *“Indonesia Butuhkan Penegakan Hukum Progresif”*. Setelah itu hukum progresif juga dipakai sebagai bagian judul bukunya, *Membedah Hukum Progresif* (2006) *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (2009), dan *Penegakan Hukum Progresif* (2010). Lihat <http://pasca.unhas.ac.id/>, Suwito, Hasanudin Law Review *“Putusan Hakim yang Progresif dalam Perkara Perdata (telaah kasus Pohon Mangga)*, April 2015 di diakses pada tanggal 07 Pebruari 2023, Pukul 10.20 Wita.

***PROGRESIF DALAM PENETAPAN ASAL-USUL ANAK DI WILAYAH  
PENGADILAN TINGGI AGAMA BANJARMASIN”.***

**B. Rumusan Masalah**

Agar pembahasan dalam penelitian ini menjadi fokus, maka ditetapkan perumusan masalah sebagaimana berikut ini yaitu:

1. Bagaimana pertimbangan Hakim di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin dalam penetapan asal-usul anak?
2. Bagaimana Hukum Progresif dalam penetapan asal-usul anak oleh Hakim di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin?

**C. Tujuan dan Signifikansi Penelitian**

Dengan mempertimbangkan perumusan masalah yang telah diajukan sebelumnya, tujuan penelitian dirumuskan sebagai berikut:

1. Untuk menganalisa pertimbangan Hakim di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin memutus perkara permohonan penetapan asal-usul anak; dan
2. Untuk menganalisa hukum progresif dalam Penetapan asal-usul anak oleh Hakim Pada Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin.

**D. Definisi Istilah**

Untuk menghindari kesalahpahaman terhadap pelaksanaan penelitian ini, maka dijelaskan beberapa istilah terkait judul penelitian, sebagai berikut:

1. Hukum Progresif

Hukum progresif terdiri dari dua suku kata yaitu hukum dan progresif. Hukum menurut Kamus Bahasa Indonesia yaitu “Peraturan yg dibuat oleh penguasa (pemerintah) atau adat yg berlaku bagi semua orang di suatu masyarakat (negara)”, atau “undang-undang, peraturan, dsb untuk mengatur pergaulan hidup di masyarakat”, atau “patokan (kaidah, ketentuan) mengenai suatu peristiwa (alam dsb) yg tertentu”, atau “keputusan (pertimbangan) yg ditetapkan oleh hakim (di pengadilan)”, atau berarti “vonis”.<sup>13</sup> Sedangkan Progresif mempunyai arti “ke arah kemajuan”, atau “berhaluan ke arah perbaikan keadaan sekarang (tt politik)”, atau “bertingkat-tingkat naik (tt aturan pemungutan pajak dsb).”<sup>14</sup>

Adapun yang dimaksud dengan hukum progresif dalam penelitian ini yaitu Hukum progresif adalah sistem hukum yang dirancang dengan tujuan utama untuk memajukan kesejahteraan manusia, mendorong keadilan sosial, dan menciptakan kondisi yang lebih adil bagi masyarakat, dengan pendekatan yang didasarkan pada prinsip-prinsip keadilan dan kepentingan rakyat, dengan tujuan akhir untuk meningkatkan kebahagiaan dan kesejahteraan manusia.<sup>15</sup>

## 2. Penetapan asal-usul anak

Penetapan asal-usul anak merupakan produk PA yang dikeluarkan oleh PA setempat yang berada di tingkat Pertama yaitu tingkat kabupaten atau kota

---

<sup>13</sup> Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Bahasa Indonesia* (Jakarta: Pusat Bahasa, 2008). Hlm 531.

<sup>14</sup> Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional. Hlm.1216.

<sup>15</sup> A. Sukris Sarmadi, *Dekonstruksi Hukum Progresif Ahli Waris Pengganti Dalam Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Aswaja Pressindo, 2010), Hlm. 56. Lihat juga Ellectrananda Anugerah Ash-shidiqqi, “Meneropong Ilmu Hukum Profetik: Penegakan Hukum Yang Berketuhanan,” *Amnesti Jurnal Hukum* 2, no. 1 (2020), <https://doi.org/10.37729/amnesti.v2i1.701>. Hlm.40.

melalui proses persidangan resmi yang terjadwal dan melalui proses hukum formal di Pengadilan yang memeriksa keabsahan keturunan seseorang diluar ikatan perkawinan sah yang menunjukkan hubungan nasab dengan orang tua. Istilah Penetapan asal-usul anak ini dapat ditemukan Pada Penjelasan Pasal 49 huruf (a) mengenai yang dimaksud dengan perkara perkawinan sebagaimana disebutkan poin 20 mengenai Penetapan Asal-usul Anak dan penetapan Pengangkatan seorang anak sesuai dengan prinsip-prinsip hukum Islam, istilah ini juga berkesesuaian dengan Pasal 55 Undang-undang Perkawinan (UUP) berkaitan dengan Pasal 103 Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengatur tentang konsekuensi dari ketiadaan akte kelahiran bagi seorang anak. Jika seorang anak tidak memiliki akte kelahiran, maka orang tuanya dapat mengajukan Penetapan asal-usul anak ke PA dan setelah dilakukan penelitian mendalam berdasarkan bukti yang sah, PA dapat mengeluarkan penetapan asal-usul anak tersebut. Hasil penetapan PA yang dikabulkan akan menjadi dasar untuk dikeluarkannya akte kelahiran bagi anak tersebut, terutama bagi anak hasil dari nikah sirri atau itsbāt nikahnya ditolak sehingga identitas orang tuanya tertulis dalam akte kelahiran.

### 3. Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin

Pengadilan Tinggi Agama (PTA) merupakan sebuah lembaga peradilan di lingkungan Peradilan Agama yang berkedudukan di Ibukota Provinsi dalam Hal ini provinsi Kalimantan Selatan yang memiliki tugas dan wewenang untuk mengadili perkara baik kewenangan absolut maupun kewenangan relatif perkara di PA dalam tingkat banding. PTA Banjarmasin juga memiliki tugas dan kewenangan untuk memutuskan ulang perkara di tingkat pertama dan terakhir



yang berkaitan dengan sengketa mengenai wewenang pengadilan antara PA di wilayah hukumnya. Pengadilan Tinggi Agama dibentuk melalui Undang-Undang dengan daerah hukum meliputi wilayah Provinsi tempat beradanya Pengadilan Tinggi Agama tersebut dan dalam hal ini Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin bertempat kedudukan di Banjarbaru.

Adapun wilayah hukum Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin dalam penelitian ini, yaitu:

- a. Pengadilan Agama Banjarmasin;
- b. Pengadilan Agama Banjarbaru;
- c. Pengadilan Agama Martapura;
- d. Pengadilan Agama Marabahan;
- e. Pengadilan Agama Rantau;
- f. Pengadilan Agama Kandangan;
- g. Pengadilan Agama Negara;
- h. Pengadilan Agama Berabai;
- i. Pengadilan Agama Amuntai;
- j. Pengadilan Agama Tanjung;
- k. Pengadilan Agama Pelaihari;
- l. Pengadilan Agama Batulicin; dan
- m. Pengadilan Agama Kotabaru.

Agar penelitian ini dapat dilaksanakan secara efektif dan efisien maka dalam penggalian data yang dilakukan terfokus pada data-data penetapan asal-usul anak

pada PA di wilayah hukum PTA Banjarmasin pada tahun 2020 sampai dengan tahun 2022 atau dalam kurun waktu tiga tahun.

### **E. Penelitian Terdahulu**

Dalam meneliti permasalahan ini, Penulis telah berupaya mencari beberapa studi sebelumnya yang relevan dengan topik penelitian ini dan dapat dijadikan dasar orisinalitas penelitian yang akan Penulis lakukan, yaitu sebagai berikut:

1. “Nurul Hak, tahun 2018. *“Kedudukan dan Hak Anak Luar Nikah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUUVIII/2010 Tentang Status Anak Luar Nikah (Studi Persepsi Hakim Pengadilan Agama Se-Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu)*, Disertasi, Program Pascasarjana UIN Raden Intan Lampung Program Studi Hukum Keluarga Islam.<sup>16</sup>

Dari hasil penelitian Nurul Hak tersebut diketahui bahwa: Dalam keputusan MK No 46 / PUU-VIII / 2010 mengenai status anak di luar pernikahan, dijelaskan bahwa anak dari nikah tidak tercatat tidak memiliki pengakuan hukum dianggap memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, serta dengan bapaknya, selama dapat dibuktikan memiliki hubungan darah. Namun, pembuktian ini harus melalui proses persidangan untuk ditetapkan secara resmi. Penelitian Nurul Hak ini berbeda dengan dengan penelitian Penulis, baik itu dari konteks tempat terjadinya kasus maupun permasalahannya. Penulis tentunya akan menyajikan data yang lebih lengkap dengan mengkaji dan menelaah

---

<sup>16</sup> Nurul Hak, “Kedudukan Dan Hak Anak Luar Nikah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUUVIII/2010 Tentang Status Anak Luar Nikah (Studi Persepsi Hakim Pengadilan Agama Se-Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu)” (Disertasi, Lampung, UIN Raden Intan, 2018).

beberapa penetapan asal-usul anak dari beberapa PA di wilayah hukum PTA Banjarmasin.

2. Yengkie Hirawan, 2017. “*Status Anak di Luar Pernikahan Yang Sah. Menurut Ibnu Al Qoyyim Dan Relevansinya Dengan Putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010*. Disertasi, Program Pascasarjana UIN SUSKA

Riau Program Studi Hukum Keluarga.<sup>17</sup>

Penelitian ini semata-mata melihat pendapat tokoh, yaitu Ibnu Qoyyim Al-Jauziyah tentang bagaimana kedudukan anak yang lahir di luar pernikahan yang sah dapat dievaluasi dari perspektif relevansinya dengan keputusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 mengenai status hukum anak yang lahir diluar pernikahan. Temuan penelitian ini mengindikasikan adanya korespondensi antara keputusan MK No: 46/PUU-VIII/2010 mengenai status anak yang lahir di luar pernikahan dengan konsep nasab menurut Ibnu al-Qayyim al-Jauziyah. Penelitian ini berbeda dari penelitian yang dilakukan oleh penulis karena fokus masalah dan lokasi penelitian yang berbeda, walaupun pendapat Ibnu Al Qayyim menasabkan anak dari pernikahan *fāsīd* kepada ayah dan ibunya, namun penulis ingin membahasnya lebih luas lagi baik dari pendapat para ulama maupun dari sisi pendapat hakim yang menjadi dasar penetapan di PA.

3. Suwarti, 2018. “*Legalitas Perkawinan Sirri Melalui Itsbat Nikah Dalam Upaya Pembaruan Hukum Perkawinan Di Indonesia*, Disertasi pada program

---

<sup>17</sup> Yengkie Herawan, “Status Anak Di Luar Pernikahan Yang Sah Menurut Ibnu al Qoyyim Dan Relevansinya Dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010” (Disertasi, Riau, UIN SUSKA, 2017).

pascasarjana Fakultas Hukum Unhas Study Ilmu Hukum.<sup>18</sup>

Dalam penelitian ini Suwarti berpendapat bahwa pernikahan sirri dapat dilegalkan secara hukum dengan pengesahan nikah (*itsbāt nikah*) di PA setempat berdasarkan Pasal 2 ayat (1) UUP bahwa hukum perkawinan nasional memandang sah jika perkawinan tersebut dilangsungkan menurut agama dan kepercayaan calon pengantin, sedangkan aturan wajibnya pencatatan peristiwa pernikahan sebagaimana telah diatur pada Pasal 2 ayat (2) UUP adalah hanya masalah administratif perkawinan semata yang tidak terkait dengan syarat sahnya perkawinan, yang terpenting bahwa rukun dan syarat yang diatur oleh agama telah terpenuhi.

Penelitian ini tentunya sangat berbeda dengan penelitian penulis, namun bersifat lanjutan dari dari penelitian Suwati yaitu untuk memberikan kepastian hukum dari anak-anak yang orang tuanya menikah secara sirri kemudian mengajukan perkaranya yang salah satunya tidak memenuhi rukun dan syarat namun telah menghasilkan anak, dengan harapan dapat memberikan dampak positif bagi anak-anak mereka.

4. Wagianto, 2010. *“Perlindungan Hukum Terhadap Anak Hasil Perkawinan Mut’ah dan Sirri dalam Perspektif Politik Hukum*, Disertasi pada Program Pascasarjana Ilmu Hukum Undip Semarang.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Suwarti, “Legalitas Perkawinan Sirri Melalui *itsbāt Nikah* Dalam Upaya Pembaruan Hukum Perkawinan Di Indonesia” (Disertasi, Makasar, Universitas Hasanuddin, 2018).

<sup>19</sup> Wagianto, “Perlindungan Hukum Terhadap Anak Hasil Perkawinan Mut’ah Dan Sirri Dalam Perspektif Politik Hukum” (Semarang, 2010).

Dalam studi yang dilakukan oleh Wagianto, pentingnya memastikan bahwa anak-anak mendapatkan hak-hak mereka dan Penerapan keadilan hukum dilakukan dengan memperbarui pencatatan pernikahan orang tua mereka sesuai dengan prosedur yang telah diatur dalam peraturan hukum yang berlaku. Penelitian ini bertujuan untuk mengakomodasi perkembangan hukum keluarga di Indonesia, terutama mengikuti putusan Mahkamah Konstitusi. Selain itu, fokus penelitian ini adalah memberikan perlindungan hukum yang sesuai bagi anak-anak yang lahir dari hubungan di luar perkawinan yang sah, seperti anak hasil pernikahan mut'ah atau anak yang lahir dari pernikahan sirri.

Perbedaan antara penelitian Wagianto dan penelitian penulis yaitu pada status pernikahan orang tua si anak, dimana dalam penelitian wagianto ini membahas pernikahan yang tidak tercatat yang tentunya mengarah kepada pernikahan yang sah secara materiil saja, sedangkan penelitian penulis adalah status pernikahan dari orang tua anak adalah pernikahan yang rukun atau syaratnya ada yang tidak terpenuhi, termasuk pernikahan laki-laki dan Perempuan yang telah memenuhi aturan-aturan materi dan formilnya, maupun pernikahan yang memenuhi secara materilnya saja.

5. I Nyoman Sujana, 2015. *“Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin Dalam Perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VII/2010*, Disertasi Pascasarjana Fakultas Hukum UNTAG Surabaya.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> I Nyoman Sujana, “Soroti Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin Dalam Perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VII/2010” (UNTAG Surabaya, 2015).

Menurut hasil penelitian yang disusun oleh I Nyoman Sujana, pembahasan mengenai status anak luar nikah dibatasi pada anak yang lahir dari pernikahan yang tidak tercatat di KUA setempat atau catatan Sipil setempat, yang merupakan hasil dari pernikahan rahasia dengan seorang pria yang masih sah sebagai suami orang lain. Sujana berpendapat bahwa keputusan Mahkamah Konstitusi merupakan langkah baru dalam hukum yang memperbaiki kedudukan hukum anak luar nikah, namun menurutnya, Masalah mengenai status anak yang lahir di luar pernikahan dalam UUP masih belum terselesaikan sepenuhnya, sehingga anak-anak tersebut belum bisa tumbuh dan berkembang dengan cara yang sama seperti anak sah secara layak.

Menurutnya, untuk menentukan validitas dan legalitas status anak luar nikah, penentuan nasab anak tersebut sangat penting. Menurut Sujana, Penetapan status anak yang lahir di luar perkawinan harus mengikuti pedoman hukum Islam yang telah disepakati oleh para ulama dalam mazhab mereka. Proses ini dilakukan dengan menghitung durasi kehamilan istri, dimulai dari saat kelahiran anak tersebut. Waktu minimalnya adalah enam bulan setelah pernikahan atau selama periode 'iddah yang berlangsung 100 hari setelah perceraian. Selain itu, hal ini juga bisa dibuktikan melalui tes DNA anak sesuai dengan keputusan Mahkamah Konstitusi.

Perbedaan penelitian Sujana ini dengan penelitian penulis yaitu pada status pernikahan orang tua si anak, dimana dalam penelitian ini membahas pernikahan yang tidak tercatat dan si suami masih terikat perkawinan dengan perempuan lain (poligami), sedangkan Penelitian penulis memperluas cakupan dengan

menyelidiki apakah status pernikahan orang tua anak telah mencapai keharmonisan, ataukah terdapat ketidaklengkapan atau kerusakan materiel dalam hubungan pernikahan tersebut menurut Hukum Islam, ataupun secara formil yang dapat dikategorikan pernikahan yang tidak termasuk dalam pernikahan yang sah secara materi dan formil, maupun sah secara materiil saja.

6. Wilda Srijunida, 2015. *Status Anak Luar Kawin Menurut Fiqih, Kompilasi Hukum Islam dan Putusan Mahkamah Konstitusi*, Disertasi pada program pascasarjana UIN Alauddin Makassar.<sup>21</sup>

Wilda Srijunida dalam penelitiannya menyimpulkan bahwa menurut hukum perdata, anak yang lahir di luar pernikahan hanya diakui secara hukum oleh orang tua yang mengakui anak tersebut. Anak tersebut tidak memiliki ikatan hukum dengan ayah dan ibu biologisnya yang tidak mengakui kehadirannya, sehingga tidak berhak atas hak waris, hak belanja wajib, dan perwalian. Di sisi lain, Menurut hukum Islam, anak di luar pernikahan hanya memiliki keterkaitan keturunan dengan ibunya dan keluarga dari pihak ibunya, sehingga tidak memiliki hak waris, Hak belanja wajib dari ayah kandungnya tidak diperoleh, dan ayah kandungnya tidak berhak menjadi wali nikah. Namun, Wilda menyoroti Putusan MK No: 46/PUU-VIII/2010, Menurutnya, hal tersebut memiliki dampak yang penting pada persepsi masyarakat tentang status dan hak-hak anak yang dilahirkan di luar ikatan pernikahan. Keputusan tersebut memastikan perlindungan hak anak tersebut dengan mengakui hak mereka untuk

---

<sup>21</sup> Wilda Srijunida, "Status Anak Luar Kawin Menurut Fiqih, Kompilasi Hukum Islam Dan Putusan Mahkamah Konstitusi" (Universitas Islam Negeri Alauddin Makassar, 2015).

menerima warisan, nafkah, dan perwalian dari ayah biologis mereka. Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa keputusan Mahkamah Konstitusi ini meningkatkan perlindungan hukum terhadap anak yang lahir di luar pernikahan. Akan tetapi di sisi lain, putusan tersebut terkesan melemahkan fungsi dan menyebabkan lembaga perkawinan menjadi kurang relevan.

Perbedaan penelitian Penulis dengan penelitian Wilda Srijunida, yaitu bahwa Penelitian penulis membahas mengenai legalitas status anak berdasarkan keadaan perkawinan orang tua yang terganggu, sementara penelitian Wilda lebih menekankan pada status hukum anak di luar nikah, termasuk hak-hak hukumnya menurut Islam dan hukum positif.

7. Fatimah, 2021. “*Kedudukan Anak Luar Perkawinan Dalam Hukum Perkawinan Nasional dan Hukum Islam*, Disertasi pada Program Pascasarjana UIN Sumatra Utara.”<sup>22</sup>

Fatimah dalam risetnya menyatakan bahwa anak yang lahir di luar pernikahan bisa berasal dari pernikahan yang tidak tercatat atau dari hubungan rahasia. Baginya, setiap kelahiran anak adalah hasil dari proses alami di mana sperma dari seorang pria yang matang bertemu dengan sel telur wanita yang siap untuk pembuahan, baik melalui hubungan seksual langsung maupun proses teknologi reproduksi seperti bayi tabung. Dia juga mengemukakan bahwa kehamilan dan kelahiran yang terjadi di luar ikatan pernikahan yang sah (perzinaan) dianggap sebagai kejadian hukum yang terpisah, Sebagai akibat dari hubungan di luar

---

<sup>22</sup> Fatimah, “Kedudukan Anak Luar Perkawinan Dalam Hukum Perkawinan Nasional Dan Hukum Islam” (UIN Sumatra Utara, 2021).



pernikahan yang sah, anak yang dilahirkan dalam konteks tersebut memiliki keterkaitan hukum dengan ayah biologisnya. Berdasarkan prinsip hukum Islam, anak yang lahir dari hubungan zina hanya memiliki ikatan hukum dengan ibunya. Fatwa MUI No: 11 Tahun 2012 menegaskan bahwa status kelahiran anak sangat bergantung pada keadaan saat kelahirannya, apakah dari pernikahan sah yang tercatat atau dari hubungan seksual di luar pernikahan yang sah. Anak yang lahir dari pernikahan sah secara otomatis memiliki hubungan hukum dengan kedua orang tuanya. Tetapi, ketika pernikahan orang tuanya tidak didaftarkan secara sah, anak seringkali tidak memperoleh hak-haknya sepenuhnya dan mungkin menghadapi perlakuan yang tidak adil secara hukum. Penelitian ini bertujuan untuk memastikan perlindungan hak-hak anak yang lahir dari pernikahan di luar ikatan resmi, yang meskipun diakui dan diatur oleh hukum Islam, belum sepenuhnya dijamin oleh Negara. Harapannya, ini akan mendorong pembentukan aturan hukum Islam yang lebih tegas untuk melindungi hak-hak anak yang lahir di luar pernikahan.

Perbedaan antara penelitian ini dengan penelitian penulis adalah bahwa penelitian ini menitikberatkan pada status anak berdasarkan pada perkawinan orang tua yang tidak terdaftar secara resmi, Sementara itu, penelitian penulis menekankan bahwa status perkawinan orang tua anak adalah perkawinan yang tidak memenuhi syarat-syarat atau ketentuan atau rusak secara hukum Islam. yang dapat dikategorikan pernikahan yang tidak termasuk dalam pernikahan yang sah secara materi dan formil, maupun sah secara materiil saja.

8. Rosalinda Elsina Latumahina, 2019. *Prinsip Kepentingan Terbaik Bagi Anak Dalam Perlindungan Hukum Anak Luar Kawin*, Disertasi pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya.<sup>23</sup>
- Hasil penelitian Rosilana ini menemukan, bahwa secara ontologi hakikat anak sebagai generasi penerus bangsa yang sangat berharga, harus mendapatkan perlindungan dari negara dan masyarakat guna pemenuhan hak-haknya. Sebagai pihak yang lebih lemah, anak tidak mampu untuk melindungi dirinya sendiri. Hak-hak mendasar bagi seorang anak merupakan bagian dari HAM yang harus dihormati pemenuhannya. Secara epistemologi, adanya Undang-undang yang bersifat menjamin hak-hak anak luar kawin harus dilandasi oleh falsafah negara hukum Pancasila dan UUD 1945 yang mengutamakan nilai-nilai kemanusiaan, menjunjung tinggi HAM, dan Negara tujuannya mewujudkan terjaminnya keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Sedangkan secara aksiologi, pengaturan perlindungan hukum bagi anak yang diluar pernikahan seharusnya memiliki tujuan untuk memastikan keadilan, memberikan kepastian hukum, dan mempromosikan kesejahteraan anak-anak yang diluar pernikahan tersebut.
- Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 belum berhasil mencapai pemerataan keadilan bagi anak-anak yang lahir dari hubungan di luar pernikahan. Ketidakjelasan dalam norma masih membuat anak-anak tersebut belum dapat memperoleh hak-haknya secara seimbang. Menurut penelitian ini, prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak belum terwujud sepenuhnya bagi anak luar

---

<sup>23</sup> Rosalinda Elsina Latumahina, "Prinsip Kepentingan Terbaik Bagi Anak Dalam Perlindungan Hukum Anak Luar Kawin" (Universitas Airlangga Surabaya, 2019).

kawin dalam berbagai peraturan yang telah ada, sehingga dibutuhkan adanya peraturan baru. Peraturan yang akan datang harus mengutamakan prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak, sehingga keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan berupa kesejahteraan anak luar kawin dapat benar-benar terwujud. Penelitian ini berbeda dengan penelitian penulis, meskipun secara substansi parsial, yaitu luaran dari penelitian ini mengharapkan lahirnya peraturan baru untuk mengakomodir prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak, sedangkan substansi dari penelitian penulis adalah terfokus pada paradigma hakim agama dalam mengambil pertimbangan hukum dalam mengabulkan atau menolak status anak sah bagi anak yang nikah orang tuanya bermasalah atau tidak memenuhi hukum formil ataupun hukum materiel.

#### **F. Kerangka Teori**

Dalam kajian ilmu hukum ada tiga kajian utama, yaitu dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Teori hukum merupakan refleksi terhadap teknik hukum, tentang cara seorang ahli hukum berbicara hukum dan melihat hukum dari perspektif yuridis ke dalam bahasa non yuridis maupun tentang alasan pembenaran terhadap hukum yang ada, Para ahli hukum mengakui pentingnya teori hukum untuk mendukung kegiatan ilmiah di bidang hukum. Teori Hukum akan senantiasa berkembang sesuai dinamika kehidupan masyarakat. hukum dan filsafat hukum. Dogmatik hukum mempelajari peraturan dari segi teknis yuridis dan berbicara hukum dari segi hukum dan problem hukum yang konkret serta aktual. Teori hukum merupakan refleksi terhadap teknik hukum, tentang cara seorang ahli hukum berbicara hukum dan melihat

hukum dari perspektif yuridis ke dalam bahasa non yuridis maupun tentang alasan pembenaran terhadap hukum yang ada.

Berkenaan dengan teori hukum akan digunakan dalam penelitian ini terbagi dalam tiga tingkatan, yaitu: *Grand Theory* (Teori Makro), *Middle Theory* (Teori Meso), dan *Applied Theory* (Teori Mikro).<sup>24</sup> Berikut diuraikan berbagai teori hukum yang digunakan dalam penelitian ini.

### 1. *Grand Theory*

Grand Teori yang digunakan dalam penelitian ini adalah teori keadilan hukum dalam Islam. Menurut KBBI, keadilan berasal dari kata adil yang memiliki makna "sama berat, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, dan memegang teguh kebenaran"<sup>25</sup>. Secara terminologi adil dalam bahasa Indonesia bermakna "suatu sikap yang bebas dari diskriminasi, ketidakjujuran", maka orang yang adil adalah "orang yang perilakunya sesuai dengan standar hukum baik hukum agama, hukum positif (hukum negara), maupun hukum sosial (hukum adat) yang berlaku." Sedang keadilan adalah "sifat/perbuatan, perlakuan perlakuan yang adil."<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> *Grand Theory* (Teori Makro) merupakan dasar lahirnya teori-teori lain dalam berbagai level. Teori makro berkaitan dengan aspek struktural fungsional dari sebuah sistem. *Middle Theory* (Teori Meso) merupakan teori yang berada pada level menengah yang berfungsi menjembatani kajian makro dan mikro. *Applied Theory* (Teori Mikro) merupakan teori yang berada di level mikro guna diaplikasikan dalam tataran konseptual. Lihat Suteki dan Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum (Filafat, Teori Dan Praktik)*, ed. 4 Cet (Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2022).Hlm 286-287.

<sup>25</sup> Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Umum Bahasa Indonesia* (Jakarta: Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2008). Hlm. 7.

<sup>26</sup> Departemen Pendidikan Nasional, Hlm. 8. lihat Muhammad Aslansyah, "Studi Ajaran Hans Kelsen Tentang Pure Theory Of Law Ditinjau Dari Perspektif Keadilan," *Journal of Chemical Information and Modeling* 53, no. 9 (2019).Hlm 64.

Dalam kajian bahasa Arab, kata adil berasal dari ‘*adl* yang merupakan bentuk mashdar dari kata kerja: ‘*adala - ya‘dilu - ‘adlan – wa ‘udūlan - wa ‘adālatan* (عَدَلَ - يَعْدِلُ - عَدْلًا و عُذُولًا و عَدَالَةً)<sup>27</sup>, di mana kata ‘*adl* berarti ‘menetapkan hukum dengan benar’. ‘*Persamaan*’ itulah yang merupakan makna asal kata ‘*adl*, yang menjadikan pelakunya “tidak berpihak” kepada salah seorang yang berselisih, dan pada dasarnya pula seorang yang ‘*adl* berpihak kepada yang benar” karena baik yang benar maupun yang salah sama-sama harus memperoleh haknya. Dengan demikian, ia melakukan sesuatu yang patut dan tidak sewenang-wenang.<sup>28</sup>

Dalam Al-Qur’an, keadilan disebutkan dengan kata-kata: *al-Adl*, *al-Qisṭh* dan *al-Mizān*<sup>29</sup>. M. Quraisy Shihab mengatakan bahwa keadilan berarti kesamaan memberi kesan adanya dua pihak atau lebih. Kalau hanya satu pihak, tidak akan terjadi adanya persamaan.<sup>30</sup> Adapun Wahbah al-Zuhailī menyatakan al-Qur’an dan hadits disepakati sebagai dua sumber pokok dan utama ajaran Muhammad Saw, karenanya umat Islam memiliki pegangan yang kuat untuk menggali dan memahami konsep keadilan yang akan diaplikasikan dalam kehidupan individual dan sosial mereka.<sup>31</sup>

Majid Khadduri menyebutkan, kata adil mengandung empat arti, yaitu: pertama; meluruskan atau duduk lurus, mengamandemen atau mengubah, kedua;

<sup>27</sup> Ibnu Mandzūr, *Lisān al-‘Arabī*, vol. 4 (Beirut: Dār al-Ma‘arif, 1979). Hlm. 2838.

<sup>28</sup> Muchlis M. Hanafi dan et.al (Ed), *Hukum, Keadilan dan Hak Asasi Manusia, Tafsir al-Qur’an Tematik* (Jakarta: Lajnah Pentashihan Mushaf al-Qur’an, 2010), Hlm. 2–3.

<sup>29</sup> Muhammad Fuād Abd Al-Bāqī, *Al-Mu’jam al-Mufaḥras li al-Fadh al-Qur’ān al-Karīm* (Beirut: Dār al-Fikr, 1987), h. 448–49, Hlm. 544–45.

<sup>30</sup> M. Quraisy Shihab, *Wawasan Islam* (Bandung: Mizan, 1996), Hlm. 111.

<sup>31</sup> Wahbah Zuhailī, *Al-Tafsīr al-Munīr*, vol. IX (Beirut: Dar al-Fikr, 1991), Hlm. 41.

melarikan diri, berangkat atau mengelak dari satu jalan yang keliru menuju jalan lain yang benar, ketiga sama atau sepadan atau menyamakan, dan keempat; menyeimbangkan atau mengimbangi, sebanding atau berada dalam suatu keadaan yang seimbang.<sup>32</sup> Para pakar agama Islam pada umumnya merumuskan keadilan menjadi empat makna, yaitu:<sup>33</sup>

- a. Pengertian adil dalam arti sama, yaitu adil berarti memperlakukan sama antara orang yang satu dengan orang lain.
- b. Pengertian adil dalam arti seimbang yang identik dengan kesesuaian/proporsional. Inti keadilan ini bahwa Allah yang Maha Bijaksana dan Maha Mengetahui menciptakan dan mengelola segala sesuatu dengan ukuran, kadar dan waktu tertentu guna mencapai tujuan. Keyakinan itu akan mengantarkan kepada keadilan Ilahi.<sup>34</sup>
- c. Pengertian adil dalam arti “perhatian terhadap hak-hak individu dan memberikan hak-hak itu kepada para pemiliknya”. Keadilan, dalam hal ini, bukan berarti mempersamakan semua anggota masyarakat, melainkan mempersamakan mereka dalam kesempatan mengukir prestasi.<sup>35</sup> Setiap anggota masyarakat dituntut berlomba-lomba di dalam kebajikan yang padanya dijanjikan hadiah

---

<sup>32</sup> Majid Khadduri, *Teologi Keadilan Perspektif Islam* (Surabaya: Risalah Gusti, 1999), Hlm. 8.

<sup>33</sup> Zulkifli Zulkifli, “Tuntutan Keadilan Perspektif Hukum Islam,” *JURIS (Jurnal Ilmiah Syariah)* 17, no. 1 (June 30, 2018): 140–42, <https://doi.org/10.31958/juris.v17i1.1005>.

<sup>34</sup> Shihab, *Wawasan Islam*, Hlm. 118.

<sup>35</sup> Murtadha Muththahari, *Al-‘Adl al-Ilāhī, terj. Agus Efendi* (Bandung: Mizan, 1992), Hlm. 52–61.

bagi yang berprestasi. Tentu tidak adil jika peserta lomba dibedakan atau tidak diberi kesempatan yang sama untuk meraih prestasi.<sup>36</sup>

d. Pengertian adil yang dinisbahkan kepada Ilahi.

Adil di sini berarti memelihara kewajiban atas berlanjutnya eksistensi, tidak mencegah kelanjutan eksistensi dan perolehan rahmat sewaktu terdapat banyak kemungkinan untuk itu. Keadilan Allah SWT pada dasarnya merupakan rahmat dan kebaikannya.

Di dalam Ilmu hukum, keadilan itu merupakan ide dan tujuan hukum yang harus dikaji dari sudut pandang teoritik dan filosofis. Upaya yang berkelanjutan untuk mewujudkan keadilan dalam hukum adalah suatu proses dinamis yang memerlukan waktu yang cukup banyak.<sup>37</sup> Secara kongkrit, hukum adalah adanya seperangkat asas atau aturan-aturan dan kaidah-kaidah yang mengatur hubungan sosial antar manusia dalam masyarakat, baik yang merupakan kekerabatan, kekeluargaan dalam suatu wilayah Negara di mana masyarakat hukum itu mengatur kehidupannya menurut nilai-nilai sama atau sama-sama mempunyai tujuan tertentu.<sup>38</sup>

Adapun di dalam Islam, persyaratan nilai-nilai keadilan dalam hukum sangat menentukan benar atau tidaknya, atau sah dan batalnya suatu pelaksanaan hukum. Dalam implementasinya, konsep keadilan secara hukum dalam pengertian persamaan, yaitu persamaan dalam hak, tanpa membedakan

---

<sup>36</sup> M. Quraisy Shihab, *Wawasan al-Qur'an, Tafsir Tematik atas Pelbagai Persoalan Umat* (Bandung: Mizan, 2007), Hlm. 168–69.

<sup>37</sup> Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis* (Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004), Hlm. 239.

<sup>38</sup> Mochtar Kusumaatmadja and B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum* (Bandung: Alumni, 2000), Hlm. 4.

siapa; dari mana orang yang akan diberikan sesuatu keputusan oleh orang yang diserahkan menegakkan keadilan, sebagaimana yang dimaksud dalam Surah *Al-Nisā'* ayat 58, yang berbunyi:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

Muhammad Tahir Azhari, dalam prinsip keadilan hukum, Nabi SAW menegaskan adanya persamaan mutlak di hadapan hukum-hukum syariat, tidak membedakan status sosial seseorang, apakah ia kaya atau miskin, pejabat atau rakyat jelata, dan tidak pula karena perbedaan warna kulit serta perbedaan bangsa dan agama. Di hadapan hukum semuanya sama.<sup>39</sup> Konsep persamaan yang terkandung dalam keadilan tidak pula menutup kemungkinan adanya pengakuan tentang kelebihan dalam beberapa aspek, yang dapat melebihi seseorang karena prestasi yang dimilikinya. Akan tetapi kelebihan tersebut tidak akan membawa perbedaan perlakuan hukum atas dirinya.

Penegakan hukum secara adil dan merata tanpa pilih bulu adalah menjadi keharusan utama dalam bidang peradilan, walaupun berkaitan dengan diri sendiri, keluarga dekat, kerabat atau orang-orang yang memiliki pengaruh atau kekuasaan.<sup>40</sup> Keadilan hukum menempatkan secara formal semua orang sama di hadapan hukum. Martabat dan kehormatan manusia dalam pandangan al-

<sup>39</sup> Muhammad Tahir Azhari, *Negara Hukum: Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah Dan Masa Kini* (Jakarta: Prenada Media, 2003), Hlm. 117–24.

<sup>40</sup> Didin Hafidhuddin, *Zakat Dalam Perekonomian Modern* (Jakarta: Gema Insani Press, 2002), Hlm. 215.



Qur`an adalah anugerah Allah SWT, tidak ada satu kekuatan pun yang dapat merusakkan dan menghancurkannya.

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat kita pahami secara komprehensif bahwasanya hukum Islam secara adil telah mengatur semua pola kehidupan manusia dalam setiap aspek kehidupan. Allah SWT sendiri telah menjadikan hukum-Nya berdiri di atas asas dan prinsip dasar yang sangat mudah untuk diaplikasikan, mudah sumbernya dan sesuai dengan fitrah manusia. Prinsip-prinsip dasar tersebut adalah sebagai berikut:

a. Memperhatikan kemaslahatan orang banyak

Tujuan hukum Islam adalah mewujudkan kemaslahatan<sup>41</sup> individu dan masyarakat di dunia dan akhirat. Kemaslahatan ini dikaji dengan cara pandang yang luas dan mendalam. Dasar-dasar ini semakin terlihat dalam beberapa tempat di antaranya:

- 1) Masalah keyakinan/*Tauhid*, penetapan kewajiban dan beban taklif;
- 2) Menjelaskan hikmah diutusnya nabi Muhammad ke dunia;
- 3) Isyarat tentang hikmah dari diciptakannya hidup dan mati;
- 4) Menjelaskan maslahat dan diwajibkannya beberapa ibadah; dan
- 5) Terkait pensyari'atan *Qisas*.

---

<sup>41</sup> Menurut Imam gazali *maslahah* mewujudkan kemanfaatan dan kemaslahatan dan menyingkirkan kemudharatan atau bahaya, dia mengategorikan *maslahah* ada 3 tingkatan yaitu *daruriyat* (kebutuhan primer), *hajiyyat*, (kebutuhan skunder), dan *tahsiniyyah* (kebutuhan terssier), tingkat kebutuhan tersebut disempurnakan lagi dengan perumusan objek dan sasaran 3 tingkat *mashlahah* yang dikenal dengan *ushul al khamshah* (lima prinsip dasar Jaminan) yaitu *hifzu al-din* (perlindungan dasar terhadap jiwa), *hifzu 'aql* (perlindungan dasar terhadap akal), *hifzu al-nasl* (perlindungan dasar terhadap keturunan) *hifzu al-mal* (perlindungan dasar terhadap harta) dan *hifzu -Ird* (perlindungan dasar terhadap kehormatan). Yang disebut dengan *maqāsid al-syarī'ah*. Lihat Al-Ghazālī, *Al-Mustashfā Min 'Ilm Al-Ushūl*, Juz I (Beirut: Mu'assasat al-Risalah, 1997). Juz I. Hlm. 416-417.

Syari'at Islam selalu mengaitkan hukum dengan ada tidaknya *mashlahah*, sehingga dengan bahasa lain, syari'at Islam memiliki '*illāt*' (alasan legalisasi) dan '*illāt*' ini berputar bersama dengan hukum yang ada, baik ada maupun tidaknya. Jika ia ada, maka hukumnya ada dan jika tidak ada, maka hukumnya juga menjadi tidak ada.

Kemaslahatan dari hukum bersifat tetap, tidak berubah, maka ia termasuk hukum yang tetap dan wajib diamalkan dalam setiap zaman dan waktu, seperti shalat, zakat, puasa, haji, serta beberapa aturan yang terkait dengan hukum pernikahan, thalaq, harta warisan, termasuk juga hukuman bagi pelaku kejahatan, yang madharatnya tidak akan pernah berubah sepanjang zaman, seperti membunuh, mencuri, berzina, menuduh zina dan merampok. Namun ada juga hukum yang memiliki kemaslahatan yang sudah tetap, tetapi bisa berubah sejalan dengan perubahan zaman dan waktu, maka syari'at bisa disesuaikan dengan perubahan dan perkembangan manusia misalnya dalam bidang mu'amalah, ataupun siyasah. Mengkaitkan sebuah hukum dengan adanya kemaslahatan telah menempatkan adat kebiasaan (*al-Urf*) pada posisi tertentu dalam syari'at Islam, sebab kebiasaan adalah bukti dari adanya keperluan masyarakat yang bisa melahirkan kemaslahatan, bisa dipandang sebagai pertimbangan untuk memunculkan hukum baru.<sup>42</sup>

#### b. Mewujudkan Keadilan Sosial

---

<sup>42</sup> Rasyad Hasan Khalil, *Tarikh al Tasyri' al Islāmī, Terjemah Nadirsyah Hawari* (Bandung: Mizan, 2009), Hlm. 22–24. Lihat juga Fahmi Fatwa Rosyadi Satria Hamdani et al., "Traditional Law vs. Islamic Law; An Analysis of Muslim Community Awareness in Inheritance Issues," *Al-Ahkam* 32, no. 1 (2022), <https://doi.org/10.21580/ahkam.2022.32.1.11000>. Hlm 125.

Salah satu karekteristik hukum Islam adalah bercorak generalistik, yaitu untuk semua unsur manusia, menyatukan dalam ruang lingkup kebenaran dan memadukan dalam kebaikan. Hal tersebut ditunjukkan dengan tidak dibedakan suku, bangsa, bahasa, warna kulit, karena yang dipandang adalah ketakwaan dan amal baiknya. Hal ini dapat dipahami bahwa keadilan sosial Islam merupakan dasar penting bagi tegaknya syari'at, mercusuar utama yang akan menerangi alam sekitar. Keadilan sosial dalam Islam baik sebagai syari'at yang mengikat juga sebagai undang-undang. Allah memerintahkan dan mengingatkan supaya tidak meninggalkannya terutama dalam penetapan hukum dan menengakkan keadilan.<sup>43</sup>

c. Tidak memberatkan dan sedikit beban

Dasar tidak memberatkan berarti menghilangkan kesusahan yang tidak mungkin kita akan tetap konsisten dalam ketaatan ketika ia masih ada. Syari'at datang dalam batas kemampuan seorang mukallaf, Hal ini menunjukkan dalam *syari'at* Islam selalu ada langkah solutif atas suatu beban hukum.

d. Universal dan dinamis

Yaitu bahwa yang berarti tidak hanya dikhususkan untuk bangsa tertentu, tetapi untuk semua bangsa di dunia, dan bersifat tidak temporal, yang hanya untuk masa tertentu saja, tetapi berlaku sejak zaman Muhammad menjadi nabi sampai dengan hari kiamat nantinya.

---

<sup>43</sup> Lihat Bradley Campbell, "Social Justice and Sociological Theory," *Society* 58, no. 5 (2021), <https://doi.org/10.1007/s12115-021-00625-4>. Hlm. 363.

e. Elastis dan fleksibel

Hukum yang elastis dan fleksibel dan memuat prinsip-prinsip umum, sehingga tidak terpengaruh dengan perubahan zaman dan tempat. Hukum Islam mengatur segala pola kehidupan manusia dalam segala aspeknya, bahkan mencakup tidak hanya interaksi antar manusia, melainkan juga hubungan dengan makhluk lain yang diciptakan oleh Allah.

f. *Ta'aqquli* dan *Ta'abbudi*

Yaitu di samping mempunyai sumber pokok yaitu Al-Qur'an dan al-Hadits, hukum Islam juga mempunyai sumber yang lain yang berupa konsensus ulama yang mencerminkan suatu transisi kearah satu hukum yang berdiri sendiri dalam melakukan upaya penafsiran terhadap Al-Qur'an dan al-Hadits.

Pada prinsipnya, dalam proses peradilan di Indonesia, sistem yang telah dibangun dan harus dipertahankan adalah sistem peradilan yang berbasis perlindungan hukum dan keadilan, dimana sistem ini merupakan misi proses peradilan untuk mewujudkan sebuah visi peradilan yaitu untuk mewujudkan suatu keadilan yang berlandaskan kepada asas *Al-ulūhiyyah* yaitu atas dasar Ketuhanan Yang Maha Esa.<sup>44</sup>

## 2. *Middle Theory*

a. Teori Perubahan Hukum

---

<sup>44</sup> A. Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan: Membangun Sistem Peradilan Berbasis Perlindungan Hukum Dan Keadilan*, Cetakan pertama (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2017), Hlm. 81. lihat <sup>44</sup> المعيار ”العقود الفاسدة“ من الاعتبارات الموجبة لتصحيح العقود الفاسدة, 25, no. 10 (December 2021): 410–21. hlm.410

Teori Perubahan hukum dalam istilah Hukum Islam disebut tagayyar al-ahkam, dimana Perubahan hukum dan sosial adalah suatu penomena yang saling mempengaruhi satu dengan lainnya, perobahan hukum dalam sebuah negara dapat mempengaruhi perubahan sosial di Masyarakat. Begitu juga sebaliknya perubahan sosial di masyarakat dapat membawa kepada perubahan hukum dalam suatu negara erat sekali kaitannya dengan perubahan sosial di masyarakat terutama mengenai kedudukan anak setelah mendapat penetapan di Pengadilan.

Teori perubahan hukum dikemukakan oleh Ibnu Qayyim al-Jauziyyah yaitu “*tagayyuru al aḥkamī bitagayuri al-azmāni wa al-amkinati wa al-aḥwālī*”<sup>45</sup> Maksudnya adalah perubahan hukum dipengaruhi waktu, tempat dan keadaan. Teori perubahan hukum yang beliau pergunakan dalam bidang Fiqih ini sangat terkait dengan kondisi dan zaman dimana beliau berada dan juga melihat keadaan masyarakat dimana hukum itu akan diterapkan. Pada dasarnya prinsip pemikiran teori perubahan hukum senantiasa mengacu kepada kemaslahatan manusia, kemaslahatan manusia banyak terkait dengan tempat, zaman dan keadaan lingkungannya.

Hukum dalam sejarah kehidupan manusia dipahami dalam dua pengertian, yaitu: Pertama, hukum diartikan sebagai hak yang mana pengertian ini merupakan yang lebih mengarah kepada pengaturan moral. Kedua, hukum

---

<sup>45</sup> Ibn Qayyim al-Jauziyyah, *I'lām Al-Muwaqqi'īn 'an Rabb Al-'Ālamīn* (Bairut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1993).Hlm.3.

diartikan sebagai undang-undang.<sup>46</sup> Secara sosiologis, terdapat beberapa pengertian dan definisi hukum di antaranya,<sup>47</sup> yaitu:

- 1) Hukum merupakan suatu sistem aturan untuk menilai hubungan kemasyarakatan.
- 2) Hukum merupakan prinsip atau aturan tingkah laku yang dibuat untuk melakukan justifikasi terhadap prediksi-prediksi dengan kepastian yang logis, bahwa hukum tersebut akan diterapkan oleh pengadilan jika otoritas dari hukum tersebut kemudian dipersengketakan.
- 3) Hukum merupakan pembatasan terhadap kebebasan setiap individu untuk kepentingan perdamaian umum yang diformulasikan dalam bentuk tingkah laku dalam pergaulan antar sesama manusia.
- 4) Hukum adalah suatu kumpulan aturan yang mempunyai otoritas untuk menyelesaikan berbagai persoalan manusia dan masyarakat.

Adapun Sistem hukum terbagi dalam 3 (tiga) komponen yaitu:<sup>48</sup>

- 1) Komponen struktur, yaitu kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum diantaranya kepolisian, kejaksaan, pengadilan yang mempunyai fungsi *law enforcement* dalam sistem itu sendiri.

---

<sup>46</sup> Munir Fuady, *Dinamika Teori Hukum*, I (Bogor: Ghalia Indonesia, 2007), Hlm. 36.

<sup>47</sup> Samsir Salam, "Hukum Dan Perubahan Sosial (kajian Sosiologi Hukum)," no. 1 (2015), Hlm. 163. Lihat juga Kaijus Tuomas Ervasti, *Sociology of Law as a Multidisciplinary Field of Research*, vol. 53 (Stockholm: Scandinavian Studies in Law, 2008). Hlm 146.

<sup>48</sup> Lawrence M. Friedman, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, 2 (Bandung: Nusa Media, 2009), Hlm. 17–18.

- 2) Komponen substansi, merupakan norma-norma hukum, baik itu peraturan-peraturan, keputusan-keputusan dan sebagainya yang digunakan oleh para penegak hukum (komponen struktur) maupun oleh mereka yang diatur.
- 3) Komponen budaya hukum, terdiri dari adanya ide-ide, sikap dan perilaku, harapan dan pendapat tentang hukum. Kultur hukum ini dibedakan *antara internal legal culture* yakni kultur hukumnya, *lawyers* dan *judged's*, dan *external legal culture*, yaitu kultur masyarakat pada umumnya.

Ketiga komponen tersebut berada dalam suatu sistem hukum saling berhubungan, berinteraksi dan saling bersimbiosis pada realitas hukum dan sosial.<sup>49</sup> Terhadap teori Friedman ini, Ahmadi Hasan berpendapat bahwa struktur hukum yang baik tidak akan berjalan dengan baik kalau tidak ditunjang oleh adanya substansi hukum yang baik pula. Namun, substansi hukum yang baik tidak akan dapat dirasakan manfaatnya kalau tidak ditunjang oleh struktur hukum yang baik. Kemudian struktur dan substansi hukum yang baik tersebut juga tidak akan dapat dirasakan eksistensinya kalau tidak didukung oleh budaya hukum masyarakat yang baik pula.<sup>50</sup> Ahmadi Hasan menegaskan bahwa suatu perangkat hukum dapat mengambil peran dengan baik ketika ketiga aspek sub-sistem yaitu struktur, substansi dan budaya hukum itu saling berinteraksi dan memainkan peranan sesuai dengan fungsinya Sehingga hukum dapat berjalan secara serasi dan seimbang, sesuai dengan fungsinya. Lebih lagi,

---

<sup>49</sup> Yuddin Chandra Nan Arif, "Dimensi Perubahan Hukum Dalam Perspektif Sistem Hukum Terbuka," 2013, Hlm. 118.

<sup>50</sup> Ahmadi Hasan, *Adat Badamai: Interaksi Hukum Islam Dan Hukum Adat Pada Masyarakat Banjar*, Edisi Revi (Banjarmasin: Tahura Media, 2020). Hlm. 5

dia mengibaratkan seekor ikan akan dapat hidup dengan baik manakala ditunjang oleh kualitas air kolam yang baik dan mutu makanan yang baik pula.<sup>51</sup>

Dalam penelitian ini, locus yang telah penulis tentukan adalah wilayah provinsi kalimantan selatan, sehingga terkait dengan budaya hukum tidak dapat lepas dengan budaya hukum yang terkristalisasi dalam masyarakat banjar yang merupakan suku mayoritas yang menduduki daerah ini. Oleh karena itu, instrumen-instrumen budaya yang lahir di tengah-tengah masyarakat Banjar harus juga menjadi pertimbangan dalam konteks budaya hukum disini, yaitu adat badamai baik dalam perkara perdata maupun pidana. Menurut Ahmadi Hasan, budaya badamai dalam budaya hukum masyarakat banjar ditempuh melalui prosedur dengan meminta bantuan orang yang ditokohkan, bisa tokoh agama, tokoh masyarakat, tokoh pemuda, sebagai perantara yang mengkomunikasikan maksud dan tujuan.<sup>52</sup> Dengan demikian, maka persoalan pernikahan, perceraian ataupun persoalan hukum keluarga juga sangat erat dengan keterlibatan tokoh tersebut. Sebagai contoh, wali hakim yang kerap dipergunakan oleh masyarakat dalam melaksanakan pernikahan bukan wali hakim resmi yang ditunjuk oleh negara, melainkan dari kalangan tokoh-tokoh masyarakat sekitar. Meskipun ini merupakan stigma dalam budaya hukum, akan tetapi Ketidapkahaman atau kurangnya pengetahuan tentang prosedur

---

<sup>51</sup> Hasan. Lihat juga Liky Faizal, "Sosiologi Hukum Dalam Paradigma Sosial," *Tapis* 5, no. 10 (2009). Hlm. 132.

<sup>52</sup> Hasan, *Adat Badamai: Interaksi Hukum Islam Dan Hukum Adat Pada Masyarakat Banjar*. Hlm. 227.



pernikahan yang sah, baik dari segi agama maupun hukum positif, seringkali menyebabkan masyarakat melahirkan norma yang sesuai dengan pemahaman mereka.

Selanjutnya menurut Friedman, secara teoritis perubahan hukum dapat dibedakan kedalam empat tipe dilihat dari titik awal perubahannya dan titik dampak akhirnya, yaitu:<sup>53</sup>

- 1) Perubahan yang berawal dari luar sistem hukum, yakni dari masyarakat, tetapi mempengaruhi dan berakhir sistem hukum saja.
- 2) Perubahan yang berawal dari luar sistem hukum dan melewati sistem hukum tersebut, kemudian sampai ke masyarakat.
- 3) Perubahan yang berawal dari dalam sistem hukum dengan menghasilkan dampak di dalam sistem hukum juga.
- 4) Perubahan yang berawal dari dalam sistem hukum, kemudian menembus sistem hukum tersebut dengan dampak akhir di luarnya, yakni di masyarakat.

Tipikal dari sistem hukum terbuka yaitu hukum memainkan peranan mengintegrasikan domain hukum bagi telaah disiplin lain dalam tatanan multidisiplin, baik yang berkenaan dengan hubungan antar disiplin-disiplin ilmu tersebut maupun yang berkenaan dengan integrasi hasil-hasil artikel ilmiah dari disiplin-disiplin ilmu tersebut dalam konteks penyempurnaan hukum.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Friedman, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Hlm. 353–54.

<sup>54</sup> Arif, “Dimensi Perubahan Hukum Dalam Perspektif Sistem Hukum Terbuka,” Hlm. 125.

## b. Teori Penemuan Hukum

Teori penemuan hukum disebut juga *Rechtsvinding*, yang berasal dari bahasa Belanda yang terdiri dari kata “*recht*” yang berarti hukum, dan “*vinding*” yang berarti penemuan. Jadi, kata *rechtsvinding* dapat diartikan sebagai "penemuan hukum".<sup>55</sup> Istilah penemuan hukum juga mengalami perdebatan di kalangan para pakar hukum, karena istilah penemuan hukum ini dianggap lebih tepat dengan istilah bagaimana terjadinya penerapan hukum, bagaimana pelaksanaan hukum itu sendiri, bagaimana terjadinya pembentukan hukum ataupun bagaimana terjadinya penciptaan hukum di Masyarakat.<sup>56</sup> Menurut Sudikno Mertokusumo, penemuan hukum adalah proses di mana hakim di pengadilan atau aparat hukum lain yang bertanggung jawab untuk menerapkan peraturan hukum umum pada situasi konkret yang terjadi. Ini melibatkan penggunaan penalaran dan interpretasi untuk menghubungkan peraturan hukum umum dengan fakta-fakta spesifik dari kasus yang sedang dipertimbangkan. Dengan cara ini, penemuan hukum melibatkan pengkajian tentang bagaimana peraturan hukum yang umum (*das sollen*) diterapkan pada situasi-situasi faktual yang spesifik (*das sien*), sehingga menghasilkan keputusan yang mengikat untuk kasus yang bersangkutan. Sehingga penemuan hukum diawali dengan seleksi subyektif dari adanya peristiwa-peristiwa dan

---

<sup>55</sup> Nurmin K Martam, “Tinjauan Yuridis Tentang Rechtsvinding (penemuan Hukum) Dalam Hukum Perdata Indonesia” 5, no. 2 (n.d.): Hlm. 44. Lihat juga Imam Sujono, “Urgency Of Rechtsvinding And Jurisprudence In The Constitutional Court Authority,” *Constitutional Law Society* 1, no. 2 (2022), <https://doi.org/10.36448/cls.v1i2.26>. Hlm. 174-175

<sup>56</sup> Muliadi Nur, “Rechtsvinding : Penemuan Hukum ( Suatu Perbandingan Metode Penemuan Hukum Konvensional Dan Hukum Islam ),” *Jurnal Ilmiah Al-Syir'ah* 2, no. 1 (2016), <https://doi.org/10.30984/as.v2i1.216>. t.h.

peraturan-peraturan yang sesuai dengan tema sehingga selanjutnya dirumuskan ulang menjadi sesuatu peristiwa atau peraturan yang abstrak kepada yang konkrit.<sup>57</sup>

Dalam penemuan hukum, penerapan asas hukum secara teknis dapat dilakukan dengan dua pendekatan metode, yaitu pendekatan penalaran hukum induksi dan deduksi. Penangan suatu perkara diawali dengan langkah induksi berupa perumusan fakta-fakta, mencari hubungan sebab akibat dan mereka probabilitasnya, selanjutnya dilakukan penerapan hukum sebagai langkah induksi.<sup>58</sup>

Dalam penemuan hukum tersebut, seorang pembentuk hukum, dalam hal ini Hakim juga dianggap sebagai pembentuk hukum melalui putusan dan penetapannya, tentu harus memperhatikan sumber-sumber hukum baik sumber hukum materiil maupun sumber hukum formil. Dalam hal ini penulis lebih pada sumber hukum formil, salah satunya adalah bahwa putusan dan penetapan hakim merupakan yurisprudensi. Terhadap hal ini, tentu pendekatan penemuan hukum yang lebih tepat melalui *sociological jurisprudence*.

Ahmadi Hasan dalam disertasinya yang berjudul “*Penyelesaian Sengketa Hukum Berdasarkan Adat Badamal Pada Masyarakat Banjar Dalam Kerangka Sistem Hukum Nasional*” mengutip pendapat Roscoe Pound (1968) yang merupakan salah seorang pendukung *Sociological Jurisprudence*,

---

<sup>57</sup> Sudikno Mertokusumo and A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, I (Yogyakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), Hlm. 4.

<sup>58</sup> Achmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim: Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Cet. 1 (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), Hlm. 89.

mengatakan bahwa hukum dapat berfungsi sebagai alat untuk merekayasa sosial yang terjadi di Masyarakat (*law as a tool of social engineering*).<sup>59</sup> Lebih lanjut, Ahmadi Hasan mengutip pendapat Mochtar Kusumaatrnadja seorang Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran,<sup>60</sup> bahwa hukum tidak hanya diartikan sebagai "alat" melainkan juga sebagai "sarana" pembaharuan masyarakat. Pokok pikiran yang melandasi konsep tersebut yaitu:

- 1) bahwa ketertiban dan keteraturan dalam usaha pembangunan dan pembaharuan memang diinginkan, bahkan mutlak perlu;
- 2) bahwa hukum dalam arti kaidah diharapkan dapat mengarahkan kegiatan manusia ke arah yang dikehendaki oleh pembangunan dan pembaharuan itu.

Untuk itu diperlukan sarana berupa peraturan hukum yang tertulis (baik perundang-undangan maupun yurisprudensi), dan hukum yang berbentuk tertulis ini harus sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

### 3. *Applied Theory*

Untuk menganalisis permasalahan maka teori yang diterapkan adalah teori hukum progresif. Hukum progresif merupakan bagian dari upaya terus-menerus untuk mencari kebenaran yang tak pernah usai dan berhenti. Konsep hukum progresif dipandang sebagai sebuah pencarian identitas yang berangkat dari pengalaman empiris tentang bagaimana hukum beroperasi dalam

---

<sup>59</sup> Ahmadi Hasan, "Penyelesaian Sengketa Hukum Berdasarkan Adat Badamal Pada Masyarakat Banjar Dalam Kerangka Sistem Hukum Nasional" (Yogyakarta, 2007). Hlm. 23.

<sup>60</sup> Hasan. Hlm. 24. Lihat juga Mohd Yusuf DM et al., "Peranan Dan Kedudukan Sosiologi Hukum Bagi Masyarakat Sebagai Kontrol Sosial," *Jurnal Pendidikan Dan Konseling* 5, no. 2 (2023). Hlm. 1101 - 1102

masyarakat, yang mencakup ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum di Indonesia pada akhir abad ke-20.<sup>61</sup>

Menurut Satjipto Raharjo Hukum hendaknya tetap konsisten dapat fleksibel mengikuti perkembangan waktu dan zaman, mampu menjawab perubahan zaman yang selalu maju berputar dengan segala dasar hukum yang ada di dalamnya, Dengan mengandalkan pada aspek yang rasional dan moral, penegak hukum diharapkan mampu menjamin dan memenuhi kepentingan terbaik masyarakat, hukum progresif tidak terjadi begitu saja tanpa alasan, melainkan melalui sebuah proses terus-menerus dalam pencarian kebenaran yang tak pernah berhenti. Hukum progresif bisa dilihat sebagai sebuah upaya pencarian identitas yang berdasarkan realitas sebenarnya tentang bagaimana hukum berfungsi di masyarakat, seperti sebuah perjalanan eksplorasi yang sedang mencari jati diri, Prof. Tjip kemudian berkesimpulan bahwa salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitasnya yang melekat.<sup>62</sup>

Menurut Satjpto, hukum progresif menganggap bahwa hukum seharusnya melayani kepentingan manusia, bukan sebaliknya, bahwa manusia harus tunduk pada hukum. Ini berarti bahwa esensi dari setiap individu pada dasarnya baik, dan karakteristik ini seharusnya menjadi landasan bagi pembangunan sistem hukum mereka. Dalam pandangan ini, hukum bukanlah penguasa mutlak, tetapi alat yang digunakan manusia untuk menyebarkan

---

<sup>61</sup> Mukhidin, "Hukum Progresif Sebagai Solusi Hukum Yang Mensejahterakan Rakyat", *Jurnal Pembaharuan Hukum*, *Jurnal Pembaharuan Hukum* I, no. 3 (December 2014): Hlm. 278.

<sup>62</sup> Satjipto Raharjo, "Membedah Hukum Progresif," *Kompas* (Jakarta, 2006). Hlm ix

kebaikan dan keadilan di dunia. Pemikiran hukum progresif menekankan bahwa hukum tidak boleh mandiri, melainkan harus selalu diarahkan pada tujuan yang lebih besar dan lebih luas, seperti memberikan rahmat kepada masyarakat dan memajukan kemanusiaan. Oleh karena itu, ketika ada masalah dalam sistem hukum, fokusnya seharusnya pada perbaikan hukum itu sendiri, bukan pada memaksa individu untuk mematuhi struktur hukum yang mungkin kurang sesuai.

Para pemikir hukum yang telah mempelajari dan menganalisis gagasan Teori Hukum Progresif menyimpulkan bahwa beberapa ciri utamanya termasuk penekanan pada pelayanan kepada manusia, penolakan terhadap dominasi hukum sebagai entitas mandiri, dan fokus pada perbaikan sistem hukum untuk melayani kebutuhan yang lebih luas dan lebih besar dari pada kepentingan individual atau kelompok tertentu, yaitu:<sup>63</sup>

- a. Hukum perlu senantiasa beradaptasi dengan dinamika aspirasi masyarakat yang terus berkembang. Ini berarti bahwa hukum harus selalu responsif terhadap perubahan situasi, kondisi, serta kebutuhan regulasi yang ada di Tengah masyarakat;
- b. Hukum perlu memberikan dukungan kepada kepentingan masyarakat agar keadilan dapat terwujud;
- c. Hukum berusaha untuk mengarahkan kehidupan manusia menuju kesejahteraan dan kebahagiaan;

---

<sup>63</sup> Deni Nuryadi, "Teori Hukum Progresif Dan Penerapannya Di Indonesia (Progressive Legal Theory and Its Application in Indonesia)," *Jurnal Ilmiah Hukum: De Jure* 1, no. 2 (2016). Hlm 401-402.

- d. Hukum adalah entitas yang dinamis, senantiasa bergerak, dan mengalami evolusi serta perubahan seiring waktu;
- e. Hukum berfokus pada pentingnya menciptakan kondisi untuk mencapai kehidupan yang lebih baik sebagai fondasi utama bagi keberhasilan sistem hukum;
- f. Hukum selalu memiliki sifat yang responsif terhadap perkembangan
- g. Hukum selalu berusaha mendorong adanya keterlibatan publik; dan
- h. Membangun sebuah negara hukum dengan mengedepankan prinsip-prinsip moral dan etika yang tercermin dalam hati nurani.

Selain itu juga Prof. Satjipto telah menegaskan yang pada prinsipnya bahwa Penegakan hukum progresif tidak hanya tentang mengikuti aturan secara mekanis, tetapi juga tentang bagaimana menginterpretasikan dari semangat dan arti yang lebih dalam dari peraturan yang ada. Ini melibatkan kecerdasan intelektual dan spiritual, serta determinasi, multi-talent, empati, dan dedikasi dari para aparat hukum. Tujuannya bukan hanya untuk mematuhi hukum yang ada, tetapi juga untuk mengakhiri penderitaan bangsa dan mengeksplorasi solusi-solusi baru..<sup>64</sup>

Pada dasarnya, gagasan hukum progresif merupakan pergumulan pemikiran yang panjang terhadap penerapan sistem hukum di Indonesia yang selalu statis, koruptif, dan tidak mempunyai keberpihakan struktural terhadap hukum yang hidup di masyarakat. Hukum dipaksakan dan diterapkan dengan

---

<sup>64</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009). Hlm XII

kekerasan struktural oleh aparat penegak hukum.<sup>65</sup> A. Sukris Sarmadi menyatakan bahwa Hukum progresif adalah sistem hukum yang dirancang dengan tujuan utama untuk memajukan kesejahteraan manusia, mendorong keadilan sosial, dan menciptakan kondisi yang lebih adil bagi masyarakat. Aturan-aturan hukum dalam pendekatan ini didasarkan pada prinsip-prinsip keadilan dan kepentingan rakyat, dengan tujuan akhir untuk meningkatkan kebahagiaan dan kesejahteraan manusia. Dalam konteks ini, hukum progresif bertujuan untuk mengurangi kesulitan dan penderitaan yang mungkin dialami oleh individu atau kelompok, serta menghasilkan sistem yang mendukung perkembangan positif dalam masyarakat.<sup>66</sup>

Hukum dalam pandangan hukum progresif mempunyai beberapa peran dan fungsi yang penting, yaitu:

a. Hukum sebagai institusi yang dinamis

Hukum merupakan sebuah lembaga yang terus-menerus berupaya untuk meningkatkan dirinya menuju taraf yang lebih baik. Hal ini dapat diamati dalam upayanya untuk mencapai keadilan, kesejahteraan, perhatian terhadap kepentingan rakyat, dan aspek lainnya.<sup>67</sup>

b. Hukum sebagai ajaran kemanusiaan dan keadilan

---

<sup>65</sup> Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum: Esai-Esai Terpilih* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), Hlm. 96–97.

<sup>66</sup> A. Sukris Sarmadi, *Dekonstruksi Hukum Progresif Ahli Waris Pengganti Dalam Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Aswaja Pressindo, 2010), Hlm. 56. Lihat juga Ash-shidiqqi, “Meneropong Ilmu Hukum Profetik: Penegakan Hukum Yang Berketuhanan.” Hlm.40.

<sup>67</sup> Mahfud MD, *Politik Hukum Di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), Hlm. 368. Lihat juga. Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Perubahan Sosial: Tinjauan Teoritis Serta Pengalaman-Pengalaman Di Indonesia*. Hlm. 16.



Inti dari filosofi hukum progresif adalah mengarahkan institusi hukum untuk menciptakan keadilan, kesejahteraan, dan kebahagiaan bagi manusia. Dalam pendekatan ini, hukum dianggap sebagai sarana untuk mewujudkan kepentingan manusia, bukan sebaliknya. Manusia dipandang sebagai pusat penentuan dalam konteks hukum progresif, dengan asumsi bahwa mereka pada dasarnya memiliki kebaikan. Prinsip ini bertujuan untuk mengalihkan fokus teori hukum dari peraturan-peraturan semata ke manusia, sehingga hukum tidak hanya lahir untuk kepentingan dirinya sendiri, tetapi juga untuk mempromosikan martabat, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia secara lebih luas.<sup>68</sup>

c. Hukum sebagai aspek peraturan dan perilaku

Orientasi hukum progresif berasal dari dua aspek penting dalam kehidupan masyarakat, yaitu peraturan dan perilaku manusia. Peraturan dibangun untuk membentuk sistem hukum yang logis dan rasional, sementara perilaku manusia menggerakkan dan menerapkan peraturan tersebut dalam kehidupan nyata. Konsep dasarnya adalah bahwa hukum tidak hanya terdiri dari teks undang-undang, tetapi juga terlihat dalam perilaku sosial dari pihak yang menegakkannya dan masyarakatnya. Dengan mengutamakan pemahaman terhadap perilaku manusia daripada hanya fokus pada teks undang-undang, pendekatan ini mengubah paradigma penegakan hukum, menjadikan hukum sebagai proses yang terus berkembang dalam menjaga

---

<sup>68</sup> Muh Ridha Hakim, "Implementasi Rechtsvinding Yang Berkarakteristik Hukum Progresif," *Jurnal Hukum Dan Peradilan* 5, no. 2 (2016), <https://doi.org/10.25216/jhp.5.2.2016.227-248>. Hlm 236.

kemanusiaan.<sup>69</sup>

d. Hukum sebagai ajaran pembebasan

Hukum progresif berperan sebagai kekuatan "pembebasan" dengan memungkinkan pembebasan dari pola, pendekatan berpikir, prinsip, dan teori hukum yang bersifat legalistik dan positivistik. Dengan ciri "pembebasan" itu, hukum progresif lebih mengutamakan "tujuan" daripada "prosedur", karena Penggunaan hukum yang serba formal-prosedural dan teknikal, pada dasarnya telah banyak melupakan sisi kebenaran materiil, keadilan substansial dan kemanusiaan.<sup>70</sup> Berfikir secara progresif, menurut Satjipto Raharjo berarti harus berani keluar dari mainstream pemikiran absolutisme hukum, kemudian menempatkan hukum dalam posisi yang relative. Dalam hal ini, hukum harus diletakkan dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan.<sup>71</sup>

Adapun teori hukum yang terkait erat dengan hukum progresif salah satunya adalah hukum responsif yang dipelopori oleh Philip Nonet & Philip Selznick dimana inti dari teori hukum ini yaitu menginginkan agar hukum peka terhadap setiap perkembangan masyarakat. M. Fahmi Al-Amruzi mengatakan bahwa produk hukum responsif adalah produk hukum yang mencerminkan rasa keadilan dan memenuhi harapan masyarakat, karena dalam pembuatannya memberikan peranan besar dan partisipasi penuh kelompok-kelompok sosial atau individu dalam masyarakat. Tentu, hasilnya akan bersifat respon terhadap kepentingan seluruh

---

<sup>69</sup> Kusuma, Hlm. 31. lihat juga Gerald Turkel, *Law and Society: Critical Approaches* (New York: Pearson College Division, 1996). Hlm. 6.

<sup>70</sup> Kusuma, Hlm. 280.

<sup>71</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, Menggagas Hukum Progresif Indonesia* (Semarang: Pustaka Pelajar, 2006), Hlm. 9.

elemen, baik dari segi masyarakatan maupun penegakan hukum<sup>72</sup> Dengan demikian, maka kaidah dalam teori hukum progresif bahwa diciptakannya aturan hukum untuk kepentingan manusia bukan sebaliknya.

## **G. Metode Penelitian**

### **1. Jenis Penelitian**

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, yaitu penelitian dengan menitikberatkan pada norma yang berlaku, atau disebut juga dengan penelitian hukum *doctrinal* atau *konseptual*, namun, pada bagian-bagian tertentu dalam penelitian ini, kolaborasi dilakukan dengan menggunakan data empiris mengenai norma hukum.<sup>73</sup> Data empiris yang digunakan bersumber dari fakta berupa hasil penetapan-penetapan Hakim perkara asal-usul anak di Wilayah PTA Banjarmasin yang menjadi penunjang agar dapat diperoleh gambaran yang komprehensif dalam pembahasan permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian ini.

Secara bahasa, normatif berarti berpegang teguh pada norma atau kaidah hukum yang berlaku. Secara istilah, penelitian hukum normatif adalah penelitian tentang hukum yang dikonsepsikan sebagai apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan. Unsur-unsur yang membangun peta konseptual penelitian hukum normatif adalah rasionalisme, mazhab hukum positif, teori koherensi,

---

<sup>72</sup> M. Fahmi Al-Amruzi, *Rekonstruksi Wasiat Wajibah Dalam Kompilasi Hukum Islam* (Yogyakarta: Aswaja Pressindo, 2012), Hlm. 106–107.

<sup>73</sup> Herowati Poesoko and Anak Agung Sagung Laksmi Dewi, “The Role of Legal Opinion as Legal Problem Solving Method,” *Sociological Jurisprudence Journal* 3 (2020). Hlm. 19.

pengetahuan yang apriori, analisis deduksi, penelitian kepustakaan, data sekunder dan kualitatif.<sup>74</sup>

Hukum normatif tidak saja memaparkan norma (*beschrijven*/deskriptif) tetapi juga menormai atau mengkaidahi (*voorschrijven*/preskriptif) sebagai tindakan yang berdimensi politik praktikal. Dalam kondisi seperti itu, ilmu hukum normatif mempunyai tugas pokok untuk mengarahkan, menganalisis, mensistematisasi, menginterpretasi dan menilai hukum positif. Ilmu hukum normatif mempunyai dimensi majemuk, yakni selain dimensi menjelaskan secara tuntas tentang norma hukum juga berupaya memberi dimensi normatif-kontemplatif untuk dijadikan pedoman dalam praktik hukum. Dengan demikian, hubungan antara dimensi normatif-kontemplatif dan praktik hukum adalah sangat erat bertemu dalam satu titik silang, dalam arti, silang pendapat dalam praktik hukum dapat diselesaikan dengan menggunakan dimensi normatif-kontemplatif dari ilmu hukum.<sup>75</sup>

## 2. Pendekatan Penelitian

Ada 6 (enam) pendekatan penelitian yang sering digunakan dalam penelitian, di antaranya 1. Pendekatan Filsafat (*philosophical approach*); 2. Pendekatan Perundang-undangan (*statute approach*); 3. Pendekatan Perbandingan (*comparative approach*); 4. Pendekatan Konsep (*conceptual approach*); 5. Pendekatan Analitis (*analytical approach*); 6. Pendekatan Kasus (*case approach*).<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Jonaedi Efendi and Johnny Ibrahim, *Metode Penelitian Hukum: Normatif Dan Empiris* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018). Hlm 124.

<sup>75</sup> I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum* (Jakarta: Prenada Media, 2017). Hlm.5.

<sup>76</sup> Efendi and Ibrahim, *Metode Penelitian Hukum: Normatif Dan Empiris*. Hlm. 130-140

Penelitian ini juga menggunakan pendekatan *case approach* yaitu studi kasus berupa *ratio decidendi*, yaitu alasan-alasan hukum dan pertimbangan-pertimbangan hukum yang dikemukakan para hakim PA di wilayah hukum PTA Banjarmasin untuk sampai kepada penetapannya sehingga hasil berupa penetapan asal-usul anak dapat memberikan keadilan dan kemaslahatan bagi masyarakat,<sup>77</sup> selain itu juga dapat ditambahkan dengan *obiter dicta*, yaitu alasan-alasan hukum yang mendukung dan memperkuat *ratio decidendi* tersebut. Selain itu, dalam rangka mendukung proses Analisa terhadap tersebut, maka penulis juga menggunakan Pendekatan Perundang-undangan (*statute approach*), yaitu dengan mempelajari dan mengkaji Penetapan-Penetapan Hakim perkara asal-usul anak dan menganalisis hasil kajian tersebut berdasarkan peraturan perundang-undangan yang mengatur terkait asal-usul anak.

### 3. Sifat Penelitian

Penelitian ini bersifat deskriptif *analitis* yaitu bagaimana upaya untuk menganalisis data dilakukan supaya tidak keluar dari lingkup permasalahan dan berdasarkan teori atau konsep yang bersifat umum diaplikasikan untuk menjelaskan tentang seperangkat data atau menunjukkan komparasi atau hubungan seperangkat data dengan seperangkat data yang lain.

### 4. Sumber Bahan Hukum

Biasanya, bahan hukum dalam riset, informasi dapat didapatkan dari dua sumber utama: melalui pengumpulan langsung dari masyarakat atau dari referensi literatur. Data yang diperoleh secara langsung disebut data primer atau data dasar,

---

<sup>77</sup> Marzuki, *Penelitian Hukum*, Hlm. 119.

sedangkan data yang diperoleh dari literatur sering disebut sebagai data sekunder.<sup>78</sup>

Data sekunder dalam penelitian ini terdiri atas 3 (tiga) bahan hukum, yaitu:

a. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, yang merupakan data-data yang memuat permasalahan yang diteliti seperti dokumen-dokumen penetapan asal-usul anak pada PA wilayah hukum PTA Banjarmasin untuk tahun 2020 sampai 2022. Dalam 3 (tiga) tahun terakhir terdapat 687 perkara asal-usul anak dengan rincian pada tabel berikut.

Tabel 1.1. Total Perkara Asal-usul Anak pada Pengadilan Agama di Wilayah Hukum Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin.

No	Pengadilan Agama	Kabul	Tolak	Cabut	Gugur	Tidak Diterima	Total
1	PA Banjarmasin	52	47	3	5	1	108
2	PA Barabai	90	0	2	2	0	94
3	PA Kandungan	60	0	0	0	0	60
4	PA Amuntai	26	2	0	2	0	30
5	PA Negara	14	0	0	0	0	14
6	PA Banjarbaru	86	3	0	0	0	89
7	PA Marabahan	6	0	0	1	0	7
8	PA Tanjung	64	1	0	0	0	65
9	PA Batulicin	82	1	3	0	0	86
10	PA Martapura	26	2	0	0	0	28
11	PA Rantau	66	0	0	0	0	66
12	PA Kota Baru	14	0	0	0	0	14
13	PA Pelaihari	26	0	0	0	0	26
<b>Jumlah</b>		<b>612</b>	<b>56</b>	<b>8</b>	<b>10</b>	<b>1</b>	<b>687</b>

<sup>78</sup> Agus Budiarto, "Legal Research Methodology Reposition in Research on Social Science," *International Journal of Criminology and Sociology* 20, no. 9 (2020), <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2020.09.154>. Hlm 1346.

Dari 687 perkara tersebut, jumlah penetapan yang akan dibahas adalah sebanyak 27 penetapan atau sebesar 4,19 % dari total seluruh penetapan asal-usul anak, terdiri dari 14 (empat belas) penetapan mengabulkan dan 13 (tiga belas) putusan tidak mengabulkan (menolak) permohonan asal-usul anak tersebut. Rincian penetapan tersebut dapat dilihat dari tabel berikut.

Tabel 1.2. Daftar Sumber Bahan Hukum Primer

No.	Tahun	Pengadilan Agama	Nomor Penetapan	Penetapan Akhir
1	2020	PA Banjarmasin	527/Pdt.P/2020/PA.Bjm	Ditolak
2	2020	PA Banjarmasin	171/Pdt.P/2020/PA.Bjm	Ditolak
3	2020	PA Barabai	92/Pdt.P/2020/PA.Brb	Dikabulkan
4	2020	PA Marabahan	30/Pdt.P/2020/PA.Mrb	Dikabulkan
5	2020	PA Kandangan	58/Pdt.P/2020/PA.Kdg	Dikabulkan
6	2020	PA Martapura	290/Pdt.P/2020/PA.Mtp	Ditolak
7	2020	PA Banjarmasin	581/Pdt.P/2020/PA.Bjm	Ditolak
8	2021	PA Batulicin	101/Pdt.P/2021/PA.Blcn	dikabulkan
9	2021	PA Banjarmasin	67/Pdt.P/2021/PA.Bjm	Ditolak
10	2021	PA Banjarmasin	551/Pdt.P/2021/PA Bjm	Ditolak
11	2021	PA Amuntai	104/Pdt.P/2021/PA.Amt	Dikabulkan
12	2021	PA Barabai	74/Pdt.P/2021/PA.Brb	Dikabulkan
13	2021	PA Banjarbaru	115/Pdt.P/2021/PA.Bjb	Ditolak
14	2021	PA Banjarbaru	157/Pdt.P/2021/PA.Bjb	Ditolak
15	2021	PA Martapura	169/Pdt.P/2021/PA.Mtp	Ditolak
16	2021	PA Martapura	361/Pdt.P/2021/PA.Mtp	Dikabulkan
17	2021	PA Tanjung	279/Pdt.P/2021/PA.Tjg	Dikabulkan
18	2022	PA Banjarmasin	234/Pdt.P/2022/PA.Bjm	Ditolak
19	2022	PA Banjarmasin	361/Pdt.P/2022/PA.Bjm	Ditolak
20	2022	PA Banjarmasin	576/Pdt.P/2022/PA.Bjm	Ditolak
21	2022	PA Banjarmasin	589/Pdt.P/2022/PA.Bjm	Ditolak
22	2022	PA Barabai	128/Pdt.P/2022/PA.Brb	Dikabulkan
23	2022	PA Negara	99/Pdt.P/2022/PA.Negr	Dikabulkan
24	2022	PA Banjarbaru	34/Pdt.P/2022/PA.Bjbr	dikabulkan
25	2022	PA Kandangan	172/Pdt.P/2022/PA.Kdg	dikabulkan
26	2022	PA Kotabaru	9/Pdt.P/2022/PA.Ktb	Dikabulkan
27	2022	PA Pelaihari	502/Pdt.P/2022/PA.Plh	Dikabulkan
<b>Jumlah Penetapan yang dikabulkan</b>				<b>14</b>
<b>Jumlah Penetapan yang ditolak</b>				<b>13</b>

b. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder merupakan referensi yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer, yang terkait dengan kajian tentang pernikahan yang bermasalah seperti nikah *fāsīd*, kawin hamil, kajian tentang nasab seorang anak, pengakuan anak dan penetapan asal-usul anak.

c. Bahan hukum tersier

Bahan hukum tersier adalah materi yang memberikan arahan atau penjelasan terkait hukum primer dan sekunder yang didapat dengan membaca kamus-kamus hukum, kamus bahasa, ensiklopedia, buku-buku, tulisan-tulisa dan dokumen lainnya yang berkaitan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.

5. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam penelitian yuridis normatif dengan metode penelitian kepustakaan (*library research*). Dalam studi kepustakaan akan didapat konsepsi-konsepsi atau teori-teori, pandangan-pandangan atau penemuan-penemuan. Konsepsi tersebut dapat diperoleh dari mempelajari Peraturan Perundang-Undangan dan buku-buku literature, serta referensi lainnya sebagai pendukung teori tentang pernikahan *fāsīd*, tentang nasab anak dan penetapan asal-usul anak, juga diperoleh dari dokumen-dokumen yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti.

6. Teknik Analisis Bahan Hukum

Metode yang digunakan oleh Penulis dalam menganalisa bahan hukum yang diperoleh adalah menggunakan metode kualitatif,<sup>79</sup> hal ini dimaksudkan

---

<sup>79</sup> Menurut Lexy J. Moloeng, Penelitian Kualitatif cirinya adalah alamiah, mementingkan proses instrumennya manusia dan adanya teori dan konsep. Lihat Lexy J. Moloeng, *Metode Penelitian Kualitatif*, 8th ed. (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2000).Hlm 4-8. Lihat juga Mathew



sebagaimana analisis data yang bertitik tolak pada usaha-usaha penemuan asas-asas hukum dan informasi masing-masing data atau bahan hukum<sup>80</sup>. Terdapat beberapa langkah dalam melakukan analisis data yaitu reduksi data, penyajian data, dan penarikan kesimpulan. Dengan demikian akan diketahui permasalahan, hasil penelitian dan hasil akhir dari penelitian yang berupa kesimpulan.

## **H. Sistematika Penulisan**

Penelitian disertasi ini ditulis dan disusun ke dalam 5 (lima) bab, adapun mengenai sistematika penulisan dapat digambarkan sebagai berikut:

Bab I, yaitu pendahuluan memberikan gambaran tentang latar belakang masalah, merumuskan masalah atau fokus penelitian, menetapkan tujuan dan pentingnya penelitian, menjelaskan definisi operasional atau istilah yang digunakan, meninjau penelitian terdahulu, mengulas kajian teori, mendeskripsikan metode penelitian, dan menyusun sistematika penulisan.

Bab II yaitu mengenai konsepsi asal-usul menurut Hukum, yaitu menguraikan tentang mengenai Asal-usul Anak yang menguraikan macam-macam anak, hak-hak anak, dan nasab anak, selain itu juga pada Bab II ini menguraikan tentang Progresivitas Hukum dalam Menjamin Keberlangsungan Masa Depan Anak, yang menguraikan tentang Teori Hukum Progresif dalam Penetapan Hakim,

---

B. Miles and Huberman A. Maichel, *Analisis Data Kualitatif; Buku Sumber Tentang Metode-Metode Baru* (Jakarta: UI-PRESS, 1992).Hlm. 16.

<sup>80</sup> Kelik Wardiono, *Metodologi penelitian hukum (Pendekatan Doktrinal)* (Surakarta: Universitas Muhammadiyah, 2005), Hlm. 16. lihat Muhammad, *Metode Penelitian Ekonomi Islam Pendekatan Kualitatif* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2008). Hlm.12.

Progresivitas Hukum dalam Penetapan Perkara Asal-usul Anak dan Penetapan Hakim yang Progresif Melindungi Keberlangsungan Masa Depan Anak;

Bab III adalah Penetapan Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Pengadilan Tinggi Agama mengenai Asal-usul Anak, terdiri dari istilah dan objek penetapan Asal-usul Anak, jenis dan cara penetapan asal-usul anak, kewenangan PA untuk memeriksa, memutus dan mengadili asal-usul atau nasab anak, Eksistensi PTA Banjarmasin, dan Penyelesaian Perkara Asal-usul Anak di PTA Banjarmasin dan mengenai Gambaran Penetapan Hakim Agama di Wilayah Hukum PTA Banjarmasin dalam memutus Perkara Asal-usul Anak;

Bab IV berisi mengenai Analisis Pertimbangan Dan Hukum Progresif Dalam Penetapan Asal-usul Anak Di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin, terdiri dari Pertimbangan Hakim Pengadilan Agama di Wilayah PTA Banjarmasin dalam Penetapan Asal-usul Anak, yang mana dalam pembahasan ini akan menguraikan Penetapan Hakim tentang Asal-usul Anak yang Bersifat Tekstual Positivisme, Penetapan Hakim tentang Asal-usul Anak yang Bersifat Progresif dan Hukum Progresif dalam Penetapan Asal-usul Anak oleh Hakim Agama di Wilayah Hukum Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin;

Bab terakhir yaitu Bab V Penutup isinya merupakan kesimpulan dan saran.