**BAB II**

9

**KAJIAN PUSTAKA**

1. **Penelitian Terdahulu yang Relevan**

Penelitian terdahulu ini sangat penting guna menemukan titik perbedaan maupun persamaan dengan penelitian-penelitian yang sudah dilakukan sebelumnya. Selain itu penelitian terdahulu ini juga berguna sebagai sebuah perbandingan sekaligus pijakan pemetaan dalam penelitian ini. Untuk lebih mengetahui perbedaan penelitian ini, maka peneliti sengaja mencantumkan peneliti terdahulu yang sedikit banyak terkait dalam penelitian ini, diantaranya adalah:

Penelitian yang dilakukan oleh Sitti Syahra Mahasiswa STAIN Sultan Qaimuddin Kendari (skripsi tahun 2010) dengan judul *“Status Anak Kawin Hamil dalam Pembagian Warisan Orang Tua Menurut KHI di Desa Watunggarandu”.*Penelitian ini dilakukan dengan membandingkan berbagai teori dan pendapat para ahli dengan KHI sebagai ukuran untuk menentukan kebenaran suatu masalah, peneliti menyimpulkan beberapa hal sebagai berikut :

1. Bahwa status anak dari hasil kawin hamil merupakan anak yang sah bagi kedua orang tuanya, karena perkawinan dilaksanakan sebelum anak tersebut lahir dan kedua orang tua anak mengakui sebagai anak mereka secara sah, walaupun di awali dengan suatu perzinahan karena masih dapat dinisbatkan kepada laki-laki yang menghamili ibunya tersebut.
2. Bahwa pembagian harta warisan harus didasarkan tingkatan sehingga yang akan menerima warisan yang tidak dibagi secara adil akan menimbulkan permasalahan dalam lingkungan keluarga para ahli waris, juga termasuk keberadaan anak kawin hamil akan tetap mendapatkan haknya karena ia adalah merupakan anak secara sah dari kedua orang tuanya.
3. Bahwa keberadaan anak kawin hamil yakni, anak tersebut secara Hukum di akui sebagai anak yang sah dan berhak mendapatkan segala bentuk tanggung jawab orang tua terhadap anaknya, termasuk jika di kemudian hari orang tua anak meninggal dan meninggalkan harta maka anak tersebutlah yang menjadi pewaris atas harta orang tuanya baik ia sebagai laki-laki maupun sebagai perempuan.

Penelitian oleh Mufti Al Nur Mahasiswa STAIN Sultan Qaimuddin Kendari (skripsi tahun 2002) dengan judul *“Perzinahan Sebagai Alasan Perceraian Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam”.* Penelitian ini merupakan studi kasus putusan Pengadilan Agama kelas IA terhadap kasus perzinahan dalam kelangsungan hidup berumah-tangga. Kesimpulan dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Perzinahan adalah suatu perbuatan melanggar hukum yang dalam aplikasinya di masyarakat akan membawa dampak yang kurang baik karena akan berakibat pada perceraian dalam suatu rumah tangga.
2. Perceraian karena alasan berzinah merupakan perbuatan yang sangat memalukan dan dapat di kategorikan perbuatan haram menurut Islam serta akan membawa dampak buruk bagi kelangsungan keluarga dalam hal ini anak yang menjadi objek yang hidup di tengah masyarakat.
3. Undang-Undang dengan peraturan perundangan pelaksanaanya merupakan implikasi, berlaku untuk seluruh rakyat Indonesia, namun demikian tidak mengemukakan formulasi perzinahan, apa yang di maksud berzinah. Dalam masalah perceraian karena alasan perzinahan, hukum acara peradilan agama membuat suatu ketidak adilan karena pihak yang menyebabkan kehancuran rumah tangga orang, tidak dikenakan sanksi apapun, bahkan di adili pun tidak.

Dari pemaparan kedua peneliti di atas, jelas bahwa penelitian yang di lakukan oleh mereka belum ada yang menyinggung tentang apa yang akan dikaji dalam penelitian ini yakni tentang keabsahan pernikahan perempuan hamil di luar nikah terutama dengan laki-laki lain (bukan pelakunya), sebagaimana diketahui telah terjadi di Kelurahan Kolono Kabupaten Konawe Selatan.

Berdasarkan penjelasan tersebut penulis menganggap bahwa penelitian tentang “Praktek pernikahan perempuan hamil di luar nikah terutama dengan laki-laki lain (bukan pelakunya) yang terjadi di Kelurahan Kolono Kecamatan Kolono” masih orizinil atau belum pernah diteliti sebelumnya.

1. **Pernikahan Dalam Islam**
2. **Pernikahan dan Dasar Hukumnya**

Dalam bahasa Indonesia, perkawinan berasal dari kata “kawin” yang menurut bahasa artinya membentuk keluarga dengan lawan jenis; melakukan hubungan kelamin atau bersetubuh. Perkawinan disebut juga “pernikahan”, berasal dari kata nikah (ﻧﻛﺎﺡ) yang menurut bahasa artinya mengumpulkan, digunakan untuk arti bersetubuh (*wathi*). Kata “nikah” sendiri sering dipergunakan untuk arti persetubuhan (*coitus*), juga untuk arti akad nikah. Beranjak dari makna etimologis inilah para ulama fikih mendefinisikan perkawinan dalam konteks hubungan biologis.

Menurut istilah hukum Islam, terdapat beberapa definisi, di antaranya adalah:

ﺍﻠﺯﻭﺍﺝ ﺷﺭﻋﺎﻫﻭﻋﻘﺩ ﻭﻀﻌﻪ ﺍﻠﺸﺎﺭﻉ ﻟﻴﻓﻳﺩ ﻣﻠﻙ ﺇﺴﺗﻤﺗﺎﻉ ﺍﻟﺭﺠﻝ ﺒﺎﺍﻟﻤﺭﺃﺓ ﻭﺤﻝ ﺍﺴﺗﻤﺗﺎﻉ ﺒﺎﻟﺭﺠﻝ.

*Artinya :“Perkawinan menurut syara’ yaitu akad yang ditetapkan syara’ untuk membolehkan bersenang- senang antara laki-laki dengan perempuan dan menghalalkan bersenang-senangnya perempuan dengan laki-laki.”[[1]](#footnote-2)*

Sedangkan menurut Syekh Zainuddin bin Abdul Aziz Al-Malibari dalam kitab Fat-Hul Mu’in Jilid III Babul Nikah terjemahan Ustadz Abul Hiyadh dijelaskan bahwa :

ﻋﻗﺪ ﻴﺗﻀﻤﻦ ﺍﺟﺎﺒﻪ ﻮﻄﺀ ﺒﻠﻓﻇ ﻨﻛﺎﺡ ﺍﻮﺘﺰﻮﻴﺞ ﻮﻫﻮﺤﻘﻴﻘﺔ ﻔﻰ ﺍﻠﻌﻘﺪ ﻤﺠﺎﺰ ﻔﻰ ﺍﻠﻮﻄ ﻋﻠﻰ ﺍﻠﺻﺤﻴﺢ

2

Artinya : Akad yang berisikan pembolehan melakukan persetubuhan dengan menggunakan lafal nikah atau tazwij, atau menurut makna hakekat adalah akad sedangkan majaznya adalah persetubuhan.[[2]](#footnote-3)

Definisi lain yang diberikan oleh beberapa mazhab adalah sebagai berikut :

1. Menurut Hanafiah,’ nikah adalah akad yang memberi faedah untuk melakukan mut’ah secara sengaja” artinya kehalalan seorang laki-laki untuk beristimta’ dengan seorang wanita selama tidak ada faktor yang menghalangi sahnya pernikahan tersebut secara syar’i.
2. Menurut Hanabilah nikah adalah akad yang menggunakan lafaz inkah yang bermakna tazwij dengan maksud mengambil manfaat untuk bersenang-senang. Golongan ulama Syafi’iyah berpendapat bahwa kata nikah itu berarti akad dalam arti yang sebenarnya (hakiki), dapatnya berarti juga untuk hubungan kelamin, namun bukan dalam arti sebenarnya (arti majazi). Penggunaan kata untuk bukan arti sebenarnya itu memerlukan penjelasan di luar dari kata itu sendiri.
3. Ulama golongan Syafi’iyah memberikan definisi dengan melihat kepada hakikat dari akad itu bila dihubungakan dengan kehidupan suami isteri yang berlaku sesudahnya, yaitu boleh bergaul sedangkan sebelum akad tersebut berlangsung diantara keduanya tidak boleh bergaul.
4. Muhammad Abu Zahrah didalam kitabnya al-ahwal al-syakhsiyyah, mendefinisikan nikah sebagai akad yang menimbulkan akibat hukum berupa halalnya melakukan persetubuhan antara laki-laki dengan perempuan, saling tolong-menolong, serta menimbulkan hak dan kewajiban diantara keduanya.

Definisi yang diberikan oleh ulama-ulama fikih di atas bernuansa biologis. Nikah dilihat hanya sebagai akad yang menyebabkan kehalalan melakukan persetubuhan. Hal ini semakin tegas karena menurut al-Azhari makna asal kata nikah bagi orang Arab adalah *al-Wat’* (persetubuhan).

Pengertian para ahli fiqh tentang hal ini bermacam-macam, tetapi satu hal mereka semuanya sependapat, bahwa perkawinan, nikah atau zawaj adalah suatu akad atau perjanjian yang mengandung keabsahan hubungan kelamin. Pada dasarnya pernikahan itu diperintahkan oleh syara’. Sebagaimana ditegaskan dalam firman Allah SWT :

 .

 *“Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap anak yatim, maka kawinilah perempuan-perempuan lain yang kamu senangi, dua, tiga, at au empat orang, dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, cukup satu orang” (Q.S. An Nisaa’ : 3) .[[3]](#footnote-4)*

1. **Hukum Melangsungkan Akad Nikah**

Berpulang pada beberapa kriteria hukum Islam sesuai dengan keadaan dan kondisi, maka nikah pun memiliki 5 kriteria hukum, yaitu :

1. *Jaiz* (boleh, ini asal hukumnya). Setiap pria dan wanita Islam boleh memillih mau menikah atau tidak menikah. Maksudnya bagi seorang pria dan wanita kalau memilih tidak menikah, maka dirinnya harus dapat menahan godaan dan sanggup memelihara kehormatannya.
2. *Sunnat* bagi orang yang berkehendak serta cukup nafkah, sandang, pangan dan lain-lain. Maksudnya bagi seorang pria atau wanita yang ingin hidup sebagai suami-isteri sebaiknya menikah, karena dengan menikah bagi mereka akan mendapatkan pahala; tetapi tidak berdosa kalau memang ingin hidup tanpa suatu perkawinan.
3. *Wajib*, bagi orang yang sudah cukup sandang, pangan dan dikhawatirkan terjerumus ke lembah perzinaan. Maksudnya kalau seorang pria atau wanita sudah ada keinginan hidup sebagai suami-isteri, maka berkewajiban mereka supaya segera melangsungkan perkawinan. Berdosalah kalau tidak segera dilakukan. Sedangkan bagi orang tuanya yang telah mengetahui keinginan itu tidak boleh menghalang-halangi apalagi membatalkan, sebab perbuatannya berdosa.
4. *Makruh*, bagi orang yang tidak mampu memberi nafkah.
5. *Haram*, bagi orang yang berkehendak menyakiti perempuan yang dinikahi. Maksudnya kalau seorang pria atau seorang wanita menjalankan suatu perkawinan dengan niat jahat seperti menipu atau ingin membalas dendam, maka perbuatannya itu haram karena tujuan perkawinan bukan untuk melaksanakan suatu kejahatan.[[4]](#footnote-5)
6. **Hikmah Nikah**

Pernikahan dalam Islam memiliki beberapa hikmah diantaranya adalah :

* 1. Pernikahan adalah (pembentukan) lingkungan yang baik untuk mengikat tali kekeluargaan, saling mencintai, menjaga diri, dan membentenginya dari hal-hal yang diharamkan.
	2. Pernikahan merupakan sarana yang paling baik untuk melahirkan anak-anak, memperbanyak keturunan dengan tetap menjaga keutuhan nasab.
	3. Pernikahan menjadi sarana yang paling baik untuk menyalurkan nafsu seksual, dengan tetap terjaga dari penyakit.
	4. Lewat pernikahan akan tersalurkan sifat kebapakan dan keibuan yang semakin bertambah dengan lahirnya anak.
	5. Dalam pernikahan terdapat ketenangan, kedamaian, perasaan malu, dan menjaga kehoramatan diri bagi suami dan isteri.
1. **Pernikahan Menurut Fiqih Islam dan KHI**
	* + 1. **Sahnya Perkawinan Menurut Fiqih Islam**

Rukun dan syarat menentukan suatu perbuatan hukum, terutama yang menyangkut dengan sah atau tidaknya perbuatan tersebut dari segi hukum. Kedua kata tersebut mengandung arti yang sama dalam hal bahwa keduanya merupakan sesuatu yang harus diadakan. Dalam suatu acara perkawinan umpamanya rukun dan syaratnya tidak boleh tertinggal, dalam arti perkawinan tidak sah bila keduanya tidak ada atau tidak lengkap. Keduanya mengandung arti yang berbeda dari segi bahwa rukun itu adalah sesuatu yang berada di dalam hakikat dan merupakan bagian atau unsur yang mengujudkannya, sedangkan syarat adalah sesuatu yang berada diluarnya dan tidak merupakan unsurnya. Syarat itu ada yang berkaitan dengan rukun dalam arti syarat yang berlaku untuk setiap unsur yang menjadi rukun. Ada pula syarat itu berdiri sendiri dalam arti tidak merupakan kriteria dari unsur-unsur rukun.

Adapun jumhur ulama sepakat bahwa rukun perkawinan itu terdiri :

* + 1. Adanya calon suami dan isteri yang akan melakukan perkawinan.
		2. Adanya wali dari pihak calon pengantin wanita.

Akad nikah akan dianggap sah apabila ada seorang wali atau wakilnya yang akan menikahkannya, berdasarkan sabda Nabi SAW :

ﻋﻦﻋﺎﺋﺸﺔ ﻘﺎﻞ ﺮﺴﻮﻞ ﺍﻠﻠﻪ ﺻﻠﻰﺍﻠﻠﻪ ﻋﻠﻳﻪ ﻮﺴﻠﻢ : ﺍﻳﻣﺎ ﺍﻣﺮﺃﺓ ﻠﻢ ﻳﻨﻨﻛﺣﻬﺎ ﺍﻠﻮﻠﻲ ﻔﻨﻛﺎﺣﻬﺎ ﺒﻄﻞ ﻔﻨﻛﺎﺣﻬﺎ ﺒﻄﻞ ﻔﻨﻛﺎﺣﻬﺎ ﺒﻄﻞ[[5]](#footnote-6)

Artinya :“Perempuan mana saja yang tidak dinikahkan oleh walinya, maka pernikahannya batal, pernikahannya batal, pernikahannya batal

Dalam hadist lain Nabi SAW bersabda:

ﻋﻦﺍﺒﻲﻫﺮﻳﺮﺓ ﻘﺎﻞ, ﻘﺎﻞ ﺮﺴﻮﻞ ﺍﻠﻠﻪ ﺻﻠﻰﺍﻠﻠﻪ ﻋﻠﻳﻪ ﻮﺴﻠﻢ : ﻻ ﺗﺯﻭﺝ ﺍﻟﻤﺮﺃﺓ ﺍﻠﻤﺮﺃﺓ، ﻭﻻ [[6]](#footnote-7)ﺗﺯﻭﺝ ﺍﻟﻤﺮﺃﺓ ﻧﻔﺴﻬﺎﻓﺎﻦﺍﻟﺰﺍﻧﻳﺔﻫﻲﺍﻟﺗﻰﺗﺰﻮﺝﻧﻔﺳﻬﺎ

Artinya : Dari Abu Huraerah, ia berkata Rasulullah SAW bersabda : Janganlah seorang perempuan menikahkan perempuan lainnya, dan janganlah seorang perempuan menikahkan dirinya sendiri, karena perempuan yang menikahkan dirinya termasuk orang yang berbuat zina.

* + 1. Adanya dua orang saksi.

Pelaksanaan akad nikah akan sah apabila dua orang saksi yang menyaksikan akad nikah tersebut , berdasarkan sabda Nabi SAW :

ﻻ ﻧﻜﺎﺡ ﺇﻻ ﺑﻭﻠﻰ ﻭﺷﺎﻫﺩﻯ ﻋﺩﻞ. [[7]](#footnote-8)

Artinya : Tidak ada nikah kecual dengan wali dan dua orang saksi yang adil.

* + 1. Sighat akad nikah, yaitu ijab qabul yang diucapkan oleh wali atau wakilnya dari pihak wanita, dan dijawab oleh calon pengantin laki-laki.

Sedangkan permasalahan tentang rukun Nikah, terutama tentang jumlah rukun ini, para ulama berbeda pendapat :

1. Imam Malik mengatakan bahwa rukun nikah itu ada lima macam, yaitu :
2. Wali dari pihak perempuan,
3. Mahar (maskawin)
4. Calon pengantin laki-laki
5. Calon pengantin perempuan
6. Sighat akad nikah.
7. Imam Syafi’i berkata bahwa rukun nikah itu ada lima macam, yaitu:
8. Calon pengantin laki-laki
9. Calon pengantin perempuan
10. Wali
11. Dua orang saksi
12. Sighat akad nikah.
13. Menurut ulama Hanafiah, rukun nikah itu hanya ijab dan qabul saja (yaitu akad yang dilakukan oleh pihak wali perempuan dan calon pengantin laki-laki). Sedangkan menurut segolongan yang lain rukun nikah itu ada empat, yaitu:
14. Sighat (ijab dan qabul)
15. Calon pengantin perempuan
16. Calon pengantin laki-laki
17. Wali dari pihak calon pengantin perempuan.

Pendapat yang mengatakan bahwa rukun nikah itu ada empat, karena calon pengantin laki-laki dan calon pengantin perempuan digabung menjadi satu seperti terlihat di bawah ini.

* 1. Dua orang yang saling melakukan akad perkawinan, yakni mempelai laki-laki dan mempelai perempuan
	2. Adanya wali
	3. Adanya dua orang saksi
	4. Dilakukan dengan sighat tertentu.

Syarat-syarat perkawinan merupakan dasar bagi sahnya perkawinan. Apabila syarat-syaratnya terpenuhi, maka perkawinan itu sah dan menimbulkan adanya segala hak dan kewajiban sebagai suami isteri.

Pada garis besarnya syarat-syarat sahnya perkawinan itu ada dua:

1. Calon mempelai perempuannya halal dikawin oleh laki-laki yang ingin menjadikannya isteri. Jadi, perempuannya itu bukan merupakan orang yang haram dinikahi, baik karena haram dinikahi untuk sementara maupun untuk selamalamanya.
2. Akad nikahnya dihadiri para saksi.[[8]](#footnote-9)

Dalam masalah syarat perkawinan itu terdapat beberapa pendapat diantara para madzhab fiqih yaitu sebagai berikut:

* 1. Hanafiah berpendapat bahwa sebagian syarat-syarat pernikahan berhubungan dengan sighat, dan sebagian lagi berhubungan dengan calon mempelai, serta sebagian yang lainnya berkaitan dengan kesaksian.
	2. Sedangkan menurut Syafi’iyah bahwa syarat pernikahan itu ada kalanya menyangkut sighat, ada juga yang berhubungan dengan wali, serta ada yang berhubungan dengan calon suami-isteri dan sebagian lagi berhubungan dengan syuhud (saksi).

Menurut jumhur Ulama rukun perkawinan ada lima dan masing-masing rukun itu memiliki syarat-syarat tertentu. Untuk memudahkan pembahasan maka uraian rukun perkawinan akan disamakan dengan uraian syarat-syarat dari rukun tersebut.

1. Calon suami, syarat-syaratnya:
	1. Beragama Islam
	2. Laki-laki
	3. Jelas orangnya
	4. Dapat memberikan persetujuan
	5. Tidak terdapat halangan perkawinan
2. Calon Isteri, syarat-syaratnya:
	1. Beragama, meskipun Yahudi atau Nashrani (ahlu kitab)
	2. Perempuan
	3. Jelas orangnya
	4. Dapat dimintai persetujuannya
	5. Tidak terdapat halangan perkawinan
3. Wali nikah, syarat-syaratnya
	1. Laki-laki
	2. Dewasa
	3. Mempunyai hak perwalian
	4. Tidak terdapat halangan perwaliannya
4. Saksi nikah
	1. Dua orang laki-laki yang adil
	2. Hadir dalam ijab qabul
	3. Dapat mengerti maksud akad
	4. Islam
	5. Dewasa
5. Ijab Qabul, syarat-syaratnya
	1. Adanya pernyataan mengawinkan dari wali
	2. Adanya pernyataan penerimaan dari calon mempelai
	3. Memakai kata-kata nikah, tazwij atau terjemahan dari kedua kata tersebut.
	4. Antara ijab dan qabul bersambungan
	5. Antara ijab dan qabul jelas maksudnya
	6. Orang yang terkait dengan ijab dan qabul tidak sedang ihram haji atau umrah
	7. Majlis ijab dan qabul itu harus dihadiri minimum empat orang yaitu calon mempelai atau wakilnya, wali dari mempelai wanita dan dua orang saksi.

Adapun dalam hal-hal tertentu, seperti posisi wali dan saksi masih ikhtilaf dikalangan ulama, namun mayoritas sepakat dengan rukun yang lima ini.

* + - 1. **Sahnya Perkawinan Menurut KHI**

Sahnya perkawinan menurut KHI yang terdapat pada pasal 4 yang berbunyi “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan. Sahnya perkawinan menurut hukum Islam harus memenuhi rukun-rukun dan syarat-syarat sebagai berikut :

* 1. Syarat umum

Perkawinan itu tidak dilakukan yang bertentangan dengan larangan-larangan yang termaktub dalam ketentuan Q. II ayat 221 yaitu larangan perkawinan karena perbedaan agama dengan pengecualiannya dalam surat Al Maidah dijelaskan bahwa :

Artinya : Pada hari ini Dihalalkan bagimu yang baik-baik. makanan (sembelihan) orang-orang yang diberi Al kitab itu halal bagimu, dan makanan kamu halal (pula) bagi mereka. (dan Dihalalkan mangawini) wanita yang menjaga kehormatan, diantara wanita-wanita yang beriman dan wanita-wanita yang menjaga kehormatan di antara orang-orang yang diberi Al kitab sebelum kamu, bila kamu telah membayar mas kawin mereka dengan maksud menikahinya, tidak dengan maksud berzina dan tidak (pula) menjadikannya gundik-gundik. Barangsiapa yang kafir sesudah beriman (tidak menerima hukum-hukum Islam) Maka hapuslah amalannya dan ia di hari kiamat Termasuk orang-orang merugi.[[9]](#footnote-10)

Berdasarkan ayat tersebut dapat diketahui bahwa khusus laki-laki Islam boleh mengawini perempuan-perempuan ahli kitab, seperti yahudi, dan Nasrani. Kemudian hal ini tidak bertentangan pula dengan larangan-larangan yang tersebut dalam Al -Qur’an surat An Nisa ayat 22, 23 dan 24.

* 1. Syarat Khusus
1. Adanya calon pengantin laki-laki dan calon pengantin perempuan.
2. Kedua calon mempelai itu haruslah Islam, akil baligh (dewasa dan berakal), sehat baik rohani maupun jasmani.
3. Harus ada persetujuan bebas antara kedua calon pengantin, jadi tidak boleh perkawinan itu dipaksakan.
4. Harus ada wali nikah.
5. Harus ada dua (2) orang saksi, Islam, dewasa dan adil.
6. Bayarlah mahar (Mas Kawin).
7. Pernyataan ijab dan qabul.

Mengenai KHI ketika membahas rukun perkawinan tampaknya mengikuti sistematika fikih yang mengaitkan rukun dan syarat. Ini di muat dalam pasal 14 yang berbunyi:

* 1. Calon suami
	2. Calon isteri
	3. Wali nikah
	4. Dua orang saksi dan
	5. Ijab dan kabul.

Pada pasal-pasal berikutnya juga dibahas tentang wali (pasal 19), saksi (pasal 24), akad nikah (pasal 27), namun sistematikanya diletakkan pada bagian yang terpisah dari pembahasan rukun. KHI tidak mengikuti skema fikih, juga tidak mengikuti UU No 1/1974 yang hanya membahas persyaratan perkawinan menyangkut kedua calon mempelai. Bagian ketiga mengenai wali nikah, pasal 19 KHI menyatakan bahwa, “wali nikah dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya”.

Selanjutnya pasal 20 dinyatakan bahwa :

* 1. Yang berhak sebagai wali nikah ialah sorang laki-laki yang memenuhi syarat hukum Islam yakni muslim, akil dan baligh.
	2. Wali nikah terdiri dari wali nasab dan wali hakim.

Pada pasal 21 dibahas empat kelompok wali nasab yang pembahasannya sama dengan fikih Islam seperti:

* 1. Kelompok kerabat laki-laki garis lurus ke atas.
	2. Kelompok kerabat saudara laki-laki kandung, seayah dan keturunan laki-laki mereka.
	3. Kelompok kerabat paman, yakni saudara laki-laki kandung ayah, saudara seayah dan keturunan laki-laki mereka.
	4. Kelompok saudara laki-laki kandung kakek, saudara laki-laki seayah kakek dan keturunan mereka.

Sedangkan menyangkut wali hakim dinyatakan pada pasal 23 berbunyi:

* 1. Wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah apabila wali nasab tidak ada atau tidak mungkin menghadirinya atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau ghaib atau ‘adlal atau enggan.
	2. Dalam hal wali ‘adlal atau enggan maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada putusan Pengadilan Agama tentang wali tersebut.

Dalam pembahasan saksi nikah, KHI juga masih senada dengan apa yang berkembang dalam fikih. Pada bagian keempat pasal 24 ayat 1 dan 2 dinyatakan bahwa “saksi nikah merupakan rukun nikah dan setiap perkawinan harus disaksikan oleh dua orang saksi”. Mengenai syarat-syarat saksi terdapat pada pasal 25 yang berbunyi “yang dapat ditunjuk menjadi saksi dalam akad nikah ialah seorang laki-laki muslim, adil, akil, balig, tidak terganggu ingatan dan tidak tuna rungu atau tuli.

Pada pasal 26 berbicara tentang keharusan saksi menghadiri akad nikah secara langsung dan menandatangani akta nikah pada waktu dan tempat akad nikah dilangsungkan.

Pada pasal 27 KHI mengatur tentang akad nikah yang berbunyi “ijab dan kabul antara wali dan calon mempelai pria harus jelas, beruntun dan tidak berselang waktu. Jika pada pembahasan wali dan saksi ada klausul yang menyatakan bahwa wali dan saksi sebagai rukun nikah, tetapi dalam akad nikah pernyataan demikian tidak ada dan ini sama dengan pembahasan calon mempelai. Sampai di sini sebenarnya KHI tidak konsisten dalam menjelaskan rukun nikah. Dengan demikian bukan berarti akad nikah tidak termasuk rukun.

Sedangkan pasal 28 mengatur tentang kebolehan wali nikah untuk mewakilkan hak walinya kepada orang lain. Pasal 29 juga memberi ruang kepada calon mempelai pria dimana dalam keadaan tertentu dapat mewakilkan dirinya kepada orang lain dengan syarat adanya surat kuasa dan pernyataan bahwa orang yang diberinya kuasa adalah mewakili dirinya. Juga diatur pada ayat 3, jika wali keberatan dengan perwakilan calon mempelai pria, maka akad nikah tidak dapat dilangsungkan.

* + - 1. **Sahnya Perkawinan Menurut ‘Urf (Adat Kebiasaan)**

Selain hukum positif yang diatur dalam perundang-undangan dan hukum Islam (sebagai hukum beragama) terdapat pula hukum adat kebiasaan yang telah di jadikan penentu hukum karena telah diyakini secara turun temurun. Para ulama sepakat bahwa ‘urf shahih dapat dijadikan dasar hujjah selama tidak bertentangan dengan syara’. Ulama Malikiyah terkenal dengan pernyataan bahwa amal ulama Madinah dapat dijadikan hujjah, demikian pula ulama Hanafiyah menyatakan bahwa pendapat ulama Kufah dapat dijadikan dasar hujjah. Imam Syafi’i terkenal dengan *qaul qadim*  dan *qaul jaded-*nya. Ada suatu kejadian tetapi beliau menetapkan hukum yang berbeda pada waktu beliau masih berada di Makkah (*qaul qadim*) dengan setelah beliau berada di Mesir (*qaul jadid*). Hal ini menunjukkan bahwa ketiga madzhab itu berhujjah dengan ‘urf. Tentu saja ‘urf fasid tidak mereka jadikan sebagai dasar hujjah.

Syari’at Islam mengakui ‘urf sebagai sumber hukum karena sadar akan kenyataan bahwa adat kebiasaan telah memainkan peran penting dalam mengatur lalu lintas hubungan dan tertib sosial di kalangan anggota masyarakat. Adat kebiasaan telah berkedudukan pula sebagai hukum yang tidak tertulis dan dipatuhi karena dirasakan sesuai dengan rasa kesadaran hukum mereka. Adat kebiasaan yang tetap sudah menjadi tradisi dan menyatu dengan denyut kehidupan masyarakatnya. Dalam hal yang seperti ini adalah satu hal yang sulit untuk mengubahnya. Pemerintah pun tidak akan mampu mengubah satu adat kebiasaan yang telah mendarah daging di kalangan masyarakat.

Karena itulah, hal-hal yang tidak bertentangan dengan prinsip aqidah, tauhid, dan tidak bertentangan pula dengan rasa keadilan dan perikemanusiaan, syari’at Islam bukan saja membiarkan hukum adat berlangsung terus, bahkan menempatkannya dalam kerangka hukum Islam itu sendiri. Rasulullah SAW membiarkan al-Abbas ibn ‘Abdul Muththalib menerima laba dari modalnya yang diputarkan oleh orang lain, karena hal itu sudah menjadi ‘urf di kalangan masyarakat Makkah.

Karena pentingnya kedudukan adat kebiasaan dalam fiqh, maka para fuqaha membahas masalah ‘urf secara teliti. Sebab, ‘urf itu ada yang menyangkut agama di samping hanya sekadar mengatur tertib hubungan antarmanusia, baik yang berhubungan dengan hukum maupun yang menyangkut moral. Karena itulah mereka menetapkan syarat-syarat terhadap ‘urf yang bisa dijadikan sebagai sumber hukum yang mana syarat-syarat ‘urf itu sudah dipaparkan pada uraian sebelumnya.

Adapun mengenai kedudukan hukum ‘urf dalam Islam tergantung kepada jenisnya. Untuk *‘urf shahîh* dia mempunyai kedudukan hukum yang patut dilestarikan karena itu merupakan sebuah kebiasaan yang bersifat positif dan tidak bertentangan dengan hukum syara’ untuk dilakukan dan dipertahankan. Maka para ulama berpandangan bahwa hukum adat bersifat tetap (*al-’âdat muhakkamah*).

Mengenai *‘urf fâsid*, dia mempunyai kedudukan hukum yang tidak patut dilestarikan karena itu merupakan sebuah kebiasaan yang bersifat negatif dan dan bertentangan dengan hukum syara’ untuk dilakukan dan dipertahankan. Pada dasarnya, hukum adat/*’urf* adalah hukum yang tidak tertulis. Ia tumbuh dan berkembang sesuai dengan perkembangan suatu masyarakat.

Secara umum *‘urf*/ adalah adat diamalkan oleh semua ulama fiqh terutama di kalangan madzhab Hanafiyyah dan Malikiyyah. Ulama Hanafiyyah menggunakan *istihsân* (salah satu metode ijtihad yang mengambil sesuatu yang lebih baik yang tidak diatur dalam syara`) dalam berijtihad, dan salah satu bentuk *istihsân* itu adalah *istihsân al-‘urf* (*istihsân* yang menyandarkan pada *‘urf*). Oleh ulama Hanafiyyah, *‘urf* itu didahulukan atas *qiyâs khafî* (qiyâs yang ringan) dan juga didahulukan atas nash yang umum, dalam arti *‘urf* itu men-*takhshîs* nash yang umum. Ulama Malikiyyah menjadikan *‘urf* yang hidup di kalangan penduduk Madinah sebagai dasar dalam menetapkan hukum.

Ulama Syâfi`iyyah banyak menggunakan *‘urf* dalam hal-hal yang tidak menemukan ketentuan batasan dalam syara` maupun dalam penggunaan bahasa. Dalam menanggapi adanya penggunaan *‘urf* dalam fiqh, al-Suyûthî mengulasnya dengan mengembalikannya kepada kaidah *al-‘âdat muhakkamah* (adat itu menjadi pertimbangan hukum).[[10]](#footnote-11)

1. **Pernikahan Perempuan Hamil di Luar Nikah**
	1. **Pernikahan Perempuan Hamil di Luar Nikah Menurut Fiqih Islam**

Islam berusaha dengan sungguh-sungguh agar masyarakat muslim menjadi masyarakat yang bersih dari berbagai penyakit sosial yang membinasakan, seperti zina.

Oleh karena itu, Islam berusaha mengeringkan sumber-sumber kerusakan dan menutup celah-celah yang menuju kepadanya. Islam mensyariatkan hukuman-hukuman yang dapat merintangi semua itu, setelah mendidik individu-individu agar selalu merasakan kehadiran Allah SWT dalam kesendirian dan keramaian, serta mendidik mereka agar berhenti dan tidak melampauinya. Sesuatu yang haram dan usaha untuk menjauhinya harus bersumber dari hati, sebelum bersumber dari ketakutan terhadap hukuman duniawi.

Islam mensyariatkan nikah, menganjurkan peringatan mahar, meletakkan rahasia keberhasilan pernikahan pada pemilihan isteri yang shalehah, serta memerintahkan suami isteri agar melaksanakan kewajiban dan menunaikan hak masing-masing kepada yang lain. Oleh karena itu, banyak sekali ayat-ayat al-Qur’an yang berbicara tentang pendidikan masyarakat muslim berdasarkan nilai-nilai yang mulia. Diantaranya adalah firman Allah SWT yang terdapat pada surat Al-Mu’minun ayat 5 :

Artinya : *“Dan orang-orang yang menjaga kemaluannya”.[[11]](#footnote-12)*

Ayat ini memerintahkan kita untuk menjaga kemaluan dari kotoran syahwat dengan cara yang tidak halal, menjaga hati dari menginginkan sesuatu yang tidak halal, dan menjaga masyarakat dari munculnya syahwat dan keinginan yang tidak terbatas serta dari kerusakan muruah (akhlak) dan nasab. Sebab, kerusakan muruah dan bercampurnya nasab adalah faktor kehancuran masyarakat, yang menebarkan berbagai penyakit di dalamnya, menghadapkannya pada kebinasaan, dan mencerai-beraikan sendi-sendinya.

Secara umum, pandangan pakar fikih mengenai perkawinan perempuan hamil karena zina dapat dibedakan menjadi dua: ulama yang mengharamkan perkawinan perempuan hamil karena zina dan ulama yang membolehkan perkawinan hamil karena zina. Akan tetapi, secara lebih rinci, pendapat mereka dapat dikelompokkan menjadi enam:

* 1. Menurut pendapat Abu Hanifah berdasarkan riwayat dari Hasan dikabarkan bahwa beliau membolehkan perkawinan perempuan hamil akibat zina, tetapi tidak boleh tidur dengan suaminya sebelum anak yang dikandungnya lahir, karena tidak adanya ketentuan syara’ secara tekstual yang melarang perkawinan perempuan hamil karena zina.
	2. Abu Yusuf dan Zukar berpendapat bahwa perkawinan perempuan hamil karena zina tidak boleh seperti ketidakbolehan perkawinan perempuan hamil selain zina (seperti ditinggal wafat oleh suami dalam keadaan hamil), karena tidak memungkinkan tidur bersama, maka tidak boleh melaksanakan perkawinan.
	3. Ulama Malikiyah tidak membolehkan perkawinan perempuan hamil akibat zina secara mutlak sebelum yang bersangkutan benar-benar terbebas dari hamil (istibra’) yang dibuktikan dengan tiga kali haidh selama tiga bulan. Apabila perempuan tersebut nikah sebelum istibra’, pernikahan tersebut fasid (batal dengan sendirinya), karena khawatir bercampurnya keturunan di dalam rahim dan Nabi Saw. melarang kita menyirami tanaman orang lain.
	4. Ulama Syafi’iyah berpendapat bahwa wanita hamil akibat zina boleh dinikahkan, karena kehamilannya tidak dapat dinasabkan kepada seseorang (kecuali kepada ibunya), adanya kehamilan dipandang sama dengan tidak adanya kehamilan. Imam al- Nawawi menjelaskan bahwa wanita yang hamil karena zina tidak diwajibkan melaksanakan iddah (waktu tunggu), alasannya adalah karena wanita hamil akibat zina tidak termasuk yang dilarang kawin, sebagaimana terdapat dalam surat an-Nisa ayat 21:

Artinya :*“Bagaimana kamu akan mengambilnya kembali, padahal sebagian kamu Telah bergaul (bercampur) dengan yang lain sebagai suami-isteri. dan mereka (isteri-isterimu) Telah mengambil dari kamu perjanjian yang kuat”.[[12]](#footnote-13)*

* 1. Ulama Hanabilah menentukan dua syarat mengenai kebolehan menikahi wanita yang hamil karena zina. Menurut ulama Hanabilah, seorang laki-laki yang mengetahui seseorang wanita telah berzina, tidak halal menikahi wanita tersebut kecuali dengan dua syarat:
1. Telah habis masa tunggunya, waktu tunggu bagi wanita hamil akibat zina adalah sampai anak yang ada dalam kandungannya lahir, sebelum anak yang ada dalam kandungan lahir, wanita yang hamil karena zina haram menikah karena Nabi Saw. melarang kita menyirami hasil tanaman orang lain.
2. Wanita yang hamil akibat zina telah bertaubat (menyesali perbuatannya dan tidak mengulanginya). Sebelum bertaubat, wanita hamil karena zina haram dinikahi oleh seorang yang beriman, sebagaimana terdapat pada surat An-Nur ayat 3:

Artinya :*“Laki-laki yang berzina tidak mengawini melainkan perempuan yang berzina, atau perempuan yang musyrik; dan perempuan yang berzina tidak dikawini melainkan oleh laki-laki yang berzina atau laki-laki musyrik, dan yang demikian itu diharamkan atas orang-orang yang mukmin”.[[13]](#footnote-14)*

* 1. Ibn Hazm berpendapat bahwa wanita hamil karena zina boleh dikawin atau dinikahkan walaupun belum melahirkan anaknya. Ibnu Hazm menjelaskan bahwa wanita hamil yang tidak boleh dikawinkan adalah wanita hamil yang dicerai atau ditinggal wafat oleh suaminya. Wanita hamil selain dari hasil hubungan yang sah, boleh dikawinkan karena yang bersangkutan tidak berada dalam ikatan perkawinan dan tidak berada dalam waktu tunggu. Dan karena kebetulan diantara beberapa mazhab fiqih di Indonesia ini yang paling berpengaruh adalah Mazhab Syafi’i yang membolehkan pernikahan gadis hamil, maka ketentuan hukum adat itu pun menjadi diperkuat oleh ketentuan fiqih mazhab Syafi’I itu

Para ulama mazhab Syafi’i tetap membenarkan (meskipun memakruhkan atau tidak menyukai) pernikahan dengan perempuan yang sedang hamil karena zina (yakni sebelum melahirkan anaknya) mengingat bahwa perzinaan menurut mereka, sebagaimana telah disebutkan di atas adalah perbuatan di luar hukum dan tidak memiliki “kehormatan” sedikit pun (baik tentang adanya kehamilan tersebut ataupun tentang anak yang akan lahir sebagai akibatnya), Karena itu, tidak ada hambatan untuk menikahi perempuan seperti itu.

* 1. **Pernikahan Perempuan Hamil di Luar Nikah Menurut KHI**

Pernyataan implisit dari UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan diulangi dan dinyatakan secara eksplisit dalam KHI yang disebarluaskan dengan Inpres Nomor 1 Tahun 1991. Dalam KHI terdapat bab khusus mengenai kawin hamil, yaitu Bab VIII Pasal 53 ayat (1), (2), dan (3).

1. Seorang wanita hamil di luar nikah, dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya.
2. Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dilangsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya.
3. Dengan dilangsungkannya perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandung lahir.

Dengan demikian, perkawinan wanita hamil karena zina dibolehkan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Manakala yang mengawininya itu pelakunya sendiri. Oleh karena itu perkawinan wanita hamil karena zina tersebut belum mengakomodir terhadap laki-laki lain (bukan pelakunya).

Dalam KHI tahun 1991, ditetapkan bahwa wanita yang hamil karena zina dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya. Subtansi pasal ini dapat ditafsirkan pula bahwa wanita hamil karena zina tidak dapat dikawinkan dengan laki-laki lain (bukan pelakunya).

Berbeda lagi dengan draft KHI Tahun 2004 terdapat ketentuan khusus mengenai perkawinan perempuan hamil di luar nikah. Ketentuan tersebut ditempatkan pada Bab IX Pasal 42 dan 44. Dalam draft KHI tahun 2004 ditetapkan bahwa:

* 1. Perempuan yang hamil di luar perkawinan dapat melangsungkan perkawinan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya.
	2. Laki-laki yang menghamili perempuan di luar perkawinan wajib bertanggungjawab untuk mengawininya selama tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.
	3. Perkawinan dengan perempuan yang sedang hamil adalah sah. Oleh karena itu, perkawinan ulang setelah anak yang di dalam kandungannya lahir, tidak diperlukan.

Dalam draft KHI ditetapkan bahwa wanita yang hamil di luar nikah karena diperkosa oleh seorang laki-laki yang diketahuinya dan dapat dihubungi, memiliki hak opsi: menikah dengan laki-laki yang memperkosanya atau tidak menikah dengannya. Akan tetapi, tidak terdapat ketentuan yang eksplisit yang melarang atau membolehkan perkawinan wanita hamil di luar nikah, dengan laki-laki yang tidak menghamilinya. Akan tetapi, apabila menggunakan kaidah al-ashl fi al-mu’malat al-ibahat, maka hal-hal yang tidak dilarang secara eksplisit menunjukkan boleh. Hal ini berarti bahwa ketentuan yang terdapat dalam Draft KHI Tahun 2004 berbeda dengan ketentuan yang terdapat dalam RUU Hukum Terapan Peradilan Agama bidang Perkawinan.[[14]](#footnote-15)

1. Abd. Rahman Ghazaly, *Fiqh Munakahat,*  (Jakarta: Kencana, 2006), h. 7- 8. [↑](#footnote-ref-2)
2. Asy-Syekh Zainuddin, *Fathul Mu’in,* Jilid III, Bab Nikah, (Surabaya : Al-Hidayah, 1993), h. 1. [↑](#footnote-ref-3)
3. Depag, *Al-Qur’an dan Terjemahannya* , (Bandung: CV. Penerbit J-ART, 2005), h. 78. [↑](#footnote-ref-4)
4. Nurul Mukhlisin, *Intisari Fiqih Islam,* (Surabaya: CV. Fitri Mandiri Sejahtera, 2007), h. 184. [↑](#footnote-ref-5)
5. Al-Hafidz Abi Abdillah Muhammad bin Yazid Al-Qazwiny Ibnu Majah, *Sunah Ibnu Majah, Juz I* (Dar Al-Fikr Li Al-Thaba’ah wa al-Nasyr wa al-Tauzi’y,th), h. 606 [↑](#footnote-ref-6)
6. *Ibid,* h. 605 [↑](#footnote-ref-7)
7. *Ibid,* h.252 [↑](#footnote-ref-8)
8. Abd. Rahman Ghazaly, *Op. Cit*, h. 46-49 [↑](#footnote-ref-9)
9. Departemen Agama RI, *Al-qur’an dan terjemahannya………..ibid,* , h. 107 [↑](#footnote-ref-10)
10. Ali, Mohammad Daud, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Edisi Keenam, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2002. [↑](#footnote-ref-11)
11. Departemen Agama RI, *Al-qur’an dan terjemahannya………..Ibid,* , h. 342 [↑](#footnote-ref-12)
12. Departemen Agama RI, *Al-qur’an dan terjemahannya………..Ibid,* , h. 81 [↑](#footnote-ref-13)
13. Departemen Agama RI, *Al-qur’an dan terjemahannya………..Ibid,* , h. 350 [↑](#footnote-ref-14)
14. Jaih Mubarok, *Modernisasi Hukum Perkawinan di Indonesia*. (Bandung : Rosda Karya, 1993), h. 112-115. [↑](#footnote-ref-15)