

BAB II

DASAR HUKUM PENETAPAN WALI DALAM PERKAWINAN

A. Dasar-dasar Hukum dalam Perkawinan

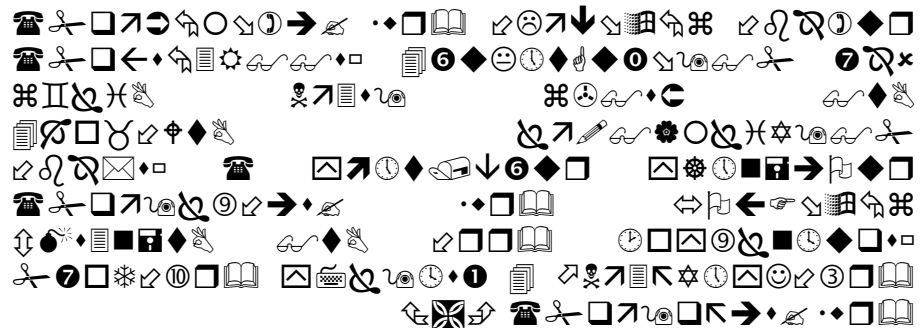
1. Definisi Perkawinan dan Dasar Hukum Perkawinan Menurut Fiqh, Undang-undang dan KHI

Perkawinan adalah merupakan sunatullah, bahwa makhluk yang bernyawa itu diciptakan berpasang-pasangan baik laki-laki maupun perempuan. Perkawinan merupakan suatu hal yang penting dalam realita kehidupan umat manusia. Dengan adanya perkawinan rumah tangga dapat ditegakkan dan dibina sesuai dengan norma agama dan tata kehidupan masyarakat. Hubungan antara seorang laki-laki dan perempuan merupakan tuntunan yang telah diciptakan oleh Allah SWT dan untuk menghalalkan hubungan ini maka disyariatkanlah akad nikah. Pergaulan antara laki-laki dan perempuan yang diatur dengan perkawinan ini akan membawa keharmonisan, keberkahan dan kesejahteraan bagi laki-laki maupun perempuan tersebut, keturunannya bahkan masyarakat.

Perkawinan dalam fiqh berbahasa arab disebut dengan dua kata, yaitu nikah dan zawaj. Kata na-kaha dan za-wa-ja terdapat dalam Al Qur'an dengan arti kawin yang tergabung, hubungan kelamin, dan juga berarti akad. Menurut fiqh, nikah adalah salah satu asas pokok hidup yang paling utama dalam pergaulan atau masyarakat yang sempurna. Sementara perkawinan menurut syara' secara umum didefinisikan sebagai akad

zawaj, yaitu suatu akad yang menghalalkan pergaulan dan pertolongan antara laki-laki dan perempuan dan membatasi hak-hak serta kewajiban mereka masing-masing mereka.¹ Menurut Sajuti Thalib, perkawinan adalah suatu perjanjian yang suci, kuat dan kokoh untuk hidup bersama secara sah antara seorang laki-laki dengan perempuan membentuk keluarga yang kekal, santun menyantuni, kasih mengasihi, tentram dan bahagia.²

Dasar hukum perkawinan menurut fiqh terdapat pada QS. An-Nisa' ayat 3 yang berbunyi:



Artinya: “Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), Maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi : dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, Maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya”.³

Sementara menurut Undang-Undang Perkawinan No. 1/74 definisi perkawinan termuat dalam pasal 1 ayat 2 yang menyatakan bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang wanita dan laki-laki sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga rumah tangga yang

¹ Abdul Aziz, Muhammad Azzam, *Fiqh Munakahat*, Jakarta: Amzah, 2009, hlm. 37.

² Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam*, Jakarta: Bumi Aksara, 1996, hlm.2.

³ Depag RI, *Al Qur'an dan Terjemahan*, Semarang: CV. Alwih, 1993, hlm. 115.

bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Adapun landasan hukum perkawinan ini terdapat dalam pasal 2 ayat (1) dan pasal 2 ayat (2) Undang-undang No. 1/1974 tentang Perkawinan, yang menyatakan bahwa “Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaan itu” kemudian “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan-peraturan, perundang-undangan yang berlaku”.

Menurut KHI pasal 2 dan pasal 3 bahwa “Perkawinan dalam hukum Islam adalah akad yang sangat kuat atau mitsaqon ghalidhan untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah”. Adapun asas yang prinsipil dalam undang-undang perkawinan adalah sebagai berikut:

- a. Menampung segala kenyataan-kenyataan yang hidup dalam masyarakat bangsa Indonesia pada saat sekarang ini.
- b. Sesuai dengan perkembangan zaman.
- c. Memuat tujuan dari pernikahan yaitu membentuk keluarga yang kekal.
- d. Kesadaran akan hukum agama dan keyakinan masing-masing.
- e. Menganut asas monogami tetapi masih terbuka untuk melakukan poligami.
- f. Perkawinan dilaksanakan oleh orang yang matang jiwa dan raganya.
- g. Persamaan kedudukan antara suami dan istri dalam rumah tangga maupun dalam pergaulan di masyarakat.⁴

2. Syarat dan Rukun Perkawinan

Agar dapat mencapai tujuan dari perkawinan, maka rukun dan syarat perkawinanpun harus terpenuhi. Di dalam hukum fiqh seperti yang diungkapkan oleh Ahmad Rofiq bahwa rukun perkawinan diantaranya adalah calon suami, calon istri, saksi nikah, ijab qabul, dan dari kelima

⁴ Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, Medan; Zahir Trading, 1975, hlm. 10

rukun tersebut masing-masingnya memiliki syarat-syarat tertentu, berikut uraiannya:

a. Calon suami, syaratnya:

- 1) Beragama Islam
- 2) Laki-laki
- 3) Jelas orangnya
- 4) Dapat memberikan persetujuan
- 5) Tidak dapat halangan perkawinan

b. Calon istri, syaratnya:

- 1) Beragama Islam
- 2) Perempuan
- 3) Jelas orangnya
- 4) Dapat dimintai persetujuan
- 5) Tidak terdapat halangan

c. Wali nikah, syaratnya:

- 1) Laki-laki
- 2) Dewasa
- 3) Mempunyai hak perwalian
- 4) Tidak terdapat halangan perwaliannya.

d. Saksi nikah, syaratnya:

- 1) Minimal dua orang laki-laki
- 2) Hadir dalam ijab qabul
- 3) Dapat mengerti maksud akad

- 4) Islam
 - 5) Dewasa
- e. Ijab qabul, syaratnya:
- 1) Adanya pernyataan mengawinkan dari wali
 - 2) Adanya pernyataan penerimaan dari calon suami
 - 3) Memakai kata-kata nikah, *tazwij* atau terjemah dari nikah atau *tazwij*
 - 4) Antara ijab dan qabul bersambungan
 - 5) Antara ijab dan qabul jelas maksudnya
 - 6) Orang yang berkait dengan ijab qabul tidak sedang dalam ihram haji/umroh
 - 7) Majlis ijab dan qabul itu harus dihadiri minimal 4 orang: calon suami atau wakilnya, wali dari calon istri atau wakilnya, dan dua orang saksi.⁵

Sementara menurut Undang-Undang Perkawinan, syarat-syarat perkawinan termuat dalam BAB III pasal 6 yang berbunyi:

- a. Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai.
- b. Untuk melangsungkan perkawinan seorang yang belum berusia 21 tahun harus mendapat izin kedua orang tua.
- c. Dalam hal kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya, maka izin dimaksud ayat (2) pasal ini cukup diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau dari orang tua yang mampu menyatakan kehendaknya.
- d. Dalam hal salah seorang dari kedua orang tua telah meninggal dunia atau tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya, maka izin diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas

⁵ Kholil Rahman, *Hukum Perkawinan Islam*: IAIN Walisongo, t.t, hlm.31-32.

selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.

- e. Dalam hal ada perbedaan pendapat antara orang-orang yang disebut dalam ayat (2), (3), (4) pasal ini, atau salah seorang atau lebih diantara mereka tidak menyatakan pendapatnya, maka pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang akan melangsungkan perkawinan atas permintaan orang tersebut dapat member izin setelah lebih dahulu mendengar orang-orang tersebut dalam ayat (2), (3), (4) pasal ini.
- f. Ketentuan tersebut antara ayat 1 sampai ayat 5 pasal ini berlaku sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain.⁶

Begitupula yang tertulis di dalam KHI pasal 14, yang menyatakan bahwa rukun perkawinan diantaranya adalah:

- a. Calon suami
- b. Calon istri
- c. Wali nikah
- d. Saksi
- e. Ijab qabul

B. Ketentuan Penetapan Wali Nikah

1. Definisi, Macam-macam dan Syarat Wali Nikah

a. Definisi Wali Nikah

Dari kelima rukun di atas, wali adalah salah satu rukun yang mendasar dari sebuah perkawinan yang dimana keberadaan seorang wali tersebut sangat berkaitan dengan sah atau tidanya sebuah perkawinan. Wali sendiri secara etimologi mempunyai arti pelindung, penolong atau penguasa.⁷ Perwalian dalam konteks perkawinan yang juga merupakan suatu kekuasaan atau wewenang

⁶ Undang-undang Perkawinan, Semarang: Beringin Jaya, t.t, hlm. 9.

⁷ Tihami dan Sohari Sharani, *Fikih Munakahat*, Jakarta: PT Raja Grafindo, 2009, hlm. 89.

syar'i atas segolongan manusia, yang dilimpahkan kepada orang yang sempurna, karena kekurangan tertentu pada orang yang dikuasai itu, demi kemaslahatannya sendiri, dalam hal ini berarti seorang anak perempuan yang melimpahkan haknya pada bapaknya.⁸ Sementara definisi wali nikah adalah seseorang yang berhak menikahkan seorang calon mempelai perempuan dalam suatu akad nikah.⁹

Undang-Undang Perkawinan tidak mengatur tentang wali nikah secara eksplisit. Di dalam pasalnya 26 ayat (1) sedikit menyinggung tentang wali yang berbunyi perkawinan yang dilangsungkan di muka pegawai pencatat nikah tidak berwenang, wali nikah yang tidak sah atau yang dilangsungkan tanpa dihadiri oleh dua orang saksi yang dapat dimintakan pembatalannya oleh keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dari suami istri, jaksa, dan suami atau istri. Dapat disimpulkan bahwa secara implisit bunyi pasal di atas mengisyaratkan dengan jelas bahwa perkawinan yang tidak diikuti wali, maka perwaliannya batal atau dapat dibatalkan.

Menurut KHI dalam pasal 19 menyatakan bahwa wali nikah dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya.

⁸ Masykur A.B , *Fiqh 5 Madzhab*, Jakarta: Lentera, 2005, cet. 14, hlm. 345.

⁹ Muhammad Amin Summa, *hukum Keluarga Islam di dunia Islam*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2005, hlm. 186.

b. Macam-macam wali nikah

Dalam hukum perkawinan ada empat macam wali di antaranya:

- 1) Wali nasab adalah wali yang hak perwaliannya didasarkan karena ada hubungan darah.
- 2) Wali hakim adalah wali yang hak perwaliannya timbul karena orang tua mempelai perempuan adlal atau tidak ada atau karena sebab lain.
- 3) Wali mu'tiq adalah wali nikah karena memerdekakan orang perempuan yang berstatus budak.
- 4) Wali muhkam adalah wali nikah yang terdiri dari seorang laki-laki yang diangkat oleh kedua mempelai untuk menikahkan dirinya disebabkan wali nasab, wali mu'tiq, dan wali hakim tidak ada¹⁰

Dalam KHI hanya menyebutkan dua macam wali yaitu wali nasab dan wali hakim yang dirinci dalam pasal 21, 22, dan 23. Berikut adalah kutipannya:

Pasal 21

“(1) Wali nasab terdiri dari empat kelompok dalam urutan kedudukan, kelompok yang satu didahulukan dari kelompok yang sesuai erat tidaknya susunan kekerabatan dengan calon mempelai wanita. Pertama, kelompok kerabat laki-laki garis lurus ke atas yakni ayah, kakek dari pihak ayah dan seterusnya. Kedua, kelompok kerabat saudara laki-laki kandung atau saudara laki-laki seayah dan keturunan laki-laki mereka. Ketiga, kelompok kerabat paman, yakni saudara laki-laki kandung ayah, saudara seayah dan keturunan laki-laki mereka.
(2) Apabila dalam satu kelompok wali nikah terhadap beberapa orang yang sama-sama berhak menjadi wali, maka yang paling berhak

¹⁰ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2008, hlm.46

menjadi wali ialah yang lebih dekat derajat kekerabatannya dengan calon mempelai wanita

(3) Apabila dalam satu kelompok sama derajat kekerabatannya maka yang paling berhak menjadi wali nikah ialah kerabat kandung darikerabat yang hanya seayah.

(4) Apabila dalam satu kelompok derajat kekerabatannya sama yakni sama-sama derajat kandung, atau sama-sama derajat kerabat ayah, mereka sama-sama berhak menjadi wali nikah dengan mengutamakan yang lebih tua dan memenuhi syarat-syarat wali.”¹¹

Pasal 22

“Apabila wali nikah yang paling berhak, urutannya tidak memenuhi syarat sebagai wali nikah atau oleh karena wali nikah itu menderita tuna wicara, tuna rungu atau sudah udzur, maka hak menjadi wali bergeser kepada wali nikah yang lain menurut derajat berikutnya”. Adapun urutannya adalah sebagai berikut:

- 1) Ayah kandung.
- 2) Kakek (dari garis ayah) dan seterusnya ke atas dalam garis laki-laki.
- 3) Saudara laki-laki sekandung.
- 4) Saudara laki-laki seayah.
- 5) Anak laki-laki saudara laki-laki sekandung.
- 6) Anak laki-laki saudara laki-laki seayah.
- 7) Anak laki-laki dari anak laki-laki saudara laki-laki sekandung.
- 8) Anak laki-laki dari anak laki-laki saudara laki-laki seayah.
- 9) Saudara laki-laki yah sekandung (paman).
- 10) Saudara laki-laki ayah seayah (paman seayah).
- 11) Anak laki-laki paman sekandung.
- 12) Anak laki-laki paman seayah.
- 13) Saudara laki-laki kakek sekandung.
- 14) Anak laki-laki saudara laki-laki kakek sekandung.
- 15) Anak laki-laki saudara laki-laki kakek seayah.”¹²

Kemudian ketika wali nasab tidak ada, maka hak perwalian berpindah ke wali hakim, seperti yang tertuang dalam pasal 23 KHI yang berbunyi:

“(1)Wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah apabila wali nasab tidak ada atau tidak mungkin menghadirkannya atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau gaib atau adlal atau enggan.

¹¹Tim Redaksi Nuansa Aulia, *Kompilasi Hukum Islam*, Bandung: Nuansa Aulia, 2008, hlm. 7.

¹² *Ibid*, hlm. 8.

(2) Dalam hal wali adlal atau enggan maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada putusan Pengadilan Agama tentang wali tersebut.”¹³

Pada dasarnya wali dibagi menjadi 2 macam yaitu wali nasab dan wali hakim, berikut adalah uraiannya:

1) Wali nasab

Wali nasab adalah wali yang hak perwaliannya didasarkan karena adanya hubungan darah. Adapun yang termasuk wali *ab'ad* atau jauh adalah sebagai berikut:

- a) Saudara laki-laki sekandung.
- b) Saudara laki-laki seayah.
- c) Anak laki-laki dari saudara laki-laki sekandung.
- d) Anak laki-laki dari saudara laki-laki seayah.
- e) Paman sekandung perpindahan.
- f) Paman seayah.
- g) Anak laki-laki paman sekandung.
- h) Anak laki-laki paman seayah.
- i) Ahli waris ashabah lainnya jika ada.¹⁴

Sementara perpindahan wali aqrab ke wali *ab'ad* apabila:

- a) Wali *aqrabnya* non muslim.
- b) Wali *aqrabnya* fasik.
- c) Wali *aqrabnya* gila.
- d) Wali *aqrabnya* belum dewasa.

¹³ *Ibid*

¹⁴ Rokhmadi, *op.cit*, hlm. 46.

e) Wali *aqrabnya* bisu atau tuli.¹⁵

Dalam menetapkan wali nasab terdapat beda pendapat di kalangan ulama. Hal ini terjadi karena tidak adanya petunjuk yang jelas dari Nabi, sedangkan Al Qur'an tidak membicarakan sama sekali siapa-siapa yang berhak menjadi wali. Jumhur ulama yang terdiri dari Syafi'iyah, Hanabilah, Zhahiriyah, dan Syi'ah Imamiyah membagi wali itu wali kepada dua kelompok. Pertama, wali dekat atau *qarib*, yaitu ayah dan kalau tidak ada pindah kepada kakek.

Kedudukan wali *aqrab* ini juga bisa disebut wali *mujbir*, maksudnya kedua wali *aqrab* tersebut mempunyai hak prerogatif dalam menikahkan anaknya yang masih usia muda, dan dapat bersifat memaksa tanpa keharusan meminta pendapat dari anaknya tersebut karena tidak mempunyai kecakapan untuk memberikan persetujuan. Kedua, wali jauh atau wali *ab'ad*, yaitu wali yang hubungan kekerabatannya dengan calon mempelai perempuan lebih jauh, maksudnya wali dalam garis kekerabatan selain ayah dan kakek, juga selain dari anak dan cucu. Menurut ulama jumhur anak tidak boleh menjadi ibunya, kecuali jika anak tersebut berkedudukan sebagai wali hakim.¹⁶

Sementara Ulama Hanafiyah berpendapat bahwa menempatkan seluruh kerabat nasab, baik sebagai *ashabah* dalam

¹⁵ Tihami dan sohari sharani, *op.cit*, hlm. 97.

¹⁶ Amir Syarifuddin, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2007, hlm. 75

kewarisan atau tidak. Menurut golongan ini, semua kerabat nasab memiliki hak ijbār, bukan hanya ayah dan kakek, selama yang akan dikawinkan adalah seorang perempuan yang masih kecil atau tidak sehat akalnyā. Ulama Malikiyah menempatkan seluruh kerabat nasab yang aṣḥabāh sebagai wali nasab dan membolehkan anak mengawinkan ibunya, bahkan kedudukannya lebih utama dari ayah atau kakek.¹⁷

2) Wali hakim

Wali hakim adalah wali yang hak perwaliannya timbul karena orang tua mempelai perempuan adlāl atau tidak ada, atau karena sebab lain. Sebagaimana sabda Rasulullah riwayat dari Ahmad, Abu Dawud, Ibnu Majah dan Nasa’i yang berbunyi:

فان اشتجروا فإلى سلطان ولي من لا ولي له

Artinya: “Jika pihak wali enggan untuk menikahnya, maka hakimlah yang berhak menjadi wali bagi seorang perempuan yang tidak ada walinya”.¹⁸

Dari hadits di atas yang berhak menjadi wali hakim adalah pemerintah, penguasa, khalifah atau qadi nikah yang diberi wewenang dari kepala negara untuk menikahkan perempuan yang berwali hakim.

Adapun peralihan wali nasab ke wali hakim terjadi apabila:

- a) Tidak ada wali nasab.
- b) Tidak cukup syarat-syarat pada wali *aqrab* atau wali *ab’ad*.
- c) Wali *aqrab* dipenjara dan tidak bisa ditemui.

¹⁷ *Ibid*, hlm. 76.

¹⁸ Al Tirmidzi, *Shahih Al Tirmidzi*, Juz III, Beirut-Lebanon, Dar al Kutub al Ilmiyah, t.t, hlm. 400

- d) Wali *aqrabnya* sedang ihram.
- e) Wali *aqrabnya* sendiri yang akan menikah.
- f) Wali *aqrab* gaib atau pergi dalam perjalanan sejauh 92,5 km atau selama 2 hari perjalanan.
- g) Wali *aqrabnya* berbelit-belit (mempersulit).
- h) Wali *aqrabnya* adlal.
- i) Wanita yang akan dinikahkan gila, tapi sudah dewasa dan wali *mujbir* tidak ada.¹⁹

c. Syarat-Syarat Wali Nikah

Beberapa syarat wali nikah yang harus dipenuhi, diantaranya adalah Islam, baligh, berakal, merdeka , laki-laki dan adil.²⁰

1) Islam

Menjadi seorang wali nikah, tidak diperbolehkan baginya jika ia non muslim, karena itu syarat sahnya suatu perkawinan salah satunya yaitu hak perwalian berada pada seseorang yang beragama Islam.

2) Baligh

Syarat wali harus seorang yang sudah baligh. Ini berarti anak kecil tidak boleh menjadi wali, karena perwalian itu ditetapkan untuk membantu ketidakmampuan orang yang menjadi obyek perwalian dalam mengekspresikan dirinya.

¹⁹ Tihami dan Sohari Sharani, *op.cit*, hlm. 97-98

²⁰ Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah* (terj), Bandung: PT Al Ma'arif, 1997, jilid 7, hlm. 11.

3) Berakal

Dalam hal ini baik anak kecil atau orang gila tidak berhak menjadi wali. Ini merupakan syarat umum bagi seseorang yang melakukan akad, karena orang yang terganggu pikirannya dikhawatirkan tidak akan mendatangkan maslahat dalam perkawinan tersebut.

4) Merdeka

Menurut pendapat ulama, seorang budak laki-laki tidak mempunyai hak perwalian, baik atas dirinya sendiri maupun atas orang lain.

5) Laki-laki

Wali nikah haruslah seorang laki-laki.

6) Adil

Adil disini dalam arti tidak pernah terlibat dosa besar dan tidak sering terlibat dosa kecil serta tetap memilih cara muruah atau sopan santun. Menurut pendapat Malik, Abu Hanifah dan salah satu pendapat Syafi'i, Mutsanna bin Jami', menukil bahwa ia bertanya kepada Ahmad jika ada orang yang menikah dengan wali yang fasik dan beberapa orang saksi yang adil, maka Ahmad berpendapat bahwa hal itu tidak membatalkan pernikahannya.

2. Penetapan Wali Nikah Bagi Calon Mempelai Perempuan Menurut Fiqh, Undang-Undang dan KHI

Keberadaan seorang wali dalam suatu perkawinan sangat menentukan syarat sah tidaknya perkawinan tersebut. Penjelasan di atas telah menguraikan pengertian wali, macam-macam serta urutan wali, serta bagaimana persyaratan yang harus terpenuhi menjadi seorang wali nikah. Jumhur ulama mempersyaratkan urutan orang yang berhak menjadi wali dalam arti selama masih ada wali nasab, wali hakim tidak dapat menjadi wali dan selama wali nasab dekat masih ada maka yang lebih jauh tidak dapat menjadi wali.²¹

Pada dasarnya yang menjadi wali itu adalah wali nasab yang qarib atau dekat. Bila wali qarib tersebut tidak memenuhi syarat baliq, berakal, Islam, merdeka, berpikiran baik dan adil, maka perwalian berpindah pada wali ab'ad menurut urutan tersebut di atas. Bila wali qarib sedang dalam ihram haji atau umroh, maka kewalian tidak berpindah ke wali ab'ad tapi ke wali hakim secara kewalian umum. Demikian pula wali hakim bila keseluruhan wali nasab tidak ada atau wali qarib dalam keadaan adlal atau enggan mengawinkan tanpa alasan yang dapat dibenarkan, begitupula akad perkawinan dilakukan oleh hakim bila wali qarib sedang berada di tempat lain yang jaraknya 92,5 km.

Dalam hal berpindahnya hak kewalian kepada wali hakim terdapat pendapat lain. Menurut Ulama Hanafiyah bila wali aqrab berpergian ke

²¹ Amir Syarifuddin, *op.cit*, hlm.78

tempat jauh atau ghaib dan sulit menghadirkannya, hak perwalian pindah ke wali ab'ad dan tidak pada wali hakim. Pendapat yang sama juga dikemukakan oleh Ulama Malikiyyah. Pindahanya kepada wali hakim atau sulthan bila seluruh wali tidak ada atau bila wali qarib dalam keadaan enggan mengawinkan.²²

Di dalam Undang-Undang Perkawinan tidak mengatur tentang wali nikah sebagai salah satu syarat atau rukun dalam perkawinan, namun di pasal 26 Undang-Undang Perkawinan sedikit menyinggung wali nikah dalam hal pembatalan perkawinan. Berkenaan dengan wali nikah, KHI yang didalamnya diambil dari beberapa fiqh mazhab jumhur ulama telah menjelaskan di dalam pasal 19, 20, 21, 22 dan 23 seperti yang telah diuraikan sebelumnya.

Dalam hal penetapan wali nikah, KHI menjelaskan bahwa yang diutamakan adalah wali nasab yang dimana memiliki empat kelompok dalam urutan kedudukan, kelompok yang satu didahulukan dari kelompok yang lain sesuai erat tidaknya susunan kekerabatan dengan calon mempelai. Dalam pasal 22, KHI menjelaskan “apabila wali nikah yang paling berhak urutannya tidak memenuhi syarat sebagai wali nikah atau oleh karena wali nikah itu menderita tunawicara, tunarungu atau uzur, maka hak menjadi wali bergeser ke wali nikah yang lain menurut derajat berikutnya”. Kemudian pada pasal 23 KHI menyinggung mengenai penetapan wali hakim pada calon mempelai perempuan “Ketika dalam

²² *Ibid*, hlm. 79

keadaan wali nasab tidak ada atau tidak mungkin menghadirkannya atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau ghaib atau adlal atau enggan. Jika wali nasab adlal atau enggan maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada putusan PA tentang wali tersebut”.²³

Permasalahan mengenai penetapan wali nikah ini, jika diurai lebih dalam lagi, maka tidak akan terlepas dari permasalahan tentang status anak, dalam hal ini yaitu status dari calon mempelai perempuan jika ia anak pertama. Untuk mengetahui bagaimana keterkaitan keduanya, maka akan diuraikan terlebih dahulu bagaimana konsep anak sah menurut undang-undang, KHI dan juga fiqh.

Menurut Undang-Undang No. 1/1974 Tentang Perkawinan, dalam pasalnya 42 menyebutkan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Pada pasal 43 menyatakan bahwa ketika anak yang dilahirkan di luar perkawinan, maka ia hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya, mengenai kedudukan anak tersebut akan diatur selanjutnya dalam peraturan pemerintah, namun sampai sekarang belum diterbitkan.²⁴

Begitupula konsep anak sah menurut KHI di dalam pasal 99 yang menyatakan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah, merupakan hasil pembuahan suami dan istri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh istri tersebut. Kemudian pada pasal 100 menyebutkan juga mengenai anak yang lahir di

²³ Kompilasi Hukum Islam, *op. cit.*, hlm.7-8.

²⁴ Abdul Manan, *op. cit.*, hlm. 81.

luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.

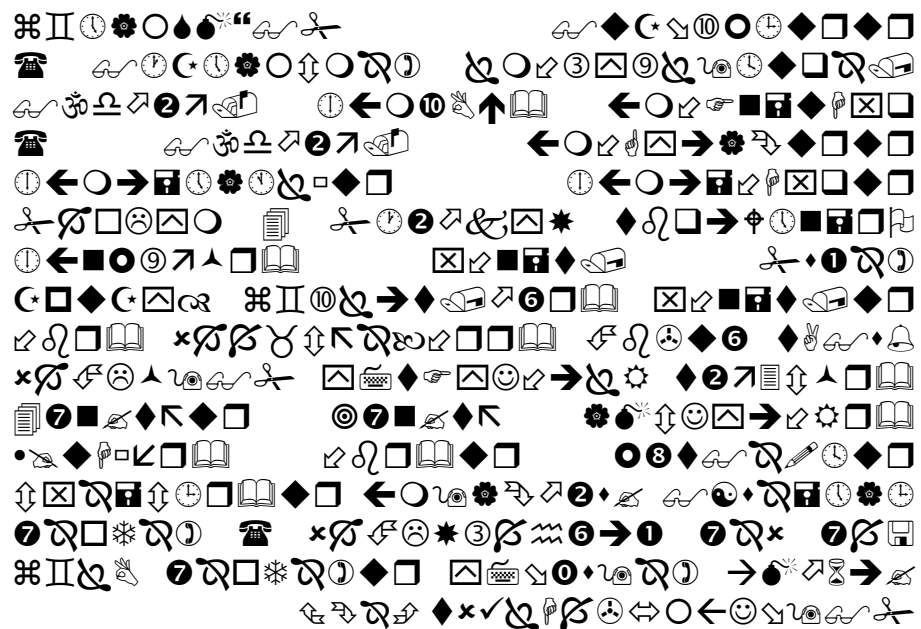
Dari kedua hukum positif di atas yaitu undang-undang dan KHI seperti yang telah disebutkan di atas, tidak menyinggung mengenai batas minimal kehamilan, yaitu 6 bulan. Dalam pandangan hukum Islam, ada 4 syarat supaya nasab anak itu dianggap sah, yaitu:

- a. Kehamilan bagi seorang istri bukan hal yang mustahil, artinya normal dan wajar untuk hamil.
- b. Tenggang waktu kelahiran dengan pelaksanaan perkawinan minimal 6 bulan sejak perkawinan dilaksanakan.
- c. Anak yang lahir itu terjadi dalam waktu kurang dari masa sepanjang kehamilan. Tentang hal ini masih diperselisihkan oleh pakar hukum Islam.
- d. Suami tidak mengingkari anak tersebut melalui lembaga li'an.²⁵

Dari sini terlihat ada perbedaan konsep anak sah antara undang-undang dan KHI dengan konsep fiqh. Dapat disimpulkan dari konsep anak sah menurut undang-undang dan KHI bahwa anak yang terlahir dari suatu atau setelah perkawinan yang sah, maka anak tersebut termasuk kategori anak sah, sehingga status wali nikahnya tetap ada pada wali nasab, meskipun ia lahir kurang dari 6 bulan sejak akad nikah orang tuanya. Jika memang benar bahwa sebelum menikah secara resmi kedua orang tua tersebut telah melakukan perbuatan zina, maka anak yang terlahirpun

²⁵*Ibid*, hlm. 79

termasuk anak hasil zina yang garis nasabnya tidak dapat mengikuti ayah biologisnya, sehingga status wali nikahnya menggunakan wali hakim.²⁶ Adapun ketentuan mengenai batas minimal usia bayi dalam kandungan sejak akad nikah orang tuanya berdasarkan firman Allah SWT di dalam QS. Al Ahqaf: 15

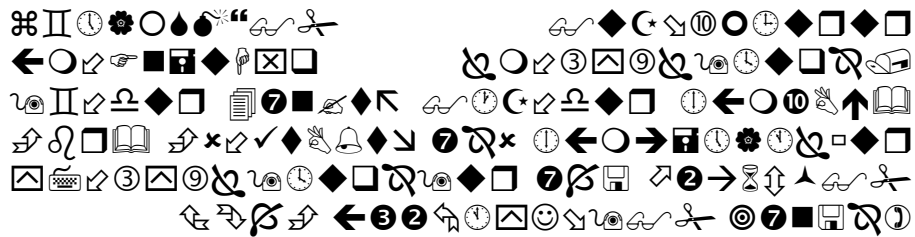


Artinya: “Kami perintahkan kepada manusia supaya berbuat baik kepada dua orang ibu bapaknya, ibunya mengandungnya dengan susah payah, dan melahirkannya dengan susah payah (pula). mengandungnya sampai menyapihnya adalah tiga puluh bulan, sehingga apabila dia Telah dewasa dan umurnya sampai empat puluh tahun ia berdoa: "Ya Tuhanku, tunjukilah Aku untuk mensyukuri nikmat Engkau yang Telah Engkau berikan kepadaku dan kepada ibu bapakku dan supaya Aku dapat berbuat amal yang saleh yang Engkau ridhai, berilah kebaikan kepadaku dengan (memberi kebaikan) kepada anak cucuku. Sesungguhnya Aku bertaubat kepada Engkau dan Sesungguhnya Aku termasuk orang-orang yang berserah diri”.²⁷

QS. Lukman: 14 yang berbunyi:

²⁶ Surat Dirjen Bimas dan Urusan Haji No. D/ED/PW. 01/03/92 Tentang Ketentuan Adam Wali Nikah BAB IIIB.

²⁷ Depag RI, *Al Qur'an dan Terjemahan*, Semarang: CV. Alwah, 1993, hlm. 824.



Artinya: “Dan kami perintahkan kepada manusia (berbuat baik) kepada dua orang ibu- bapanya; ibunya Telah mengandungnya dalam keadaan lemah yang bertambah- tambah, dan menyapihnya dalam dua tahun. Bersyukurlah kepadaku dan kepada dua orang ibu bapakmu, Hanya kepada-Kulah kembalimu”.²⁸

Jumhur ulama menafsirkan bahwa ayat pertama menunjukkan bahwa tenggang waktu mengandung dan menyapihnya adalah 30 bulan, sedangkan ayat yang kedua menerangkan bahwa menyapihnya setelah bayi disusukan secara sempurna membutuhkan waktu 2 tahun atau 24 bulan. Ini berarti bahwa bayi membutuhkan waktu 30 dikurangi 24 bulan sehingga hasilnya adalah 6 bulan di dalam kandungan.²⁹

Perbedaan prinsipil tentang konsep anak sah antara fiqh dan hukum positif di Indonesia tersebut jelas berimplikasi terhadap perbedaan dalam menentukan status wali nikah bagi calon mempelai perempuan yang lahir akibat hasil zina. Proses penetapan wali nikah bagi calon mempelai perempuan yang bermasalah mengenai tenggang waktu lahirnya dengan akad nikah orangtuanya inilah yang akan mendatangkan kesulitan baik bagi pegawai pencatat nikah, maupun pihak-pihak dari calon mempelai.

C. Kedudukan Fiqh dalam Penetapan Hukum

²⁸ *Ibid*, hlm. 654.

²⁹ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1995, hlm. 224.

Sumber hukum Islam merupakan segala sesuatu yang dijadikan dasar, acuan atau pedoman syariat Islam. Adapun produk pemikiran dari hukum Islam itu sendiri meliputi fiqh, fatwa ulama-hakim, keputusan pengadilan dan perundang-undangan yang dimana telah berkembang dan berlaku di Indonesia seiring pertumbuhan dan perkembangannya.³⁰ Amir Syarifuddin merinci cakupan pengertian fiqh, yaitu:

1. Bahwa fiqh itu adalah ilmu tentang hukum syara'.
2. Bahwa yang dibicarakan fiqh adalah hal-hal yang bersifat *amaliyah furu'iyah*.
3. Bahwa pengetahuan tentang hukum syara' itu didasarkan kepada dalil *tafsili* (rinci).
4. Bahwa fiqh itu di gali dan ditemukan melalui penalaran dan *istidlal* (penggunaan dalil) si mujtahid atau faqih.³¹

Sebagaimana KHI yang secara substansial telah menjadi hukum positif yang berlaku dan diakui keberadaanya, karena KHI merupakan hukum dalam kitab-kitab fiqh yang banyak didalamnya terdapat perbedaan pendapat, diunifikasikan ke dalam bentuk kompilasi.

KHI lahir dengan beberapa pertimbangan antara lain:

1. Sebelum lahirnya Undang-Undang Perkawinan, perkawinan umat Islam di Indonesia telah diatur oleh hukum agamanya yaitu fiqh munakahat.
2. Dengan keluarnya Undang-undang Perkawinan, maka Undang-Undang Perkawinan dinyatakan berlaku bagi seluruh warga Indonesia yang sebagian beragama Islam. Dengan demikian semenjak itu fiqh munakahat tidak berlaku lagi sebagai hukum positif. Namun pada pasal 66

³⁰ *Ibid*, hlm. 25.

³¹ Amir Syarifuddin, *op.cit*, hlm 16-17.

mengandung arti bahwa materi fiqh munakahat yang belum diatur oleh Undang-undang Perkawinan dinyatakan masih berlaku.

3. Meskipun menggunakan madzhab Syafi'iyyah namun didalamnya juga terdapat perbedaan pendapat di kalangan Ulama Syafi'iyyah sendiri.³²

KHI sendiri disusun dengan maksud untuk melengkapi undang-undang perkawinan dan disahkan secara praktis mendudukannya sebagai hukum perundang-undangan meskipun kedudukannya tidak sama dengan itu dan materinya tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang Perkawinan untuk seluruh materi Undang-Undang Perkawinan disalin ke dalam KHI meskipun rumusannya berbeda. Pasal-pasal KHI yang diatur di luar perundang-undangan merupakan pelengkap yang di ambil dari fiqh munakahat terutama madzhab Syafi'i.³³

Dalam hal penetapan hukum, fiqh memiliki peran besar didalamnya. Seperti fiqh munakahat yang merupakan hukum agama yang mendapat pengakuan resmi dari undang-undang perkawinan untuk mengatur hal-hal yang berkaitan dengan perkawinan. Dengan melihat pasal 2 ayat 1 tentang landasan hukum perkawinan itu berarti bahwa apa yang dinyatakan sah menurut fiqh munakahat juga disahkan menurut Undang-Undang Perkawinan, dapat disimpulkan bahwa undang-undang secara prinsip dapat diterima karena tidak menyalahi ketentuan yang berlaku dalam fiqh munakahat tanpa melihat madzhab fiqh tertentu.³⁴

³²*Ibid*, hlm. 21-22.

³³Amir Syarifuddin, *op. cit.*, hlm. 34.

³⁴Muhammad Daud Ali, *op. cit.*, hlm. 16

KHI merupakan Undang-Undang Perkawinan yang dilengkapi dengan fiqh munakahat atau dalam arti lain bahwa fiqh munakahat adalah bagian dari KHI. Adapun demikian fiqh munakahat yang merupakan bagian dari KHI tidak seluruhnya sama dengan fiqh munakahat yang terdapat dalam madzhab yang dianut selama ini yaitu madzhab Syafi'i.

Dengan adanya unifikasi dan kodifikasi dari kitab-kitab fiqh ke dalam bentuk KHI inilah maka diharapkan KHI dapat dipedomani para hakim dan masyarakat seluruhnya. KHI yang juga merupakan hasil ijtihad para ulama dan umat Islam Indonesia tersebut dapat menjadi pedoman hukum untuk dijadikan refrensi hukum dalam menjawab setiap persoalan hukum yang muncul, baik di PA maupun di masyarakat.³⁵

Salah satunya yaitu mengenai permasalahan dalam penetapan wali nikah bagi calon mempelai perempuan yang terdapat keganjilan pada jarak tanggal kelahirannya dengan tanggal akad nikah orang tuanya di lingkungan KUA. Bagi pegawai pencatat nikah yang bertugas dalam hal pencatatan juga turut andil dalam menetapkan hukum dalam permasalahan ini. Dengan ketentuan fiqh yang telah diatur di dalam kitab-kitab fiqh dalam konteks ini yaitu tentang perkawinan, maka pegawai pencatat nikah mempunyai kewenangan untuk memasukan dasar hukum fiqh sebagai pertimbangan dalam menetapkan wali nikah bagi calon mempelai perempuan yang merupakan anak di luar nikah.

³⁵ Ahmad Rofiq, *op.cit*, hlm. 25