## ABSTRAK

Disertasi dengan judul "Disparitas Penetapan Asal-Usul Anak Luar Nikah Perspektif Maqāṣid al-Syarī'ah Jamāl al-Dīn 'Atiyyah dan hukum progresif" (Studi di Pengadilan Agama Jombang, Pengadilan Agama Kota Kediri dan Pengadilan Agama Surabaya) ini ditulis oleh Haris Hidayatulloh dengan Promotor Prof. Dr. Iffatin Nur, M.Ag. dan Dr. H. Asmawi, M.Ag.

Kata Kunci: Disparitas, Penetapan, Asal-usul anak luar Nikah, Maqāṣid al-Syarī'ah , Jamāl al-Dīn 'Atiyyah, Hukum progresif ,

Anak luar nikah dengan perbagai problematikanya, tetap aktual untuk dikaji. Dari perspektif HAM, setiap anak berhak mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum tanpa memandang status kelahiran. Filosofi keadilan juga menekankan perlakuan setara bagi setiap individu, termasuk anak luar nikah yang mengalami ketidakadilan dalam mengakses hak asasinya. Dari perspektif humanis, setiap anak terlepas dari latar belakangnya, memiliki nilai intrinsik dan ekstrinsik. Dari filosifi tanggung jawab moral, masyarakat dan negara harus memastikan bahwa setiap anak dilindungi dan memiliki kesempatan tumbuhkembang. Dalam konteks filosofi keluarga, anak luar nikah sering mengalami kerumitan dalam identitas dan hubungan keluarga. Penelitian ini mengksplore bagaimana penetapan status hukum dapat berimplikasi pada perolehan identitas, hubungan dan hak keperdataan anak. Signifikansi penelitian diharapkan menimilisir ketimpangan, ketidakadilan dan streotype. Secara berkelanjutan, diharapkan terjadi perubahan paradigma sosial, masyarakat menerima keberadaan anak luar nikah dan mempromosikan nilai-nilai inklusivitas. Salah satu upaya emansipatoris negara, direpresentasinkan melalui Putusan MK No Mahkamah Konstitusi (MK) No 46/PUU-VIII/2010, anak yang lahir di luar perkawinan selain mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya juga mempunyai hubungan perdata dengan ayah dan keluarga ayahnya. Meski kontek putusan adalah persoalan pernikahan sirri, namun putusan MK bersifat final, berkekuatan hukum tetap dan tidak hanya berlaku pada pihak berperkara tetapi berlaku umum. Hal menarik yang peneliti temukan pada permohonan penetapan asal usul anak luar nikah adalah para pemohon tidak pernah melakukan pernikahan baik secara Agama mapun Negara. Di Jawa Timur, terdapat tiga Pengadilan Agama yang mengabulkan permohonan tersebut diantara Pengadilan Agama Jombang, Kota Kediri dan Surabaya.

Rumusan masalah dalam disertasi ini adalah: 1) Bagaimana dan mengapa terjadi disparitas amar penetapan asal-usul anak luar nikah oleh hakim Pengadilan Agama Jombang, Pengadilan Agama Kota Kediri dan Pengadilan Agama Surabaya. 2) Bagaimana legal reasoning atau pertimbangan hukum dalam penetapan asal-usul anak luar nikah oleh hakim Pengadilan Agama Jombang, Pengadilan Agama Kota Kediri dan Pengadilan Agama Surabaya. (3) Bagaimana disparitas penetapan asal-usul anak luar nikah oleh hakim Pengadilan Agama Jombang, Pengadilan Agama Kota Kediri dan Pengadilan Agama Surabaya dalam perspektif Maqāṣid al-syarī'ah Jamāl al-dīn 'Atiyyah dan hukum progresif.

Penelitian field research ini menggunakan pendekatan kualitatif. Sumber data primer dieksplore melalui deep interview pada hakim yang menetapkan perkara. Sumber sekunder dieksplore melalui studi dokumentasi pada penetapan

perkara. Analisis data menggunakan model Miles dan Huberman. Pengecekan keabsahan data melalui trianggulasi dan Forum Group Dicussion.

Hasil penelitian menjelaskan bahwa (1) Disparitas penetapan asal-usul anak luar nikah oleh tiga Pengadilan Agama diatas adalah hakim Pengadilan Agama Jombang menetapkan bahwa anak luar nikah dengan kedua orangtuanya memiliki hubungan keperdataan secara sempurna yaitu adanya hubungan nasab, yang meliputi hak pengasuhan, hak nafkah, hak waris dan hak perwalian. Sedangkan Pengadilan Agama Kota Kediri dan Surabaya menetapkan bahwa anak luar nikah dengan kedua orangtuanya memiliki hubungan keperdataan secara terbatas yaitu berupa tanggungjawab seorang ayah kepada anaknya dalam memenuhi kebutuhan hidupnya seperti pemeliharaan anak, pemenuhan nafkah dan pemenuhan pendidikan. Sedangkan disparitas penetapan asal-usul anak luar nikah dilatarbelakangi oleh beberapa hal; *Pertama,* perbedaan pilihan madzhab fiqih yang dijadikan dasar dalam menetapkan asal usul anak luar nikah. *Kedua*, perbedaan persepsi dan interpretasi dalam memahami makna frasa anak yang dilahirkan di luar perkawinan dalam putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. *Ketiga*, Independensi dan kebebasan hakim dalam mengadili perkara. (2) Legal reasoning atau pertimbangan hukum dalam penetapan asal usul anak luar nikah oleh hakim Pengadilan Agama Jombang merujuk pada Putusan MK No 46/PUU-VIII/2010 tentang anak luar nikah; Pasal 7 ayat 1, pasal 27 dan pasal 28 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak. Legal reasoningnya adalah upaya perlindungan hukum terhadap anak, pencegahan kemudharatan yang lebih besar dan upaya pewujudan kepentingan terbaik bagi anak. Hakim Pengadilan Agama Kota Kediri merujuk pada pasal 103 ayat 1 dan 2 Kompilasi Hukum Islam dan Putusan MK No 46/PUU-VIII/2010 tentang anak luar nikah. Legal reasoningnya adalah upaya perlindungan hukum terhadap anak, pemenuhan HAM dan pemenuhan keadilan. Hakim Pengadilan Agama Surabaya merujuk pada pasal 280 KUHPerdata, pasal 1 ayat 2 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, Putusan MK No 48/PUU-VII/2010 tentang anak luar nikah, dan pendapat Roscoe Pound *" Law is tool of social engineering".* Legal reasoningnya adalah upaya perlindungan hukum terhadap anak, pemenuhan keadilan dan pencegahan kemudharatan. (3) Dalam perspektif Maqāṣid al-Syarī'ah Jamāl al-Dīn 'Atiyyah, disparitas penetapan hakim berkesesuain dengan beberapa dictum; (*Hifẓ al-Nafs)* terjaganya jiwa, (*Hifẓ al-'ird*) terjaganya kehormatan, harkat dan martabat, (*Hifẓ al-nasab*) terjaga nasab, (*Iqāmah al-'adl*) penegakan keadilan, dan (*Al-himāyah al-dauliyah lihuqūq al-insāni*), perlindungan negara atas HAM. Dalam prespektif hukum progresif, penetapan hakim Pengadilan Agama berupaya mewujudkan kepentingan terbaik bagi anak, tidak tektualis literalis, bergeser dari Ius constitutum menuju Ius Constituendum. Para hakim telah mereinterpretasi berbagai peraturan perundang-undangan dan mempertimbangkan peristiwa konkret yang dihadapi, serta mengaktualisasikan ruh hukum (kemaslahatan) sesuai ruang dan waktu.

Dari ketiga kesimpulan diatas, penulis mewarkan teori keadilan inklusif-transformatif-progresif, teori ini dapat didiskripsikan sebagai upaya integrasi prinsip maqāṣid, yang menekankan pada tujuan menjaga kemaslahatan dan keadilan sosial, dengan hukum progresif yang mendorong perubahan berdasarkan

konteks dan kebutuhan masyarakat. Teori keadilan inklusif menekankan pentingnya memberikan perlindungan dan pengakuan hukum kepada anak luar nikah sebagai bentuk keadilan sosial yang inklusif. Teori keadilan transformatif menjelaskan bagaimana hukum dapat berfungsi tidak hanya sebagai norma tetapi juga sebagai agen transformasi sosial yang berkontribusi pada penerimaan dan perlakuan adil terhadap anak luar nikah. Teori keadilan progresif, menekankan pada pentingnya memahami konteks sosial, budaya, dan ekonomi dalam penetapan anak luar nikah dan nalar prefentif dalam pencegahan hal yang lebih madharat.

# ABSTRAK

Dissertation entitled “The Disparity of Pedigree Determination of Child Born Out of Wedlock Based on Maqasid al-Syari’ah Jamal al-Din ‘Atiyyah Perspective and Progressive Law (Study in Jombang Religious Court, Kediri City Religious Court, and Surabaya Religious Court)” is written by Haris Hidayatulloh, Supervisor Prof. Dr. Iffatin Nur, M.Ag. dan Dr. H. Asmawi, M.Ag.

Keyword: Disparity, Determination, Pedigree of Child Born Out of Wedlock, Maqasid al-Syari’ah , Jamal al-Din ‘Atiyyah. Progressive Law

The various problems of child born out of Wedlock remain to be relevant discussion. Based on human right perspective, every child has a right to have legal recognition and protection, notwithstanding of birth status. Furthermore, the philosophy of justice emphasizes equal conduct for every individual, including illegitimate children who got injustice in accessing their basic rights. Additionally, based on a humanist perspective, every child notwithstanding of their background has their intrinsic and extrinsic value. Moreover, from the philosophy of moral responsibility, society and the state must ensure that every child is protected and has the opportunity to grow and develop. Meanwhile, in the context of family philosophy, child born out of wedlock often get complexities in identity and family relationships.

This study explores how the determination of legal status will impact on the procurement of identity, relationships and civil rights of children. Besides, the significance of the study is, it is expected to minimize inequality, injustice and stereotypes. Furthermore, sustainability, it is also expected that there will be a change in the social paradigm, and society may accept the existence of illegitimate children and promotes inclusive values.

In the other hand, one of the state's emancipatory efforts, was represented through the Constitutional Court Decision No. 46/PUU-VIII/2010, that children born out of wedlock, has a civil relationship with their mother and their mother's family, as well as with their father and their father's family.

Although the context of the decision is the issue of unregistered marriage, the Constitutional Court's decision (MK) is final, and it has permanent legal force and it does not merely apply to the parties but it is generally applicable.

An interesting thing found in the application for determining the origin of illegitimate children is that the applicants have never been married either religiously or state-wise. In East Java, there are three Religious Courts that have granted the application, they are among the Religious Courts of Jombang, Kediri City and Surabaya.

The formulation of the problem in this study is: 1) How and why did a disparity occur in the determination of the origin of child born out of wedlock by judges at the Jombang Religious Court, the Kediri City Religious Court and the Surabaya Religious Court. 2) How is the legal reasoning or legal consideration in determining the origin of child born out of wedlock by judges at the Jombang Religious Court, the Kediri City Religious Court and the Surabaya Religious Court. (3) How is the disparity in determining the origin of illegitimate children by judges at the Jombang Religious Court, the Kediri City Religious Court and the Surabaya Religious Court from the perspective of *Maqasid al-syari'ah Jamal al-Din 'Atiyyah* and progressive law.

This field research employed a qualitative approach. Primary data sources were explored through in-depth interviews with judges who determine cases. Secondary sources were explored through documentation studies on case determination. Data analysis used the Miles and Huberman model. While for checking the validity of data, it used through triangulation and Forum Group Discussion.

The results of the study explain that (1) The disparity in determining the origin of child born out of wedlock by the three Religious Courts above is that the judge of the Jombang Religious Court determined that child born out of wedlock with both parents have a perfect civil relationship, which is called a lineage relationship, that includes custody rights, support, inheritance right and guardianship right. Meanwhile, the Religious Courts of Kediri and Surabaya City determined that illegitimate children with both parents have a limited civil relationship, in the form of a father's responsibility to his child in fulfilling his life needs such as child care, provision of support and provision of education.

Meanwhile, the disparity in determining the origin child born out of wedlock is due to several issues; First, is the differences in the choice of Islamic jurisprudence schools of thought used as the basis for determining the origin of child born out of wedlock.

Second is the differences in perception and interpretation in understanding the meaning of the phrase children born outside of marriage in the Constitutional Court Decision (MK) Number. 46/PUU-VIII/2010.

Third, the independence and freedom of judges in adjudicating cases. (2) Legal reasoning or legal considerations in determining the origin of illegitimate children by judges at the Jombang Religious Court refer to the Constitutional Court Decision (MK) Number. 46/PUU-VIII/2010 concerning child born out of wedlock; Article 7 paragraph 1, Article 27 and Article 28 of Law Number 23 of 2002 concerning child protection. The legal reasoning is an effort to protect children legally, prevent greater harm and realize the best interests of children.

Meanwhile, the Religious Court Judge of Kediri City refers to Article 103 paragraph 1 and 2 of the Compilation of Islamic Law and Constitutional Court Decision (MK)

Number. 46/PUU-VIII/2010 concerning child born out of wedlock. The legal reasoning is an effort to protect children legally, fulfill human rights and fulfill justice. Furthermore, the Religious Court Judge of Surabaya refers to Article 280 of the Civil Code, Article 1 paragraph 2 of Law Number 23 of 2002 concerning Child Protection, Constitutional Court Decision (MK) Number. 48/PUU-VII/2010 concerning child born out of wedlock, and Roscoe Pound's opinion "Law is a tool of social engineering". The legal reasoning is an effort to protect children legally, fulfill justice and prevent harm.

Furthermore, (3) In the perspective of *Jamaluddin Atiyah's maqashid sharia*, the disparity in the determination of judges is in accordance with several dictums; (Hifz al-Nafs) maintaining the soul, (Hifẓ al-'ird) maintaining honor, dignity and honor, (Hifẓ al-nasab) maintaining lineage, (Iqāmah al-'adl) upholding justice, and (Al-himāyah al-dauliyah lihuqūq al-insāni), state protection of human rights. In the perspective of progressive law, the determination of Religious Court judges seeks to realize the best interests of children, not literalist textualism, shifting from *Ius constitutum* to *Ius Constituendum*. The judges have reinterpreted various laws and regulations and considered the concrete events faced, and actualized the spirit of the law (welfare) according to space and time.

Based on the three conclusions above, the author offers an inclusive-transformative-progressive theory of justice. This theory can be described as an effort to integrate the principle of *maqashid*, which emphasizes the goal of maintaining welfare and social justice, with progressive law that encourages change based on the context and needs of society. The inclusive justice theory emphasizes the importance of providing legal protection and recognition to child born out of wedlock as a form of inclusive social justice. The transformative justice theory explains how the law can function not only as a norm but also as an agent of social transformation that contributes to the acceptance and fair treatment for child born out of wedlock. The progressive justice theory emphasizes the importance of understanding the social, cultural, and economic context in determining child born out of wedlock and preventive thinking in preventing more harmful things.

## الملخص

رسالة الدكتوره تحت الموضوع: «الاختلاف في القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي في ضوء مقاصد الشريعة عند جمال الدين عطية والقانون التقدمي: دراسة في المحاكم الدينية بجومبانج وكديري وسورابايا»، كتبها حارس هداية الله تحت إشراف الأستاذة الدكتورة عفة نور الماجستير والدكتور أسموي الماجستير.

الكلمات الرئيسية: الاختلاف، القرارات، الطفل غير الشرعي، مقاصد الشريعة، جمال الدين عطية، القانون التقدمي.

ما زال الجدال حول الطفل غير الشرعي ومشكلاته مثيرا للإهتمام وللدراسة. ففي ضوء مفهوم حقوق الإنسان، كل واحد من الأطفال يستحق على الإعتراف القانوني والحماية القانونية من غير النظر إلى حالة ميلاده. وكانت فلسفة العدالة تؤكد على وجوب المعاملة المتساوية لكل واحد من الناس، ويشتمل ذلك على الأطفال غير الشرعيين الذين يجدون أنفسهم غالبا في ظلم عند الوصول إلى حقوقهم الرئيسية. وفي ضوء مفهوم الإنسانية، كل واحد من الأطفال له القيمة الجوهرية والخارجية، وذلك من غير النظر إلى خلفيته. وانطلاقًا من فلسفة المسؤولية الأخلاقية، يجب على المجتمع والدولة التأكد من حماية كل واحد من الأطفال وإتاحة الفرصة له للنمو والتطور. وفي مفهوم فلسفة الأسرة، غالبًا ما يواجه الأطفال غير الشرعيين تعقيدات في هويتهم وعلاقاتهم الأسرية. يستكشف هذا البحث أن لإثبات الوضع القانوني آثآرا على اكتساب الأطفال للهوية والعلاقات الأسرية والحقوق المدنية. ستتحقق أهمية هذا البحث في تقليل عدم المساواة والظلم والقوالب النمطية. علاوة على ذلك، من المؤمل أن يحدث تغيير في النموذج الاجتماعي، وأن يتقبل المجتمع وجود الأطفال غير الشرعيين ويعزز القيم الشمولية. كان أحد الجهود التحررية للدولة يتمثل من خلال قرار المحكمة الدستورية رقم: ٢٠١٠/PUU-VIII/٤٦، هو أن الطفل غير الشرعي، فضلا عن وجود علاقة مدنية مع أمه وعائلة أمه، لديه أيضًا علاقة مدنية مع والده وعائلة والده. ورغم أن سياق القرار هو مسألة الزواج غير المسجل، فان هذا القرار من المحكمة الدستورية يكون نهائيا، وله قوة قانونية دائمة، وينطبق على المتقاضين وكما ينطبق بشكل عام. والمثير للاهتمام الذي وجده الباحث في طلب اثبات أصل الطفل غير الشرعي هو أن المقدمين الطلب لم يسبق لهم الزواج لا شرعيا غير مسجل ولا شرعيا مسجلا. ففي محافظة جاوا الشرقية

ثلاث محاكم دينية وافقت على هذا الطلب، وهي المحاكم الدينية بجومبانج وكديري وسورابايا.

تتمثل صياغة مشكلة هذا البحث في الأسئلة الآتية: ١) كيف ولماذا يحدث الاختلاف في القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي من قبل قضاة المحاكم الدينية بجومبانج الدينية وكديري وسورابايا؟ ٢) كيف يكون المنطق القانوني أو الاعتبار القانوني في القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي من قبل قضاة المحاكم الدينية بجومبانج الدينية وكديري وسورابايا؟ ٣) كيف يكون الاختلاف في القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي من قبل قضاة المحاكم الدينية بجومبانج الدينية وكديري وسورابايا في ضوء مقاصد الشريعة عند جمال الدين عطية والقانون التقدمي؟

يستخدم الباحث المنهج النوعي في هذا البحث الميداني. وتم استكشاف مصادر البيانات الرئيسية من خلال مقابلات متعمقة مع القضاة الذين حكموا القضايا. ويتم استكشاف المصادر البيانات الثانوية من خلال دراسة الوثائق حول حكم القضايا. ثم استخدم الباحث في هذا البحث منهج التحليل التفاعلي عند مايلز وهوبرمان. ويتم التحقق من صحة البيانات من خلال التثليث ومناقشة مجموعة المنتدى.

نتائج هذا البحث كما يلي. النتيجة الأولى، الاختلاف في القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي بين المحاكم الدينية الثلاث هو كما يأتي. قرر قضاة المحاكم الدينية بجومبانج أن الطفل غير الشرعي ووالديه تربطهما علاقة مدنية تامة، أي علاقة النسب، وهي تشمل على الحقوق المتعلقة بالأبوة أو الأمومة والنفقة والميراث والولاية. وفي الوقت نفسه، قرر قضاة المحاكم الدينية بكديري وسورابايا أن للطفل غير الشرعي ووالديه علاقة مدنية محدودة، وهي مسؤولية الوالد تجاه طفله في استيفاء احتياجات حياته، مثل الرعاية، والاستيفاء المتعلق بالنفقة والتربية. ثم أن الاختلاف في القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي يعود إلى عدة أمور. الأمر الأول، الاختلاف في اختيار المذاهب الفقهية التي تتخذ كأساس القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي. الأمر الثاني، الاختلاف في الموقف والتفسير حول معنى عبارة الطفل غير الشرعي الواقعة في قرار المحكمة الدستورية رقم: PUU-VIII/٢٠١٠/٤٦. الأمر الثالث، استقلال القضاة وحريتهم في الحكم على القضايا. النتيجة الثانية، يرجع المنطق القانوني أو الاعتبار القانوني في القرارات حول أصل الطفل غير الشرعي من قبل قضاة المحاكم الدينية بجومبانج إلى قرار المحكمة الدستورية رقم ٢٠١٠/PUU-VIII/٤٦ في شأن الطفل غير الشرعي، كما يرجع

أيضا إلى المادة ٧ الفقرة ١ والمادة ٢٧ و ٢٨ من القانون الدستوري رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حماية الطفل. المنطق القانوني وراء ذلك هو الحماية القانونية للأطفال ومنع الضرر الأكبر وتحقيق المصالح الفضلى لهم. ويرجع قضاة المحاكم الدينية بكديري إلى الفقرتين ١ و ٢ من المادة ١٠٣ من مجموعة الاحكام الإسلامية بإندونيسيا وقرار المحكمة الدستورية رقم: ٢٠١٠/PUU-VIII/٤٦ في شأن الطفل غير الشرعي. المنطق القانوني وراء ذلك هو الحماية القنونية للأطفال وتحقيق مفهوم حقوق الإنسان لهم وكذلك تحقيق العدالة. ويرجع قضاة المحاكم الدينية بسورابايا إلى المادة ٢٨٠ من القانون المدني، والمادة ١ الفقرة ٢ من القانون الدستوري رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حماية الطفل، و إلى قرار المحكمة الدستورية رقم ٢٠١٠/PUU-VII/٤٨ في شأن الطفل غير الشرعي، وإلى رأي روسكو باوند: «القانون هو أداة من أدوات الهندسة الاجتماعية». المنطق القانوني وراء ذلك هو الحماية القانونية للأطفال وتحقيق العدالة ومنع الضرر. النتيجة الثالثة، أما في ضوء مقاصد الشريعة عند جمال الدين عطية، فإن الاختلاف في قرارات القاضي موافقة بعدة قواعد، وهي حفظ النفس وحفظ العرض وحفظ النسب وإقامة العدل والحماية الدولية لحقوق الإنسان. أما في ضوء القانون التقدمي، فتسعى قرارات قضاة المحاكم الدينية إلى تحقيق المصالح الفضلى للأطفال، وليست حرفية، والانتقال من القانون القائم إلى القانون المخطط. وقد أعاد القضاة تفسير الأحكام القانونية، وأخذوا في الاعتبار الأحداث الملموسة التي واجهوها، فضلا عن تفعيل روح القانون (المصالح) وفقا للزمان والمكان.

وانطلاقا من النتائج الثلاثة السابقة، يقدم الباحث نظرية العدالة الشاملة التحويلية التقدمية. ويمكن وصف هذه النظرية بأنها محاولة لدمج مبادئ المقاصد التي تؤكد على أهداف، وهي الحفظ على المصالح والعدالة الاجتماعية، وذلك من خلال تنفيذ القانون التقدمي الذي يشجع التغيير وفقا لسياق المجتمع واحتياجاتهم. تؤكد نظرية العدالة الشاملة على أهمية توفير الحماية القانونية والاعتراف القانوني بالطفل غير الشرعي وفقا لمفهوم العدالة الاجتماعية الشاملة. وتؤكد نظرية العدالة التحويلية على أن القانون يمكن أن يعمل كقاعدة قانونية. فضلا عن ذلك أن القانون يعمل أيضًا كعامل للتحول الاجتماعي الذي يساهم في قبول الطفل غير الشرعي والمعاملة العادلة له. ثم تؤكد نظرية العدالة التقدمية على أهمية فهم السياق الاجتماعي والثقافي والاقتصادي في القرارات حول الطفل غير الشرعي والتفكير الوقائي في منع المزيد من الضرر.