

DISERTASI

**PERLINDUNGAN HUKUM BAGI HAK-HAK KEPERDATAAN
ANAK LUAR KAWIN**

***LEGAL PROTECTION ON THE CIVIL RIGHTS
OF ILLEGITIMATE CHILDREN***

OLEH

DEITY YUNINGSIH

P0400309018



PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM

PROGRAM PASCASARJANA UNIVERSITAS HASANUDDIN

MAKASSAR

2013

DISERTASI

**PERLINDUNGAN HUKUM BAGI HAK-HAK KEPERDATAAN
ANAK LUAR KAWIN**

Disusun dan diajukan oleh

DEITY YUNINGSIH
Nomor Pokok P0400309018

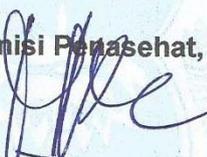
telah dipertahankan di depan Panitia Ujian Disertasi

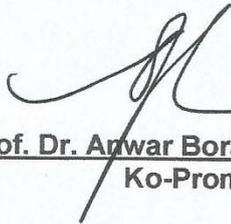
pada tanggal 05 Maret 2013

dan dinyatakan telah memenuhi syarat

Menyetujui

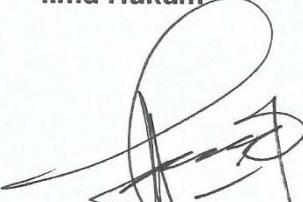
Komisi Penasehat,


Prof. Dr. Hj. Badriyah Rifai, S.H.
Promotor


Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H.
Ko-Promotor


Dr. Hasbir Paserangi, S.H., M.H.
Ko-Promotor

**Ketua Program Studi
Ilmu Hukum**


Prof. Dr. Ahmadi Miru, SH., M.H.

**Direktur Program Pascasarjana
Universitas Hasanuddin,**


Prof. Dr. Mursalim.



KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan kehadiran Allah Swt, Yang Maha Pengasih lagi Maha Penyayang, atas segala limpahan rahmat dan maghfirah-Nya, sehingga penulis mendapatkan kekuatan, kesehatan, kesempatan, dan petunjuk-Nya untuk menyelesaikan disertasi ini.

Penulis menyadari bahwa disertasi ini masih banyak kekurangannya, oleh karena itu penulis sangat mengharapkan masukan atau saran konstruktif dari yang amat terpelajar promotor dan ko-promotor, yang amat terpelajat para penguji, serta halayak umum untuk kesempurnaan disertasi ini.

Penulis menyadari bahwa disertasi ini tidak akan dapat diselesaikan tanpa adanya bantuan, bimbingan, arahan, motivasi dari berbagai pihak. Selayaknyalah dalam kesempatan ini penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang tak terhingga dan penghargaan setinggi-tingginya diiringi dengan doa semoga Allah Swt memberikan pahala yang berlipat ganda terutama kepada yang amat terpelajar: Prof. Dr. Hj. Badriyah Rifai, S.H., selaku Promotor dan Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H. dan Dr. Hasbir Paserangi, S.H., M.H., selaku Ko-Promotor, yang senantiasa menyediakan waktu, memotivasi, memberikan bimbingan, arahan, dan pencerahan serta teladan yang baik dengan penuh kearifan dan keikhlasan.

Terima kasih disampaikan kepada:

1. Yang amat terpelajar: Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H., Prof. Dr. H.M. Arfin Hamid, S.H., M.H., Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.H., M.Si. dan Dr. Padma D. Liman, S.H., M.H. selaku tim penguji yang telah memberikan masukan, saran, serta penilaian demi kesempurnaan disertasi ini.
2. Rektor, Direktur Pascasarjana, Ketua Program Studi S3 Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin yang telah memberi kesempatan dan bantuan kepada penulis dalam mengikuti pendidikan Program Doktor.
3. Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Para Wakil Dekan, dan Para Dosen yang telah membimbing, memotivasi, mencurahkan ilmu pengetahuan kepada penulis, serta kepada Staf Pegawai yang telah memberikan kelancaran dan bantuan kepada penulis selama mengikuti pendidikan Program Doktor.
4. Rektor Universitas Haluoleo yang telah merekomendasi dan mengizinkan penulis untuk melanjutkan studi di Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin.
5. Ketua Pengadilan Negeri Kendari dan Para Hakim Pengadilan Negeri Kendari yang telah mengizinkan, membantu dan memberikan kesempatan kepada penulis untuk melakukan penelitian.
6. Ketua Pengadilan Agama Kendari dan Para Hakim Pengadilan Agama Kendari yang telah mengizinkan, membantu dan memberikan kesempatan kepada penulis untuk melakukan penelitian.

7. Kepala Kantor Catatan Sipil Kota Kendari yang telah mengizinkan, membantu dan memberikan kesempatan kepada penulis untuk melakukan penelitian.
8. Kepada tokoh masyarakat adat, anggota masyarakat, dan Lembaga Swadaya Masyarakat di Sulawesi Tenggara yang telah membantu penulis dalam memperoleh data penelitian.
9. Teman-teman mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Angkatan 2009 yang telah banyak memberikan inspirasi, motivasi, dan kebersamaan dalam proses pembelajaran dan perkuliahan di Kampus Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
10. Keberhasilan studi ini penulis persembahkan dan penghormatan setinggi-tingginya kepada orang tua penulis Papi H. Sumady dan Mami Sitti Murhawa (alm) yang telah mendidik penulis dan selalu memotivasi penulis bahwa hidup ini tidak pernah berhenti untuk selalu belajar dan karena belajarliah kita akan mampu menghadapi hidup ini. Ibu dan bapak mertua penulis ibu Sujilah dan bapak Wahono S. (alm) yang selalu mendoakan dan menyayangi dengan tulus dan ikhlas.
11. Keberhasilan studi ini juga penulis persembahkan kepada teristimewa dan yang tercinta kepada suamiku Heri Susanto, S.H. yang selalu mendoakan, memotivasi, penuh pengertian, dan penuh kesabaran mengikhlaskan sebagian waktunya untuk tidak bersama selama penulis memempuh pendidikan. Anak-anakku: Yuris Wibowo Susanto, S.H., M.H. Saraswati, S.ST, dan Ardy Setiowati. Menantu-

menantuku: Kismawati, S.H. dan Andry Haseng Malapua SKM., serta adik penulis Nugroho Budi Susanto. Kepada cucu-cucukuku tersayang: Muhammad Rhaka Actandsa dan Raissa Keela Ivenna yang selalu memberi doa, semangat, kebahagiaan, dan selalu menunggu keberhasilan ini. Kakak dan adik penulis.

Akhirnya, tak lupa penulis mengucapkan terima kasih kepada semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu demi satu yang telah memberikan dukungan moral dan material selama penulis menempuh pendidikan. Semoga Allah SWT melimpahkan balasan yang tak terhingga kepada semua pihak. Amiin.

Makassar, Maret 2013.

Deity Yuningsih

ABSTRAK

DEITY YUNINGSIH. *Perlindungan Hukum bagi Hak-Hak Keperdataan Anak Luar Kawin* (dibimbing oleh **Badriyah Rifai, Anwar Borahima, Hasbir Paserangi**)

Penelitian ini bertujuan mengetahui (1) jaminan perlindungan dalam peraturan perundang-undangan bagi hak-hak keperdataan anak di luar kawin, (2) dukungan kultur hukum masyarakat dalam mewujudkan perlindungan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin.

Penelitian ini bersifat normatif empiris dengan pendekatan perundang-undangan, konseptual, perbandingan hukum, dan sosiologis. Penelitian dilakukan di Sulawesi Tenggara. Populasi penelitian adalah seluruh pihak yang terlibat dalam perwujudan perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin yaitu hakim pengadilan agama, hakim pengadilan negeri, tokoh agama, tokoh adat, lembaga swadaya masyarakat, Dinas Catatan Sipil, dan masyarakat. Pengambilan sampel dilakukan secara purposif. Data dianalisis dengan analisis isi terhadap bahan-bahan hukum dan analisis kualitatif terhadap gejala/fakta hukum yang diperoleh kemudian ditafsirkan berdasarkan teori-teori dan kaidah-kaidah hukum yang ada.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa (1) peraturan perundang-undangan yang ada belum memberikan jaminan perlindungan yang baik bagi hak-hak keperdataan anak di luar kawin. Hal ini disebabkan belum terjadinya harmonisasi ketentuan hukum karena bertentangan dengan hukum Islam sebagai hukum yang hidup di masyarakat. (2) Dukungan kultur hukum internal dalam penegakkan hukum oleh para penegak hukum belum berjalan dengan baik bagi perwujudan perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin karena adanya perbedaan sikap yang tajam dari para hakim untuk menerima atau menolak isi/materi Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010. Dukungan kultur hukum dari masyarakat yang cukup baik dan apresiatif positif bagi perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin sepanjang sesuai dengan nilai-nilai hukum agama dan nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat sehingga hakim dapat menciptakan hukum dalam bentuk putusan hakim.



ABSTRACT

DEITY YUNINGSIH. *Legal Protection on the Civil Rights of Illegitimate Children*
(Supervised by **Badriyah Rifai, Anwar Borahima, and Hasbir Paserangi**)

This study aims to find out: (1) the protection on the civil rights of illegitimate children based on the regulations; and (2) the cultural legal support given by the community in realizing such protection.

The research was conducted as an empirical normative legal research by using regulation approach, conceptual approach, legal comparative approach, and sociological approach. The research site was South East Sulawesi. The population included all parties involved in the implementation of illegitimate children's civil rights. They were the judges of the Court of Religious Affairs, District Court judges, religious leaders, custom leaders, NGOs, the Civil Registry Office, and community members. The samples were selected by using purposive sampling, and the data were analysed by using content analysis of legal materials. In addition, qualitative analysis was conducted on legal symptoms/facts obtained in the field to make interpretation based on legal theories and norms.

The results reveal that: (1) basically the current regulations have not fully protected the civil rights of illegitimate children because would contradict Islamic law that has been used by the society; (2) cultural support of internal law in law enforcement has not been well implemented in the protection of illegitimate children's civil rights due to significant difference in the attitude of judges. Some accept the content of Constitutional Court Decision number 46/PUU-VIII/2010, but some reject. Nevertheless, there is good cultural support from the community and positive appreciation on the protection of illegitimate children's civil rights as long as it is in line with religious law and justice values in the community. Therefore, it is expected that judges can create a synergy in making decisions.



DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERSETUJUAN DISERTASI	ii
KATA PENGANTAR	iii
ABSTRAK	vii
<i>ABSTRACT</i>	viii
DAFTAR ISI	ix
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	14
C. Tujuan Penelitian	14
D. Manfaat Penelitian	14
E. Keaslian Penelitian	15
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	20
A. Negara Hukum	20
1. Teori Negara Hukum Plato dan Aristoteles	20
2. Teori Negara Hukum Frederick J. Sthal	

dan A.V. Dicey	22
3. Teori Negara Hukum Ten Berge	27
4. Teori Negara Hukum Kesejahteraan	28
5. Teori Negara Hukum Menurut International Commision of Jurist	30
6. Teori Negara Hukum dari Beberapa Sarjana Hukum Indonesia	31
B. Teori Roscoe Pound: a <i>tool of Social Engineering</i>	42
C. Teori Keadilan	46
1. Teori Keadilan Plato	48
2. Teori Keadilan Aristoteles	49
3. Teori Keadilan Sosial John Rawls	51
4. Teori Keadilan dalam Filsafat Hukum Islam	53
D. Teori Hukum Progresif	57
1. Karakter Hukum Progresif	63
2. Hukum Progrsif sebagai Aspek Peraturan dan Perilaku	65
E. Hubungan Hukum dan Moral, Keadilan, Kebenaran, dan Kultur Hukum	68
1. Hukum dan Moral	68
2. Hukum dan Keadilan	71
3. Hukum dan Kebenaran	75
4. Hukum dan Kultur Hukum	79

F. Perlindungan Hukum Anak	82
1. Konsep Perlindungan Hukum	82
2. Hakikat Perlindungan Anak	86
3. Landasan Hukum Perlindungan Anak	88
G. Anak Luar Kawin dalam Hukum Keluarga	100
1. Lembaga Perkawinan	102
2. Kedudukan Anak Luar Kawin	108
3. Hak-hak Keperdataan Anak	116
H. Kerangka Pikir	133
I. Definisi Operasional	139
BAB III METODE PENELITIAN	142
A. Tipe Penelitian	142
B. Lokasi Penelitian	143
C. Populasi dan Sampel	143
D. Sumber Bahan Hukum dan Data Penelitian	145
E. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum dan Data Penelitian	146
F. Analisis Data	147
BAB IV HASIL DAN PEMBAHASAN	148
A. Perlindungan Hak-hak Keperdataan Anak Luar Kawin Dalam Peraturan Perundang-undangan	148
1. Anak Luar Kawin dalam Konsepsi Undang-Undang Perkawinan, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata,	

dan Kompilasi Hukum Islam	153
2. Keberlakuan Undang-Undang Perkawinan, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dan Kompilasi Hukum Islam setelah Adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010	174
3. Ketentuan-ketentuan yang Mengatur Perlindungan bagi Hak-hak Keperdataan Anak Luar Kawin	183
B. Dukungan Kultur Hukum Masyarakat dalam Mewujudkan Perlindungan Hukum bagi Hak-hak Keperdataan Anak Luar Kawin	252
1. Dukungan kultur hukum internal penegak hukum bagi perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin	255
2. Dukungan kultur hukum dari masyarakat bagi perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin	268
BAB V PENUTUP	285
A. Kesimpulan	285
B. Saran	286
DAFTAR PUSTAKA	288
LAMPIRAN	

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Anak dalam suatu keluarga merupakan buah cinta kasih dari orang tua sebagai penerus keturunan, merupakan karunia dan sekaligus amanah dari Tuhan Yang Maha Esa, yang senantiasa harus dijaga karena dalam dirinya melekat harkat, martabat, hak-hak sebagai manusia yang harus dihormati dan dijunjung tinggi. Hak asasi anak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang termuat dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Konvensi Perserikatan Bangsa-bangsa tentang Hak-Hak Anak.

Dalam konteks kehidupan berbangsa dan bernegara, keberadaan anak sangat penting sebagai generasi penerus yang dipersiapkan untuk menerima tongkat estafet kepemimpinan pada masa yang akan datang. Untuk mendapatkan generasi yang berkualitas, maka setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.¹ Sehubungan dengan itu, orang tua, keluarga, dan masyarakat bertanggung jawab untuk menjaga dan memelihara hak asasi anak tersebut sesuai dengan hak dan kewajiban yang melekat pada nilai-nilai

¹ Pasal 28B ayat (2) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia.

kemanusiaannya. Demikian pula dalam rangka penyelenggaraan perlindungan anak, negara dan pemerintah bertanggung jawab menyediakan aksestabilitas bagi anak, terutama dalam menjamin pertumbuhan dan perkembangannya secara optimal dan terarah. Dengan demikian anak sebagai generasi penerus memiliki potensi yang tangguh, nasionalisme baik, dan berakhlak mulia.

Pertanggungjawaban bagi terpenuhinya hak-hak anak oleh orang tua, keluarga, masyarakat, dan pemerintah serta negara merupakan rangkaian kegiatan yang dilaksanakan secara terus-menerus demi terlindunginya hak-hak anak. Rangkaian kegiatan tersebut harus berkelanjutan dan terarah guna menjamin pertumbuhan dan perkembangan anak, baik fisik, mental, spiritual maupun sosial. Upaya perlindungan anak perlu dilaksanakan sedini mungkin, yakni sejak masih janin dalam kandungan sampai anak berumur 18 (delapan belas) tahun. Bertitik tolak dari konsepsi perlindungan anak yang utuh, menyeluruh dan komprehensif, Undang-Undang Perlindungan Anak² meletakkan kewajiban memberikan perlindungan kepada anak berdasarkan asas-asas non diskriminasi, kepentingan terbaik bagi anak, hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan, serta penghargaan terhadap pendapat anak.

² Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, pada bagian Penjelasan Umum.

Lebih lanjut, Undang-Undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dalam Pasal 7 ayat (1) menentukan bahwa setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri; Pasal 27 ayat (1) dan (2) menentukan bahwa identitas diri setiap anak harus diberikan sejak kelahirannya yang dituangkan dalam akta kelahiran; serta dalam Pasal 4 menegaskan bahwa setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Upaya normatif untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak anak tersebut sejalan dengan Konvensi Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*) yang dilahirkan PBB yang telah diratifikasi Pemerintah Republik Indonesia dengan Keppres No. 36 Tahun 1990 yang menyebutkan bahwa prinsip-prinsip dasar perlindungan anak, antara lain adalah non diskriminasi dan kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*).

Namun, tidak semua anak mendapatkan perlindungan untuk penghargaan atas hak asasinya karena masih ada anak yang tidak terpenuhi hak-haknya, terabaikan oleh orang tuanya, dan tidak mendapat penanganan yang serius dari pemerintah. Masih sering dijumpai anak yang yang tidak secara optimal menikmati masa kanak-kanaknya karena

harus mencari nafkah untuk membantu orang tuanya, ataupun anak-anak yang terlantar.³

Jika dikaji lebih lanjut bahwa hukum juga diduga mempunyai kontribusi yang menempatkan anak menjadi kelompok yang belum mendapatkan pengakuan dan perlindungan hukum dengan baik, misalnya adanya anak luar kawin yang menyandang status anak tidak sah, menempatkannya mempunyai hak yang berbeda dengan anak pada umumnya (anak sah), bahwa anak tersebut hanya mempunyai hubungan keperdataan kepada ibunya dan keluarga ibunya saja, sedangkan ayah biologisnya secara hukum 'dilepaskan' dari tanggung jawabnya sebagai orang tua. Dengan melakukan pemahaman secara *a contrario* terhadap pengertian anak sah sebagaimana tercantum dalam Pasal 42 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan,⁴ maka yang dimaksud dengan anak luar kawin (anak tidak sah) dapat diartikan sebagai anak yang tidak dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.

³ Dalam <http://www.ronawajah.wordpress.com> diakses 3 April 2011, bahwa walaupun sudah ada UU No 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak tetap saja dengan mudah terlihat anak yang belum terpenuhi hak-haknya sebagai anak, bekerja berkeliaran di mana-mana, sebagai tukang semir sepatu, pengamen, tukang parkir, penyewa payung, kuli, dan penjual koran, serta bahkan terpaksa mengemis di jalanan. Menurut Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak, Pasal 1 angka 7 bahwa anak terlantar adalah anak yang karena suatu sebab orang tuanya melalaikan kewajibannya sehingga kebutuhan anak tidak dapat terpenuhi dengan wajar baik secara rohani, jasman, maupun sosial.

⁴ Pasal 42 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, mengatur bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.

Tidak adanya keharusan tanggung jawab ayah terhadap anak yang dibenihkannya dapat menimbulkan potensi negatif dalam tumbuh kembangnya secara optimal. Setiap anak tentunya memerlukan penghidupan, kasih sayang, dan pendidikan, baik jasmani maupun rohani dari ayah dan ibunya secara lengkap dalam tumbuh kembangnya menjadi sosok yang mampu memikul tanggung jawab masa depan terhadap diri peribadi, keluarga, dan bangsanya.

Konsekuensi lain yang harus ditanggung anak adalah kesulitan dalam hal mengurus akta kelahiran. Seperti pernyataan dari Kepala Dinas Kependudukan dan Pencatatan Kabupaten Lebak Sri Rahayu, bahwa sebagian besar anak warga Kabupaten Lebak tidak memiliki akta kelahiran karena orang tua tidak memiliki akta nikah dan sebagian lagi karena hanya menikah secara siri akibat kemiskinan. Biaya nikah mencapai ratusan ribu rupiah bagi warga miskin tentu sangat berat. Selama ini, masyarakat Kabupaten Lebak yang mengurus akta kelahiran kurang lebih hanya 20 persen hingga 25 persen dari 15.000 kelahiran anak per tahun.⁵

Menurut Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) bahwa hampir 50 (lima puluh) juta anak Indonesia tidak memiliki akta kelahiran disebabkan orang tuanya yang tidak memiliki akta nikah karena tidak

⁵ M Shodiq Mustika, *Anak Jalanan dan Anak di luar nikah dianggap tidak pernah lahir?*, <http://shodiq.com/2009/05/24>, diakses 20 Mei 2010

pernah menikah dan karena kawin siri, angka ini hampir separuh dari jumlah anak yang berusia di bawah 5 (lima) tahun yang ada di Indonesia.⁶

Fenomena lahirnya anak luar kawin sangat dipengaruhi adanya perilaku seks bebas dalam pergaulan dan perkawinan yang tidak dicatat. Berdasarkan data dari beberapa lembaga survei Indonesia, antara lain data survei Komnas Anak Tahun 2007 di 12 provinsi di Indonesia bahwa dari 4500 remaja sebagai responden didapatkan data 93,7 % pernah berciuman hingga *petting* (bercumbu) dan 62,7 % sudah tidak perawan. Selain itu, Data survei Perkumpulan Keluarga Berencana Tahun 2008 dari 100 remaja SMP dan SMA di Samarinda sebagai responden menunjukkan bahwa sebanyak 56 % pernah berhubungan seks. Perilaku seks bebas dalam pergaulan tersebut dapat memicu tingginya kelahiran anak luar kawin, karena pada saat kehamilan terjadi tidak semua dari mereka siap untuk melangsungkan perkawinan.⁷ Kelahiran anak luar kawin dapat juga terjadi dalam perkawinan orang tuanya yang tidak dicatat sebagai pemenuhan syarat administrasi yang ditentukan oleh Undang-Undang Perkawinan. Hal ini misalnya disebabkan faktor kemiskinan yang tidak mampu membayar biaya nikah atau karena si pria masih terikat perkawinan dengan perempuan lain yang belum mendapat persetujuan dari isterinya maupun izin dari pengadilan.

⁶ Syafran Sofyan, *Putusan Mahkamah Konstitusi tentang Status Anak Luar Kawin*, <http://www.jimlyschool.com>, diakses 1 April 2012.

⁷ D.Y. Witanto, *Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK tentang Uju Materiil UU Perkawinan*, Prestasi Pustaka Jakarta, Jakarta: 2012. h. 16.

Berdasarkan Undang-Undang nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa anak luar kawin hanya memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, dirasakan kurang adil bagi kepentingan anak, sebab seorang anak yang tidak berbuat dosa harus menanggung penderitaan dan 'hukuman' atas kesalahan yang diperbuat oleh orang tuanya, padahal ayah yang menyebabkan kelahiran anak tersebut terbebas dari kewajiban hukum untuk membiayai, memelihara, mendidik serta memberikan perlindungan yang seharusnya diberikan orang tua kepada anaknya.

Belum adanya pengakuan dan perlindungan dengan baik bagi para pihak yang terlibat dalam perkawinan yang tidak tercatat, termasuk anak yang dilahirkan dengan status anak luar kawin atau tidak sah, mendapat perhatian yang serius dari Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga tinggi negara pemegang kekuasaan kehakiman bersama-sama dengan Mahkamah Agung.⁸

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berwenang untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, mengabulkan

⁸ Pasal 24 ayat 2 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Selanjutnya Pasal 24C ayat 1 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 menentukan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

uji materiil Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang terdapat dalam Pasal 43 ayat (1) yang isinya menentukan bahwa anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Perkara tersebut diajukan Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim yang meminta puteranya Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono agar diakui sebagai anak almarhum Moerdiono, mantan Menteri Sekretaris Negara di era Presiden Soeharto yang telah memicu perseteruan antara dirinya dengan keluarga almarhum Moerdiono. Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir tersebut, menjatuhkan putusan dalam perkara permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Mahkamah Konstitusi memberikan putusan mengabulkan sebagian permohonan para pemohon yaitu yang termuat dalam Pasal 43 ayat (1), sedangkan Pasal 2 ayat 2 Undang-Undang Perkawinan tidak dikabulkan sebab perkawinan yang dicatat adalah untuk mencapai tertib administrasi.

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa menurut Mahkamah Konstitusi,⁹ Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim

⁹ Lihat: Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 pada bagian Pendapat Mahkamah Sub Pokok Permohonan di halaman 33 bahwa faktor yang menentukan sahnya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing pasangan calon mempelai. Diwajibkannya pencatatan perkawinan oleh negara melalui peraturan perundang-undangan merupakan kewajiban administrasi.

telah melakukan perkawinan yang sah walaupun tidak melakukan pencatatan perkawinan yang oleh masyarakat dikenal dengan istilah kawin siri.

Pencatatan perkawinan secara administratif yang wajibkan oleh negara dimaksudkan agar para pihak yang melangsungkan perkawinan mempunyai bukti yang sempurna dengan suatu akta otentik, sehingga perlindungan dan pelayanan oleh negara terkait dengan hak-hak yang timbul dari suatu perkawinan tersebut dapat terselenggara secara tertib dan efisien. Artinya, dengan dimilikinya bukti otentik akta perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan itu mendapat dari pengakuan dan perlindungan dari hukum.

Pasal 43 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan dikabulkan karena hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata terjadi karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinan, anak yang dilahirkan harus mendapat perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Oleh karena itu, menurut Mahkamah Konstitusi Pasal 43 ayat (1) Undang-undang Perkawinan harus dibaca "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta

dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang dibacakan tanggal 17 Februari 2012 dari sudut pandang kepentingan anak merupakan putusan yang sangat peduli terhadap perlindungan hukum terhadap hak anak, dalam hal ini perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin.¹⁰ Dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, tentunya akan berdampak secara signifikan terhadap eksistensi hukum keluarga di Indonesia. Kondisi ini menimbulkan pro dan kontra di kalangan masyarakat.

Di satu sisi, menurut Ketua Komisi Nasional Perlindungan Anak Aris Merdeka Sirait, perubahan pada Undang-Undang Perkawinan oleh Mahkamah Konstitusi akan menjadi landasan hukum yang sah dalam memajukan upaya advokasi bagi anak-anak di luar perkawinan yang sah untuk memperoleh hak-hak keperdataannya.¹¹ Namun di sisi lain, Majelis

¹⁰ Lihat: Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 pada bagian Pendapat Mahkamah Sub Pokok Permohonan di halaman 34 bahwa tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih lagi manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu.

¹¹ Syafran Sofyan, *op.cit*, h. 3.

Syariah DPP Partai Persatuan Pembangunan (PPP) merekomendasikan kepada umat Islam, khususnya jajaran pengurus dan simpatisan PPP untuk bersama-sama mengkaji kembali putusan Mahkamah Konstitusi tentang pengakuan hak perdata terhadap anak hasil perzinaan. Ada kekeliruan yang harus ditinjau kembali dalam putusan Mahkamah Konstitusi terkait Undang-Undang Perkawinan. Hal ini bertentangan dengan hukum Islam dan secara tak langsung seolah-olah melegalkan perzinaan. PPP sebagai partai berasaskan Islam menolak Putusan Mahkamah Konstitusi ini dan mengupayakan jalur lain agar Putusan Putusan Konstitusi dibatalkan. Menurut Ketua Pelaksana Majelis Syariah DPP PPP KH Noor Iskandar Rizky, Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut terlalu jauh melampaui *judicial review* yang dimohonkan, yakni hak perdata bagi anak yang sah secara agama yang tidak tercatat secara hukum dalam perundang-undangan nasional, namun memutuskan juga hak perdata bagi anak hasil perzinaan. Menurutnya hal ini sangat bertentangan dengan syariat. Dengan dasar itu, seluruh elemen PPP perlu melakukan sosialisasi ke bawah agar hal yang bertentangan dengan syariat Islam ini tidak diikuti.¹²

Keberatan terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 juga disampaikan oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) bahwa syariat Islam mengatakan anak hasil zina hanya memiliki hubungan dengan ibunya. Pandangan Majelis Ulama Indonesia tidak akan

¹² Lihat: PPP, *Tolak Hak Perdata Anak Luar Kawin*, <http://www.indopos.co.id>, diakses 1 April 2012.

berubah, kecuali Mahkamah Konstitusi dapat membuktikannya berdasarkan hukum Islam.¹³

Sementara itu, Ketua Mahkamah Konstitusi, Mahfud MD menyatakan bahwa setiap manusia punya martabat, setiap anak lahir harus dilindungi. Di dalam Islam ada hadis Nabi bahwa setiap orang itu lahir dalam keadaan fitrah atau tanpa dosa, sehingga kedua orang tuanya tak boleh semaunya, tetapi harus bertanggung jawab dan menurutnya bahwa konstitusi itu mengikuti agama-agama, memuliakan manusia dan melarang perzinaan.¹⁴ Dari sudut pandang yang hampir sama, Hakim Mahkamah Konstitusi Maria Farida dalam *concurring opinion*-nya pada amar Putusan Mahkamah Konstitusi menyebutkan bahwa perkawinan yang tidak didasarkan pada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 juga memiliki potensi untuk merugikan anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut. Potensi kerugian bagi anak yang terutama adalah tidak diakuinya hubungan anak dengan bapak kandungnya (bapak biologis), yang tentunya mengakibatkan tidak dapat dituntutnya kewajiban bapak kandungnya untuk membiayai kebutuhan hidup anak dan hak-hak keperdataan lainnya. Selanjutnya Maria Farida menyebutkan bahwa Keberadaan anak dalam keluarga yang tidak memiliki kelengkapan unsur keluarga batih atau tidak memiliki pengakuan dari bapak biologisnya, akan memberikan stigma negatif, misalnya, sebagai *anak haram*. Stigma ini

¹³ Lihat: *Kementerian Agama Persoalkan Anak di Luar Nikah*, <http://kalyanamitra.or.id>, diakses tanggal 1 April 2012.

¹⁴ Lihat: <http://www.indopos.co.id>, diakses 1 April 2012

adalah sebuah potensi kerugian bagi anak, terutama kerugian secara sosial-psikologis, yang sebenarnya dapat dicegah dengan tetap mengakui hubungan anak dengan bapak biologisnya.¹⁵

Peraturan perundang-undangan yang ada, termasuk Putusan Mahkamah Konstitusi yang memuat ketentuan hukum untuk memberikan perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin masih menuai pro dan kontra. Hal ini mengindikasikan belum diterima sepenuhnya oleh masyarakat, sehingga masih memerlukan pengajian lebih lanjut mengenai ketentuan-ketentuan yang mengaturnya, terkait dengan ruang lingkup dari hak-hak keperdataan anak luar kawin yang dimaksud.

Berdasarkan hal tersebut, maka ada kecenderungan kuat bahwa hak-hak keperdataan anak luar kawin belum terlindungi dengan baik. Oleh karena itu, penulis mengaji dan menelitinya lebih lanjut secara komprehensif tentang jaminan perlindungan yang seharusnya bagi hak-hak keperdataan anak luar kawin.

¹⁵ Heru Susetyo, *Melindungi Anak Vs Mencegah zina*, <http://hukum.kompasiana.com/2012/03/23>, diakses 1 April 2012.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang masalah, maka yang menjadi rumusan masalah dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Sejauhmanakah peraturan perundang-undangan memberikan jaminan perlindungan bagi hak-hak keperdataan anak luar kawin?
2. Sejauhmanakah dukungan kultur hukum masyarakat dalam mewujudkan perlindungan bagi hak-hak keperdataan anak luar kawin?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan adalah:

1. Untuk mengetahui jaminan perlindungan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan bagi hak-hak keperdataan anak luar kawin.
2. Untuk mengetahui dukungan kultur hukum masyarakat dalam mewujudkan perlindungan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Akademik:

- a. Dapat memberikan sumbangan pemikiran terhadap perkembangan ilmu pengetahuan pada umumnya, khususnya bagi perkembangan

ilmu hukum yang mengaji perlindungan hak-hak keperdataan anak.

- b. Dapat menjadi bahan pertimbangan bagi penelitian berikutnya.

2. Manfaat Praktik:

- a. Dapat memberikan informasi kepada masyarakat yang peduli dan berminat memahami dan mengaji di bidang perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin.
- b. Dapat menjadi bahan pertimbangan bagi Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat, serta pihak-pihak yang terkait dalam membuat peraturan perundang-undangan yang memberikan perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin.

E. Keaslian Penelitian

Penelitian yang mirip dengan rencana penelitian ini, antara lain:

1. Hendarmin dengan judul penelitian: Hak Mewaris Anak Luar Kawin Warga Negara Keturunan Tionghoa dan Praktiknya di Kota Singkawang, Tesis 2005. Program Studi Magister Kenotariatan, Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Temuan penelitiannya bahwa anak luar kawin warga negara Indonesia keturunan Tionghoa di kota Singkawang lahir dari perkawinan orang tuanya yang dilakukan secara adat Tionghoa setempat, namun walaupun belum dilakukan pengakuan oleh ayahnya, tetap berhak mendapat bagian harta warisan, karena

menurut hukum adat setempat sudah dianggap sebagai anak yang sah. Adapun bagian dari masing-masing ahli waris anak luar kawin diberikan sesuai dengan kesepakatan dalam musyawarah, sehingga tidak menurut bagian sebagaimana yang diatur dalam KUH Perdata.

2. Deny Agus Riyana dengan judul penelitian: Kewenangan Ayah Biologis sebagai Wali Nikah terhadap Anak Luar Kawin (Kajian Komparasi antara Hukum Perkawinan Indonesia dengan Empat Madzhab Besar). Tesis 2008. Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta. Hasil penelitiannya menyimpulkan bahwa menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan maupun dalam Kompilasi Hukum Islam sama-sama menyebutkan bahwa kedudukan anak luar kawin itu hanya mempunyai hubungan keperdataan (hubungan nasab) dengan ibunya dan keluarga ibunya sebagaimana dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan dan dalam Pasal 100 Kompilasi Hukum Islam. Semua mazhab yang empat (madzhab Hanafi, Malikiy, Syaf'i dan Hambali) telah sepakat bahwa anak zina itu tidak memiliki nasab dari pihak laki-laki, dalam arti anak tersebut tidak memiliki bapak, meskipun laki-laki yang menaburkan benihnya itu mengakui bahwa dia anak tersebut adalah anaknya karena anak tersebut adalah hasil hubungan luar nikah.

3. Indah Setia Rini dengan judul penelitian: Pelaksanaan Pengesahan Anak Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Setelah Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Studi Kasus terhadap Putusan Perkara No. 74/Pdt.p/2055/PN.NG di Pengadilan Negeri Tangerang). Tesis 2009. Program Studi Kenotariatan, Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, Semarang. Hasil penelitiannya disimpulkan bahwa Putusan Pengadilan Negeri Tangerang dalam perkara No. 74/Pdt.p/2005/PN.TNG. tentang pengesahan anak luar kawin setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan telah sesuai dengan ketentuan KUHPerdata. Akibat hukum pengesahan anak luar kawin menurut KUHPerdata bahwa dalam hal orang tuanya kawin dan pengesahan terjadi karena perkawinan itu, maka bagi anak yang disahkan itu berlaku ketentuan-ketentuan undang-undang yang sama seolah-olah anak itu dilahirkan dalam perkawinan (Pasal 277 KUHPerdata), yang berarti anak itu memperoleh kedudukan (status) yang sama seperti anak-anak yang dilahirkan sepanjang perkawinan. Dalam hal orang tuanya tidak kawin, maka pengesahan tersebut tidak mempunyai akibat hukum penuh.
4. Bicky Budiarto dengan judul penelitian: Perbandingan Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin Menurut Pasal 280 BW dan Pasal 43 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Tesis

2010. Program Studi S2 Ilmu Hukum, Program Pascasarjana Universitas Brawijaya, Malang. Hasil penelitiannya mengungkapkan bahwa terdapat perbedaan prinsip pengaturan kedudukan anak luar kawin menurut Bergelijk Wetboek (BW) dan Undang-Undang Perkawinan (UUP). Pengakuan anak luar kawin menurut BW merupakan syarat mutlak terjadinya hubungan perdata antara anak luar kawin dengan orang tuanya, sedangkan dalam UUP anak memiliki hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya secara demi hukum, sehingga anak luar kawin terhadap ibunya dan keluarga ibunya tidak memerlukan pengakuan untuk mendapatkan hubungan itu.

Berdasarkan hasil penelitian-penelitian tersebut dapat disimpulkan bahwa penelitian ini belum pernah ada yang membahasnya dengan alasan:

1. Penelitian-penelitian yang telah ada sebelumnya tersebut tidak membahas secara komprehensif peraturan perundangan-undangan yang berlaku yang terkait dalam pengaturan hak-hak keperdataan anak luar kawin, termasuk setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010.
2. Penelitian-penelitian yang telah ada sebelumnya mengaji secara terbatas keterkaitan kutur hukum masyarakat dalam bidang hak keperdataan anak luar kawin dalam bidang khusus saja,

sedangkan dalam penelitian ini secara komprehensif membahas hak-hak keperdataan anak luar kawin pada umumnya.

3. Penelitian-penelitian yang telah ada sebelumnya tersebut memang membahas tentang anak luar kawin, namun hanya membahas secara terbatas pada hak keperdataan tertentu saja, hak kewarisan anak luar kawin pada kelompok masyarakat tertentu, status kedudukan anak luar kawin setelah dilakukan pengesahan. Sedangkan dalam penelitian ini lebih luas lagi karena akan menyangkut hakikat perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin dalam jaminan hukum yang seharusnya diperolehnya, dalam arti konsep hak-hak keperdataan anak pada umumnya, termasuk Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Negara Hukum

1. Teori Negara Hukum Plato dan Aristoteles

Pemikiran negara hukum dimulai pada zaman Yunani. Plato dan Aristoteles adalah filsuf-filsuf pemikir utama tentang hukum dan negara yang tercatat sepanjang sejarah. Substansi terpenting dalam pemikiran mereka adalah persoalan hukum dan keadilan. Keharusan adanya hukum dalam suatu negara, karena eksistensi dari negara adalah untuk mewujudkan keadilan. Keadilan akan tercipta jika negara sebagai pemegang kekuasaan berdasarkan pada norma yang diakui dan yang diciptakan oleh negara dalam bentuk hukum.

Pemikiran tentang negara hukum merupakan suatu proses evolusi sejarah yang sangat panjang. Pada awalnya cita negara hukum dikembangkan dari hasil pemikiran Plato yang diteruskan oleh Aristoteles. Plato prihatin terhadap negaranya yang saat itu dipimpin oleh orang-orang yang sewenang-wenang, mendorongnya untuk menulis sebuah buku yang berjudul *Politeia*. Menurutnya, agar negara menjadi baik, maka pemimpin negara harus diserahkan pada para filsuf, sebab filsuf biasanya adalah manusia-manusia bijak, menghargai kesusilaan, dan berpengetahuan

tinggi. Namun hal ini tidak pernah dapat dilaksanakan, karena hampir tidak mungkin mencari manusia yang sempurna bebas dari hawa nafsu dan kepentingan pribadi. Atas dasar itu, Plato menulis buku keduanya yang berjudul *Politicos*, dimana Plato menganggap perlu adanya hukum untuk mengatur warga negara, termasuk di dalamnya penguasa. Selanjutnya dalam bukunya yang ketiga berjudul *Nomoi (The Law)* yang dihasilkan pada saat usianya sudah lanjut dan sudah banyak pengalaman, Plato mengemukakan idenya bahwa penyelenggaraan pemerintahan yang baik adalah yang diatur oleh hukum.¹⁶

Aristoteles kemudian melanjutkan ide tersebut. Menurutnya, suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah berdasarkan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Hal ini termuat dalam karyanya yang berjudul *Politica* yang mengemukakan tiga unsur dari pemerintahan yang berkonstitusi, yaitu pertama, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; kedua, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasar ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang mengenyampingkan konvensi dan konstitusi; ketiga, pemerintahan berkonstitusi artinya pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat bukan berupa paksaan-paksaan seperti yang dilaksanakan pemerintahan despotik. Dalam bukunya tersebut ia mengemukakan bahwa konstitusi merupakan penyusunan jabatan dalam suatu negara, menentukan apa yang dimaksudkan dengan

¹⁶ Takhir Azhary, *Negara Hukum*, Bulan Bintang, Jakarta: 1992, h. 66.

badan pemerintahan, dan apa akhir dari setiap masyarakat, konstitusi merupakan aturan-aturan dan penguasa harus mengatur negara menurut aturan-aturan tersebut.¹⁷

Pemikiran Aristoteles mengenai negara hukum secara substantif memosisikan tujuan utama negara adalah keadilan. Keadilan tersebut antara lain keadilan distributif yaitu keadilan yang memberikan sesuatu barang atau kehormatan kepada masing-masing orang sesuai tempatnya di masyarakat; dan keadilan korekrif yaitu keadilan yang ditetapkan sebagai ukuran/standar dalam menjalankan hukum sehari-hari guna memperbaiki konsekuensi dari tindakan yang dilakukan orang dalam hubungannya satu sama lain.¹⁸

2. Teori Negara Hukum Frederick J. Sthal dan A.V. Dicey

Pemikiran negara hukum tersebut cenderung masih bersifat samar-samar dan redup dalam kurun waktu yang sangat panjang, akan tetapi konsep itu kembali muncul pada Abad XIX seiring lahirnya konsep *rechtsstaat* dari Frederick J. Stahl yang diilhami pemikiran Immanuel Kant. Immanuel Kant mengemukakan konsep negara hukum liberal yang menghendaki kekuasaan negara sedapat mungkin dijauhkan dari masyarakat. Negara hanya ditugaskan sebagai penjamin ketertiban dan keamanan masyarakat, sedangkan penyelenggaraan perekonomian dan

¹⁷ Ridwan HR., *Hukum Administrasi Negara*. Raja Grafindo Persada, Jakarta: 2006, h. 2

¹⁸ Astim Riyanto, *Filsafat Hukum*, Yapemdo, Bandung: 2003, h. 539.

kemasyarakatan diserahkan kepada masyarakat sendiri berdasarkan persaingan bebas.¹⁹

Berdasarkan pada pandangan tersebut, negara mempunyai tugas yang sangat terbatas, menurut Gautama merupakan tugas yang pasif, yaitu hanya untuk bertindak, apabila hak-hak asasi rakyatnya berada dalam keadaan bahaya atau ketertiban umum dan keamanan masyarakatnya terancam.²⁰ Pemikiran Immanuel Kant itu kemudian dikembangkan oleh Frederick J. Stahl yang berpendapat bahwa suatu negara hukum formal mempunyai unsur: (a) mengakui dan melindungi hak-hak asasi manusia; (b) untuk melindungi hak asasi manusia tersebut maka penyelenggaraan negara harus berdasarkan pada pembagian atau pemisahan kekuasaan; (c) dalam menjalankan tugasnya, pemerintah berdasar atas undang-undang (*Wetmatig bestuur*); (d) apabila dalam menjalankan tugasnya berdasarkan undang-undang pemerintah masih melanggar hak asasi manusia (campur tangan pemerintah dalam kehidupan pribadi seseorang), maka ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaikannya.²¹

Dalam tataran kajian ilmu hukum, khususnya hukum tata negara, konsep negara hukum mempunyai kriteria ciri yang dapat dipergunakan sebagai instrumen pengukur bagi eksistensi suatu negara. Menurut

¹⁹ Harold H. Titus. et.al., *Living Issues in Philosophy*, Alih bahasa H.M. Rasyidi, Jakarta: 1984, h. 151.

²⁰ Sudargo Gautama, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung: 1973, h. 13.

²¹ Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Ind. Hill Co., Jakarta: 1989. h. 151.

Frederick J. Stahl bahwa arah pembentukan negara harus menjadi negara hukum, itulah semboyan dan sebenarnya menjadi pendorong perkembangan zaman baru. Negara harus menentukan secermat-cermatnya jalan-jalan dan batas-batas kegiatan sebagaimana lingkungan (suasana) kebebasan negara menurut hukum dan harus menjamin suasana kebebasan itu tanpa dapat ditembus. Negara harus mewujudkan atau memaksakan gagasan akhlak dari segi negara, juga secara tidak langsung tidak lebih jauh daripada seharusnya menurut suasana hukum.²²

Pandangan Frederick J. Stahl itu menyandarkan undang-undang dalam perlindungan hak asasi warga negaranya. Dari sudut politik dan hukumnya bisa dipahami bahwa norma yang ada dalam undang-undang diharapkan mampu memberikan rasa adil kepada semua warga negara. Namun dari segi implementasinya tidak menjamin terlindunginya hak asasi warga negara, karena pencapaian kemakmuran rakyat dalam sistem liberal justru memberikan kesempatan persaingan bebas tanpa batas, artinya sangat mungkin timbul penindasan bagi yang bermodal kuat akan menyingkirkan yang bermodal lemah. Hal ini tentu saja sangat berbahaya jika negara tidak menentukan norma yang menjadi patokan bahwa negara juga harus berperan aktif dalam suatu kondisi yang membahayakan kepentingan banyak orang.

²² S.F. Marbun, et.al., *Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta: 2001, h. 7.

Konsep negara hukum juga digagas oleh A.V. Dicey yang mengemukakan konsep *The rule of law* dari sistem hukum Anglo Saxon, dalam bukunya yang berjudul *An Introduction to The Study of The Law of The Contitution* mengemukakan tiga prinsip negara hukum, yaitu (a) *supremacy of law* (supremasi hukum), yakni tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti bahwa seseorang hanya boleh dihukum jika melanggar hukum; (b) *equality before the law* (kesetaraan di hadapan hukum), dalil ini berlaku untuk orang biasa maupun pejabat; (c) *constitutions based on individual rights* (konstitusi yang didasarkan pada hak-hak perorangan). Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang (di negara lain oleh UUD) serta keputusan pengadilan.²³

Perbedaan konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law* terletak pada latar belakang dan sistem hukum yang mendukungnya. Konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme, sehingga bersifat revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner. Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum kontinental yang di sebut *Civil law*, sedangkan konsep *the rule of law*

²³ A.V. Dicey, *An Intoduction to the Study of the law of the Contitution*, ninth edition, Mac Millon and Co. London: 1952, h. 223. Lihat: Sri Sumantri, *Tentang Lembaga-lembaga Negara Menurut UUD 1945*, Citra Aditya Bakti, Bandung: 1993, h. 13., mengemukakan unsur konsep *the rule of law* menurut *International Commission of Jurist* yang diputuskan dalam kongresnya di Bangkok Tahun 1965 meliputi: (a) adanya proteksi konstitusional; (b) adanya pengadilan yang bebas dan tidak memihak; (c) adanya pemilihan umum yang bebas; (d) adanya kebebasan untuk menyatakan pendapat dan berserikat; (e) adanya tugas oposisi; dan (f) adanya pendidikan civic.

bertumpu atas sistem *Common law*. Karakteristik *Civil law* adalah administratif, sedangkan *Common law* adalah judicial.²⁴

Dalam konsep *the rule of law* yang bertumpu pada sistem hukum *Common law*, kaidah hukumnya kurang dirumuskan secara umum, seperti pada sistem hukum Romawi Jerman. Ciri *Common law* terletak pada kaidahnya yang konkret, yang sudah mengarah pada penyelesaian suatu kasus tertentu. Kaidah itu tercipta melalui keputusan hakim, sehingga menempatkan pengadilan sebagai pemegang peran pokok. Meskipun demikian, tidak berarti sistem *Common law* mengabaikan perundang-undangan, karena perundang-undangan yang ruang lingkupnya umum sangat sedikit ditemukan. Hukum perundang-undangan bersifat kasuistis, berbeda dengan yang ada di Eropa daratan. Menurut mereka perumusan perundang-undangan umum yang memuat prinsip-prinsip umum, tidak layak disebut sebagai penciptaan kaidah hukum, melainkan hanya mengekspresikan keinginan moral atau menyatakan suatu rencana kebijakan.²⁵

Apabila hendak dibuat pengklasifikasian, sistem hukum Romawi Jerman/Eropa Kontinental yang melatarbelakangi konsep *rechtsstaat*, kaidah hukumnya sengaja ditata secara sistematis rasional, sedangkan *Common law* ditata secara empirik. Empirisme ini memiliki patokan akal, nalar. Kalau sudah sampai pada akal manusia sebagai patokan, maka

²⁴ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya: 1987, h. 72.

²⁵ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung: 1991, h. 250.

sebetulnya perbedaan dalam jalur yang ditempuh oleh *Civil law* dan *Common law* menjadi kecil. Keduanya sama-sama didasarkan pada penggunaan akal atau nalar.²⁶

3. Teori Negara Hukum Ten Berge

Menurut Ten Berge negara hukum memiliki prinsip-prinsip, yaitu::

a. Asas Legalitas.

Pembatasan kebebasan warga negara (oleh pemerintah) harus ditemukan dasarnya dalam undang-undang sebagai aturan umum yang memberikan jaminan terhadap warga negara dari tindakan sewenang-wenang pemerintah, kolusi dan berbagai jenis tindakan yang tidak benar. Pelaksanaan wewenang oleh organ pemerintahan harus ditemukan dasarnya pada undang-undang tertulis.

b. Perlindungan hak asasi.

c. Pemerintahan terikat pada hukum.

d. Monopoli paksaan pemerintah untuk menjamin penegakan hukum.

e. Hukum harus dapat ditegakan ketika hukum itu dilanggar pemerintah harus menjamin bahwa di tengah-tengah masyarakat terdapat instrumen yuridis penegakan hukum

²⁶ *Ibid.* h. 244.

pemerintah dapat memaksa seseorang yang melanggar hukum melalui sistem peradilan negara. Memaksakan hukum publik secara prinsip merupakan tugas pemerintah.

f. Pengawasan oleh hakim yang merdeka.²⁷

4. Teori Negara Hukum Kesejahteraan

Teori Kant tentang negara hukum disebut teori negara hukum murni atau negara hukum dalam arti sempit (*rechts staat in enge zin*) karena peranan negara hanya sebagai penjaga ketertiban hukum dan pelindung hak dan kebebasan warga negara, tak lebih dari *nightwatcher* (penjaga malam). Negara tidak turut campur dalam upaya mewujudkan kesejahteraan masyarakat. Pendapat Kant ini sangat sesuai dengan zamannya, yaitu tatkala terjadi pemujaan terhadap liberalisme dengan semboyannya *laissez faire, laissez aller*. Teorinya menjadi dasar kenegaraan bagi ekonomi liberal yang dilakukan di seluruh dunia Barat selama abad ke-19 sampai sekarang.²⁸

Namun teori Kant mulai ditinggalkan karena persaingan bebas ternyata makin melebarkan jurang pemisah antara golongan kaya dan golongan miskin.

Setelah Perang Dunia II, konsep negara hukum formal mendapat kritik karena dampaknya yang kapitalistik-eksploitatif, seiring dengan

²⁷ Philipus M. Hadjon, *op.cit.* h. 72.

²⁸ Solly Lubis, *Ilmu Negara*, Mandar Maju, Bandung: 2007, h. 50.

perkembangan sosialisme yang menginginkan pembagian kesejahteraan secara merata. Gagasan yang membatasi pemerintah untuk mengurus kepentingan warganya begeser kearah gagasan bahwa pemerintah harus proaktif dalam mewujudkan kesejahteraan warganya (*bestuurzorg*). Ide ini di kenal dengan sebutan *welfare state* (negara kesejahteraan) atau negara hukum material. Konsekuensi dari negara kesejahteraan ini adalah pemberian kewenangan yang luas kepada pemerintah dengan *freies ermessen* atau *pouvoir discretionnaire*, yaitu kewenangan untuk turut campur dalam berbagai kegiatan masyarakat dengan cara pengaturan, penetapan, dan *materiale daad*. Menurut teori ini, selain bertujuan melindungi hak dan kebebasan warganya, negara juga berupaya mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh warga negara. Kranenburg termasuk penganut teori negara kesejahteraan. Menurut dia, tujuan negara bukan sekadar memelihara ketertiban hukum, melainkan juga aktif mengupayakan kesejahteraan warganya. Kesejahteraan pun meliputi berbagai bidang yang luas cakupannya. Dengan demikian pemerintah dituntut untuk bertindak menyelesaikan segala aspek/persoalan yang menyangkut kehidupan warga negaranya, walaupun belum ada dasar aturan yang mengaturnya. Atas dasar ini, maka pemerintah diberikan kebebasan untuk dapat melakukan/ bertindak dengan suatu inisiatif sendiri untuk menyelesaikan segala persoalan atau permasalahan guna kepentingan umum. Kebebasan untuk dapat

bertindak sendiri atas inisiatif sendiri itu disebut dengan istilah *Freis Ermessen*.²⁹

5. Teori Negara Hukum Menurut Internasional Commission of Jurist

Teori negara hukum dirumuskan kembali, antara lain dari *Internasional Commission of Jurist* di Athena Tahun 1955 dengan ciri negara hukum (*rule of law*) sebagai berikut:

- a. Negara harus tunduk pada hukum;
- b. Pemerintah harus menghormati hak-hak individu di bawah *rule of law*;
- c. Hakim-hakim harus dibimbing oleh *rule of law*, melindungi dan menjalankan hukum tanpa takut, tanpa memihak, dan menentang

²⁹ Bewa Ragawino, *Hukum Administrasi Negara*, Fak. Ilmu Sosial dan Politik Unpad, Bandung : 2006, h. 37. Masih dalam buku yang sama hal. 39-40, Secara bahasa *freies ermessen*, *frei* artinya bebas, merdeka, tidak terikat. *Ermessen* artinya menilai, memperimbangkan sesuatu. Artinya kepada administrasi negara diberikan kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri melakukan perbuatan-perbuatan guna menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak dengan cepat guna kepentingan umum/ kesejahteraan umum. Jadi *freies ermessen* bertujuan untuk kesejahteraan umum yang merupakan keputusan administrasi negara untuk tercapainya suatu tujuan/sasaran dan berbeda dengan keputusan hakim yang bertujuan menyelesaikan suatu sengketa sesuai dengan aturan hukum yang berlaku. Pemberian *freies ermessen* kepada administrasi negara untuk kesejahteraan umum, tapi dalam kerangka negara hukum. *Freies ermessen* ini tidak boleh digunakan tanpa batas dan tidak boleh disalahgunakan, untuk itu unsur-unsur *Freies Ermessen* adalah: 1. dilakukan untuk kepentingan umum/ kesejahteraan umum, 2. dilakukan atas inisiatif administrasi negara itu sendiri, 3. untuk menyelesaikan masalah konkret dengan cepat yang timbul secara tiba-tiba, 4. tindakan itu dimungkinkan oleh hukum, contoh: polisi lalu lintas menyelesaikan masalah kemacetan lalu lintas dengan mengalihkan/ mengatur kendaraan melanggar rambu lalu lintas.

setiap campur tangan pemerintah atau partai-partai terhadap kebebasannya sebagai hakim.³⁰

Selanjutnya *Internasional Commission of Jurist* dalam konferensinya di Bangkok Tahun 1965 telah memperluas konsep *rule of law*, *rule of law in modern age*, bahwa hak-hak politik, hak-hak sosial dan ekonomi juga harus diakui dan terpelihara dalam bentuk standar-standar dasar. Syarat-syarat dasar untuk terselenggaranya pemerintahan yang demokrasi di bawah *rule of law* adalah: (1) perlindungan konstitusional dalam arti bahwa konstitusi selain menjamin hak-hak individu, harus menentukan juga cara prosedural yang memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin; (2) badan peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial tribunal*); (3) Pemilihan umum yang bebas; (4) kebebasan untuk menyatakan pendapat; (5) kebebasan untuk berserikat/berorganisasi dan beroposisi; (6) Pendidikan kewarganegaraan (*civic education*).³¹

6. Teori Negara Hukum dari Beberapa Sarjana Indonesia

Dalam literatur berbahasa Indonesia mengenal istilah negara hukum sebagai terjemahan dari istilah *rechtsstaat* atau *rule of law*. Namun sebenarnya terjadi perbedaan pendapat pakar-pakar hukum mengenai

³⁰ Fajar A. Muktie, *Tipe Negara Hukum*, Cet. II, Bayu Media, Malang: 2005. h. 25

³¹ Lihat Ni'matul Huda dalam Muhammad Ramli Haba, *Aspek hukum Pelaksanaan Fungsi Pemerintah Daerah di Bidang Penyelenggaraan Pendidikan dalam Era Otonomi Daerah*. Disertasi. Pascasarjana Unhas, Makassar: 2010. h. 56.

istilah negara hukum, *rechtsstaat* atau *rule of law*. Ada yang menganggap bahwa istilah negara hukum sama dengan *rechtsstaat* atau *rule of law*, namun ada pula yang menganggap bahwa istilah negara hukum tidak dapat dipersamakan dengan istilah *rechtsstaat* atau *rule of law*.

Pakar hukum yang menganggap bahwa ketiga istilah tersebut sama, antara lain Ismail Suny,³² Sunaryati Hartono,³³ Notohamidjoyo,³⁴ Muhammad Yamin,³⁵ dan Sudargo Gautama,³⁶ sedangkan yang menganggap berbeda salah satunya adalah Philipus M. Hadjon³⁷. Perbedaan antara *rechtsstaat* dan *rule of law* didasarkan atas latar belakang sistem hukum yang berbeda. Konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme, sehingga sifatnya revolusioner, sedangkan konsep *rule of law* berkembang secara evolusioner. Konsep *rechtsstaat* lahir dari sistem hukum Eropa Kontinental yang disebut *Civil law system*, sedangkan konsep *Rule of law* berasal dari sistem hukum *Common law system*.

Menurut Utrecht bahwa pada pokoknya pemikiran tentang negara hukum didasarkan bahwa kekuasaan penguasa harus dibatasi agar jangan terjadi kesewenangan terhadap rakyat dan warganya. Pembatasan dilakukan dengan adanya supremasi hukum, yaitu bahwa setiap tindakan

³² Ismail Suny, *Mencari Keadilan*, Ghalia Indonesia, Jakarta: 1982, h. 123.

³³ Sunaryati Hartono, *Apakah The rule of law*, Alumni, Bandung: 1976, h. 35.

³⁴ Notohamidjoyo, *Makna Negara Hukum*, Badan Penerbit Kristen, Jakarta: 1970, h. 27.

³⁵ Muhammad Yamin, *Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia*, Ghaila Indonesia, Jakarta: 1982, h. 72.

³⁶ Sudargo Gautama, *op.cit.*, h. 8.

³⁷ Philipus M. Hadjon, *op.cit.*, h. 71.

penguasa tidak boleh semaunya, tetapi harus berdasar dan berakar pada hukum. Selain itu, Rousseau, melalui kontrak sosialnya menyiratkan bahwa baik pembentukan lembaga, maupun operasionalnya ditentukan menurut kemauan hukum, sama artinya dengan pemerintahan berdasarkan atas hukum. Oemar Seno Adji dalam Simposium Negara Hukum Tahun 1966, mengemukakan bahwa baik konsep *rechtsstaat* atau *rule of law* ataupun *socialist legality* mempunyai *basic requitment* atau elemen pokok yaitu perlindungan terhadap hal asasi manusia, asas legalitas serta hakim bebas dan tidak memihak.³⁸

Berdasarkan beberapa pemikiran tersebut, tampak bahwa tujuan negara hukum yang paling utama adalah melindungi hak-hak asasi dan kebebasan warga negara untuk mewujudkan kesejahteraan umum dari penguasa negara, kelompok-kelompok, ataupun individu-individu tertentu yang melakukan kesewenang-wenangan.

Terkait dengan negara Indonesia, Mahfud MD menyatakan bahwa negara hukum Indonesia adalah sintesis dari konsep *rechtsstaat*, *the rule of law*, negara hukum formal dan negara hukum materiel, yang kemudian diberi nilai keindonesiaan sebagai nilai spesifik, sehingga menjadi negara hukum Pancasila.³⁹ Sjachran Basah mengidentifikasi negara hukum Indonesia berdasarkan Pancasila dengan mengajukan pendapat bahwa mengingat Pancasila dijabarkan di dalam Batang Tubuh

³⁸ Fajar A. Muktie, *op.cit.*, h. 26.

³⁹ Mohammad Mahfud MD., *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta: 1998. h. 26

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, maka dalam negara hukum Indonesia terdapat hak dan kewajiban asasi manusia (HAM). HAM yang merupakan hak perorangan yang bukan hanya harus diperhatikan, tetapi juga harus ditegakan dengan mengingat kepentingan umum, menghormati hak orang lain, mengindahkan perlindungan/kepentingan keselamatan bangsa, serta moral umum dan ketahanan nasional berdasarkan undang-undang.⁴⁰

Dalam pasal-pasal Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dapat dijumpai prinsip-prinsip negara hukum Indonesia, meliputi :

- a. Adanya perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia dan hak warga negara. Hal ini dapat dilihat dengan dimasukkannya ketentuan tentang HAM dalam bab tersendiri (Bab X Pasal 28 A hingga Pasal 28 J);
- b. Adanya kekuasaan kehakiman yang merdeka (Pasal 24 ayat (1));
- c. Adanya pengadilan tata usaha negara/administrasi negara (Pasal 24 ayat (2)).⁴¹

Selanjutnya, dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menentukan bahwa Indonesia

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Titik Triwulan Tutik, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, Cerdas Pustaka, Jakarta: 2008, h, 6.

adalah negara hukum, yang menurut Philipus M. Hadjon⁴² memiliki unsur-unsur berikut ini, yaitu:

- a. keserasian hubungan pemerintah dan rakyat;
- b. hubungan fungsional dan proporsional antara kekuasaan negara;
- c. penyelesaian sengketa melalui musyawarah;
- d. keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Dalam rangka merumuskan kembali ide-ide pokok konsepsi negara hukum dan penerapannya dalam situasi Indonesia dewasa ini, Jimly Asshiddiqie⁴³ merumuskan kembali adanya tiga belas prinsip pokok negara hukum yang berlaku di zaman sekarang. Ketiga belas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum (*the rule of law*, ataupun *rechtsstaat*) dalam arti yang sebenarnya, yaitu:

1. Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*):

Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*), pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya,

⁴² Philipus M. Hadjon, *op.cit.*, h. 85.

⁴³ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis*, BIP, 2009, h. 200-206.

bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum yang tertinggi. Pengakuan normatif mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau konstitusi, sedangkan pengakuan empirik adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku sebagian terbesar masyarakatnya bahwa hukum itu memang *supreme*.

2. Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*):

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan *affirmative action* 'guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan, sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju. Kelompok warga masyarakat tertentu yang dapat diberi perlakuan khusus yang bukan bersifat diskriminatif, misalnya, adalah kaum wanita ataupun anak-anak terlantar.

3. Asas Legalitas (*Due Process of Law*):

Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau *rules and procedures (regels)*. Prinsip normatif demikian tampaknya seperti sangat kaku dan dapat menyebabkan birokrasi menjadi lamban. Oleh karena itu, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya, maka sebagai pengimbang, diakui pula adanya prinsip *fries ermessen* yang memungkinkan para pejabat tata usaha negara atau administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri *beleid-regels (policy rules)* ataupun peraturan-peraturan yang dibuat untuk kebutuhan internal (*internal regulation*) secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.

4. Pembatasan Kekuasaan:

Adanya pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Sesuai dengan hukum besi

kekuasaan, setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Acton: *Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*. Oleh karena itu, kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisahkan-misahkan kekuasaan ke dalam cabang-cabang yang bersifat *checks and balances* dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain. Pembatasan kekuasaan juga dilakukan dengan membagi-bagi kekuasaan ke dalam beberapa organ yang tersusun secara vertikal. Dengan begitu, kekuasaan tidak tersentralisasi dan terkonsentrasi dalam satu organ atau satu tangan yang memungkinkan terjadinya kesewenang-wenangan.

5. Organ-organ Campuran yang Bersifat Independen:

Dalam rangka membatasi kekuasaan itu, di zaman sekarang berkembang pula adanya pengaturann kelembagaan pemerintahan yang bersifat *independent*, seperti bank sentral, organisasi tentara, dan organisasi kepolisian. Selain itu, ada pula lembaga-lembaga baru seperti Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pemilihan Umum (KPU), Komisi Ombudsman Nasional (KON), Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), dan lain sebagainya. Oleh karena itu, independensi lembaga-lembaga tersebut dianggap sangat penting untuk menjamin prinsip negara hukum dan demokrasi.

6. Peradilan Bebas dan Tidak Memihak:

Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*). Dalam menjalankan tugasnya, hakim tidak boleh memihak kepada siapapun juga kecuali hanya kepada kebenaran dan keadilan. Namun demikian, dalam menjalankan tugasnya, proses pemeriksaan perkara oleh hakim juga harus bersifat terbuka, dan dalam menentukan penilaian dan menjatuhkan putusan, hakim harus menghayati nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Hakim tidak hanya bertindak sebagai 'mulut' undang-undang atau peraturan perundang-undangan, melainkan juga 'mulut' keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat.

7. Peradilan Tata Usaha Negara:

Meskipun peradilan tata usaha negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama negara hukum tetap perlu ditegaskan tersendiri. Dalam setiap negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara dan dijalkannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara.

8. Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*):

Di samping adanya pengadilan tata usaha negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi tiap-tiap warga negara, negara hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya, baik dengan pelembagaannya yang berdiri sendiri di luar sederajat dengan Mahkamah Agung ataupun dengan mengintegrasikannya ke dalam kewenangan Mahkamah Agung yang sudah ada sebelumnya. Pentingnya peradilan ataupun Mahkamah Konstitusi (*constitutional court*) ini adalah dalam upaya memperkuat sistem *checks and balances* antara cabang-cabang kekuasaan yang sengaja dipisah-pisahkan untuk menjamin demokrasi.

9. Perlindungan Hak Asasi Manusia:

Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis. Setiap manusia sejak kelahirannya menyanggah hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang bersifat bebas dan asasi. Terbentuknya negara dan demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu negara tidak boleh mengurangi arti atau makna kebebasan dan hak-hak asasi kemanusiaan itu.

10. Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*):

Dianut dan dipraktikannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peranserta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah masyarakat.

11. Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (*Welfare Rechtsstaat*):

Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara demokrasi (*democracy*) maupun yang diwujudkan melalui gagasan negara hukum (*nomocracy*) dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum. Bahkan sebagaimana cita-cita nasional Indonesia yang dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945.

12. Transparansi dan Kontrol Sosial:

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peranserta masyarakat secara langsung (*partisipasi langsung*) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran.

13. Berketuhanan yang Maha Esa

Negara Hukum Indonesia itu menjunjung tinggi nilai-nilai ke-Maha Esaan dan ke-Maha Kuasa-an Tuhan. Artinya, diakuinya prinsip supremasi hukum tidak mengabaikan keyakinan mengenai ke-Maha Kuasa-an Tuhan Yang Maha Esa yang diyakini sebagai sila pertama dan utama dalam Pancasila. Karena itu, pengakuan akan prinsip supremasi hukum itu juga merupakan pengejawantahan atau ekspresi kesadaran rasional kenegaraan atas keyakinan pada Tuhan Yang Maha Esa yang menyebabkan setiap manusia Indonesia hanya memutlakkan Yang Esa dan menisbikan kehidupan antar sesama warga yang bersifat egaliter dan menjamin persamaan dan penghormatan atas kemajemukan dalam kehidupan bersama dalam wadah Negara Pancasila.

B. Teori Roscoe Pound: *A tool of Social Engineering*

Roscoe Pound mengemukakan teori *a tool of social engineering* yang memberikan dasar bagi kemungkinan digunakannya hukum secara sadar untuk mengadakan perubahan masyarakat. Pengertian *a tool social of engineering* dikemukakan oleh Soerjono Soekanto⁴⁴ : ...hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat, dalam arti bahwa hukum mungkin digunakan sebagai alat oleh *agent of change*. *Agent of change* atau pelopor perubahan adalah seseorang atau sekelompok orang yang mendapat kepercayaan dari masyarakat sebagai pemimpin satu atau lebih

⁴⁴ Soerjono Soekanto, *Kegunaan Sosiologi Hukum bagi Kalangan Hukum*, Alumni, Bandung: 1979. h. 104.

lembaga-lembaga kemasyarakatan. Pelopor perubahan memimpin masyarakat dalam mengubah sistem sosial dan dalam melaksanakan hal itu langsung tersangkut dalam tekanan-tekanan untuk mengadakan perubahan, dan bahkan mungkin menyebabkan perubahan-perubahan pula pada lembaga-lembaga kemasyarakatan lainnya. Suatu perubahan sosial yang dikehendaki atau direncanakan, selalu berada di bawah pengendalian serta pengawasan pelopor perubahan tersebut.

Cara untuk mempengaruhi masyarakat dengan sistem yang teratur dan direncanakan terlebih dahulu, dinamakan *social engineering* atau *planning*. Roscoe Pound⁴⁵ sendiri memberikan gambaran tentang apa yang sebenarnya diinginkan dan apa yang tidak diinginkan oleh penggunaan hukum sebagai alat rekayasa sosial, sebagai berikut:

- a. Mempelajari efek sosial yang nyata dari lembaga-lembaga serta ajaran-ajaran hukum.
- b. Melakukan studi sosiologis dalam rangka mempersiapkan perundang-undangan. Membuat undang-undang dengan cara membanding-bandingkan selama ini dianggap sebagai cara yang bijaksana. Namun demikian hal tersebut tidak cukup karena hal yang terpenting adalah mempelajari bagaimana ia beroperasi di masyarakat serta efek yang ditimbulkannya, apabila ada, untuk kemudian dijalankan.

⁴⁵ Roscoe Pound dalam Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Toko Gunung Agung, Jakarta: 2002, h. 90-91.

- c. Melakukan studi tentang bagaimana membuat peraturan-peraturan hukum menjadi efektif, selama ini tampaknya orang menganggap bahwa apabila peraturan sudah dibuat, maka ia akan bekerja dengan sendirinya.
- d. Memperhatikan sejarah hukum, yaitu bahwa studi itu tidak hanya mengenai bagaimana ajaran-ajaran itu dibentuk dan bagaimana ajaran-ajaran itu berkembang yang kesemuanya dipandang sekadar sebagai bahan kajian hukum, melainkan tentang efek sosial apa yang ditimbulkan oleh ajaran-ajaran hukum itu pada masa lalu dan bagaimana cara timbulnya.
- e. Pentingnya melakukan penyelesaian individual secara nalar, agar dalam batas-batas yang cukup luas hakim harus bebas untuk mempersoalkan kasus yang dihadapinya sehingga dengan demikian bisa memenuhi tuntutan keadilan di antara pihak-pihak yang bersengketa dan bertindak sesuai nalar yang umum dari orang awam.
- f. Pada akhirnya, semua tuntutan tersebut hanyalah sarana-sarana untuk mencapai suatu tujuan, yaitu tentang bagaimana mengusahakannya secara lebih efektif agar tercapai tujuan-tujuan hukum itu.

Selanjutnya Roscoe Pound⁴⁶ menyatakan bahwa yuris yang beraliran sosiologis melihat hukum sebagai suatu lembaga sosial yang

⁴⁶ *Ibid.*

dapat disempurnakan melalui usaha-usaha manusia yang dilakukan secara cendekia, dan menganggap sebagai kewajiban mereka untuk menemukan cara-cara yang paling baik bagi memajukan dan mengarahkan hukum itu.

Untuk itu perlu memperhatikan empat asas utama bagi penggunaan *a tool of sosial engineering* agar efektivitas peraturan yang dibuat mencapai hasil yang maksimal, keempat asas utama itu digambarkan oleh Adam Podgorecki⁴⁷ (dalam Schuyt 1971: 54) sebagai berikut:

- a. Menguasai dengan baik situasi yang dihadapi.
- b. Membuat suatu analisis tentang penilaian-penilaian yang ada serta menempatkan dalam suatu urutan hirarkhi. Analisis dalam hal ini mencakup pula asumsi mengenai apakah metode yang akan digunakan tidak akan lebih menimbulkan suatu efek yang memperburuk keadaan.
- c. Melakukan verifikasi hipotesis-hipotesis apakah suatu metode yang dipikirkan untuk digunakan pada akhirnya nanti memang akan membawa kepada tujuan sebagaimana yang dikehendaki.
- d. Pengukuran terhadap efek perundang-undangan yang ada.

⁴⁷ Adam Podgorecki dalam C.J.M. Schuyt, *Rechtssociologie, een Terreinverkenning*, Universitaire Press, Rotterdam: 1971, h. 54.

Penggunaan atau pemfungsian hukum sebagai alat rekayasa sosial hanya dimungkinkan dalam wujud sistem hukum modern yang lebih banyak menggunakan aturan hukum tertulis atau peraturan, yang lebih banyak mengandalkan derajat kepastiannya pada sifat tertulis peraturan tersebut.⁴⁸

C. Teori Keadilan

Problema yang paling menarik terkait sekitar masalah hukum adalah persoalan keadilan, hal ini dikarenakan hukum, termasuk peraturan perundangan seharusnya berintikan keadilan. Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Dalam hukum keluarga, keadilan juga merupakan salah satu tujuannya. Tujuan tersebut terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Hukum keluarga pada hakikatnya dibuat untuk menjaga keadilan subjek hukum yang ada dalam keluarga dan hubungan hukum yang terdapat di dalamnya.

Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum merupakan proses dinamis yang membutuhkan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.⁴⁹ Orang dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan

⁴⁸ Achmad Ali, *op.cit.*, h. 92.

⁴⁹ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung: 2004, h. 239.

mengasumsikan bahwa pengetahuan dan pemahaman tentangnya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sangat sulit atau orang dapat menganggap keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama. Oleh karena itu, diskusi tentang keadilan begitu panjang dalam lintasan sejarah filsafat hukum.

Kata “keadilan” dalam bahasa Inggris adalah *justice* yang berasal dari bahasa latin *iustitia*. Kata *justice* memiliki tiga macam makna yang berbeda yaitu; (1) secara atributif berarti suatu kualitas yang adil atau fair (sinonimnya *justness*), (2) sebagai tindakan berarti tindakan menjalankan hukum atau tindakan yang menentukan hak dan ganjaran atau hukuman (sinonimnya *judicature*), dan (3) sebagai orang, yaitu pejabat publik yang berhak menentukan persyaratan sebelum suatu perkara dibawa ke pengadilan (sinonimnya *judge, jurist, magistrate*). Kata “adil” dalam bahasa Indonesia dari bahasa Arab *al ‘adl* yang artinya sesuatu yang baik, sikap yang tidak memihak, penjagaan hak-hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan. Untuk menggambarkan keadilan juga digunakan kata-kata yang lain (sinonim) seperti *qisth, hukm*, dan sebagainya.⁵⁰

Teori-teori hukum alam sejak Socretes hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori hukum

⁵⁰ <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls/> diakses 25 Januari 2012

alam mengutamakan *the search for justice*.⁵¹ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

1. Teori Keadilan Plato

Plato adalah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan di luar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya. Demikian pula halnya dengan masalah keadilan, Plato berpendapat bahwa keadilan adalah di luar kemampuan manusia biasa. Sumber ketidakadilan adalah adanya perubahan dalam masyarakat. Untuk mewujudkan keadilan masyarakat harus dikembalikan pada struktur aslinya, domba menjadi domba, penggembala menjadi penggembala. Tugas ini adalah tugas negara untuk menghentikan perubahan. Dengan demikian keadilan bukan mengenai hubungan antara individu melainkan hubungan individu dan negara. Bagaimana individu melayani negara.

Keadilan juga dipahami secara metafisis keberadaannya yang sifatnya tidak dapat diamati oleh manusia. Konsekuensinya ialah, bahwa realisasi keadilan digeser ke dunia lain, di luar pengalaman manusia dan akal manusia yang esensial bagi keadilan tunduk pada cara-cara Tuhan yang tidak dapat diubah atau keputusan-keputusan Tuhan yang tidak

⁵¹ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Cet. VIII, Kanisius, Yogyakarta: 1995 h. 196.

dapat diduga. Oleh karena inilah Plato mengungkapkan bahwa yang memimpin negara seharusnya manusia super, yaitu *the king of philosopher*.⁵²

2. Teori Keadilan Aristoteles

Aristoteles adalah peletak dasar rasionalitas dan empirisme. Pemikirannya tentang keadilan diuraikan dalam bukunya yang berjudul *Nicomachean Ethics*. Filsafat umum Aristoteles dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, "karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan". Pandangannya yang sangat penting bahwa keadilan harus dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa dipahami tentang kesamaan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya. Dari perbedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan.⁵³ Lebih lanjut, dia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau

⁵² *Ibid.*

⁵³ Carl Joachim Friedrich, *op.cit.* h. 24.

kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting ialah bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.⁵⁴ Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Dari uraian ini nampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.⁵⁵

⁵⁴ *Ibid.* h. 25.

⁵⁵ *Ibid.*

3. Teori Keadilan Sosial John Rawls

John Rawls dalam bukunya *A Theory of Justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menunjukkan pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus. Menurut Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidaksamaan menjamin maximum minimorum bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus

ditolak. Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung. Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: *Pertama*, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.⁵⁶

⁵⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University press, London: 1973, alih bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta: 2006.

4. Teori Keadilan dalam Filsafat Hukum Islam

Masalah keadilan diajarkan dalam filsafat hukum Islam yang terkait dengan kehidupan umat manusia. Dalam filsafat hukum Islam dimana teori keadilan, atau sering juga disebut dengan teori maslahat, selalu menjadi topik yang tidak hentinya dikaji oleh para ahli filsafat hukum Islam (*ushul fiqh*). Kemaslahatan dan keadilan menjadi inti dari hukum Islam. Ini diwujudkan dengan banyaknya ayat al-Quran yang berisi tentang kemaslahatan dan keadilan di antaranya, yaitu an-Nisaa': 58; an-Nisaa': 135; al-Maidah: 8; al-An'aam: 90; dan asy-Syura: 15. Teori keadilan dalam Islam merupakan suatu persoalan teologi tentang keadilan ilahiah yang melahirkan dua mazhab yaitu: *Mu'tazilah* dan *Asy'ariyah*. *Mu'tazilah* menyatakan bahwa manusia, sebagai yang bebas, bertanggung jawab di hadapan Allah yang adil. Baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar. Allah telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara obyektif. Dengan demikian *Mu'tazilah* menegakkan bentuk obyektivisme rasionalis. Sedangkan *Asy'ariyah* mengatakan bahwa baik dan buruk itu adalah sebagaimana Allah tentukan, dan adalah angkuh untuk menilai Allah berdasarkan kategori-kategori yang diberikan-Nya untuk mengarahkan kehidupan manusia. Tanggung jawab manusia bukan merupakan hasil pemilihan bebas, namun hanya Allah semata-mata yang menciptakan segala tindakan secara langsung. Karenanya, tanggung jawab manusia merupakan hasil

kehendak ilahiah yang diketahui melalui bimbingan wahyu. Konsepsi ini dikenal sebagai subyektivisme teistis. Di samping itu, teori keadilan juga menjadi landasan utama dalam filsafat hukum Islam, khususnya dalam pembahasan *maqahsid al-syariah* yang menegaskan bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Istilah yang sepadan dengan inti dari *maqahsid al-syari'ah* tersebut adalah maslahat, karena penetapan hukum dalam Islam harus bermuara kepada maslahat. Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah." Teori maslahat pertama kali dikenalkan oleh Imam al-Haramain al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, al-Gazali.⁵⁷

Madjid Khudduri⁵⁸ telah mereduksi beberapa keadilan yang bersumber dari agama Islam. Menurutnya, dalam perjalanan sejarah peradaban umat manusia terdapat banyak konsep keadilan yang dianut oleh setiap negara. Dalam paham keadilan Islam modern, keadilan itu bersumber dari Tuhan yang akhirnya menimbulkan ragam pemikiran yang kontroversi. Konsep keadilan Islam merupakan perintah Allah SWT dan Dia-lah sebagai penguasa serta legislator paling utama. Itulah sebabnya

⁵⁷ Lihat: Ahmad Zaenal Fanani, *Teori Keadilan dalam Perspektif Filsafat Hukum dan Islam* dalam <http://www.badilag.net/data> diakses 26 Januari 2012. Menurut ensiklopedia Islam tahun 1996 halaman 1108 dalam Saifullah Bombang, *Hakikat Keadilan dalam Poligami sebuah Kajian Hukum Islam*, Disertasi, Pascasarjana Univ. Hasanuddin, Makassar: 2006, h. 55, bahwa *maqahsid al-syariah* adalah makna dan tujuan yang dihendaki syara dalam menyariatkan suatu hukum bagi kemaslahatan umat manusia.

⁵⁸ Majid Khudduri, *Teologi Keadilan, Perspektif Islam*, terjemahan dari buku *The Islamic Conception of Justice* oleh H. Mochtar Zoerni, Risalah Gusti, Surabaya: 1999, h. 3.

wahyu dan hikmah ilahi merupakan sumber primer untuk mengatur kehidupan manusia. Sebagaimana dikemukakan bahwa prinsip-prinsip dan asal-usul keadilan yang berasal dari wahyu dan hikmah ilahi itu dianggap mutlak (sempurna) dan tidak dapat diganggu gugat, dirancang untuk segala zaman serta kemungkinan besar dapat diaplikasikan pada seluruh umat manusia.⁵⁹

Penggunaan konsep keadilan dalam Al-Qur'an memuat filosofis bahwa seharusnya manusia ketika berbuat harus selalu mempertimbangkan aspek keadilan untuk kemaslahatan manusia dan sesuai dengan kehendak penciptanya.

Selain itu, Sayyid Quthb mengemukakan teori keadilan sosial dalam Islam, seorang ilmuwan Muslim dalam bukunya *Al-'Adalah al-Ijtima'iyah fi al-Islam* (Keadilan Sosial dalam Islam), Quthb tidak menafsirkan Islam sebagai sistem moralitas yang usang. Tetapi, sebagai kekuatan sosial dan politik konkret di seluruh dunia Muslim. Pemikiran Quthb tentang keadilan sosial dalam Islam dilatarbelakangi oleh pandangannya bahwa prinsip keadilan sosial Barat itu didasarkan pada pandangan Barat yang sekular, di mana agama hanya bertugas untuk pendidikan kesadaran dan penyucian jiwa, sementara hukum-hukum temporal dan sekularlah yang bertugas menata masyarakat dan mengorganisasi kehidupan manusia. Apa yang diformulasikan Quthb adalah gagasan tentang keadilan sosial yang bersifat kewahyuan, bahwa

⁵⁹ *Ibid.*, h. 4.

umat Islam harus mengambil konstruksi moral keadilan sosial dari al-Qur'an yang telah diterjemahkan secara konkret dan sukses oleh Nabi Muhammad SAW dan para sahabatnya. Menurutnya, tradisi kenabian ini selalu muncul dari zaman ke zaman, betapapun banyaknya rintangan yang membuat tenggelamnya tradisi ini. Menurut Quthb, keadilan sosial dalam Islam mempunyai karakter khusus, yaitu kesatuan yang harmoni. Islam memandang manusia sebagai kesatuan harmoni dan sebagai bagian dari harmoni yang lebih luas dari alam raya di bawah arahan Penciptanya. Keadilan Islam menyeimbangkan kapasitas dan keterbatasan manusia, individu dan kelompok, masalah ekonomi dan spiritual dan variasi-variasi dalam kemampuan individu. Ia berpihak pada kesamaan kesempatan dan mendorong kompetisi. Ia menjamin kehidupan minimum bagi setiap orang dan menentang kemewahan, tetapi tidak mengharapkan kesamaan kekayaan.⁶⁰

Selanjutnya, menurut Yusuf Qardawi bahwa keadilan adalah memberikan keadilan kepada yang berhak akan haknya, baik pemilik hak sebagai individu atau kelompok atau berbentuk sesuatu apapun, bernilai apapun, tanpa melebihi atau mengurangi, sehingga tidak sampai mengurangi haknya dan tidak pula menyelewengkan atau menzalimi hak orang lain.⁶¹

⁶⁰ Lihat: M. Taufik Rahman, *Teori Keadilan Sosial* dalam <http://www.eramuslim.com/berita/analisa/teori-keadilan-sosial-sayyid-quthb.htm> diakses 25 Januari 2012

⁶¹ Saifullah Bombang, *op.cit.*, h. 55

D. Teori Hukum Progresif

Istilah hukum progresif mungkin disikapi secara beragam oleh para pengemban profesi hukum di negeri ini. Sebagian merasa asing dan aneh dengan konsep tradisi ber hukum yang ditawarkan oleh hukum progresif. Sebagian bisa memahami namun secara pesimis dan skeptis, sebagian lagi justru menolak dan dengan sinis mengatakan bahwa gagasan hukum progresif terlalu idealis dan tidak realistis. Namun demikian ada pula yang merespon positif gagasan hukum progresif secara antusias dengan penuh harapan mencoba untuk menjadikannya sebagai spirit dalam memperbaiki cara ber hukum di negeri ini yang “mandul” akibat terseret arus tradisi pemikiran legalistik-positivistik.⁶²

Hukum progresif dimulai dari asumsi dasar bahwa (1) hukum adalah untuk manusia bukan sebaliknya, (2) Hukum progresif tidak menerima hukum sebagai intitusi yang multak dan final, melainkan sangat ditentukan oleh kemauannya untuk mengabdikan kepada manusia, dan hukum adalah institusi yang bermoral, dan bukan teknologi yang tidak mempunyai hati nurani. Satjito Rahardjo⁶³ sebagai penggagas hukum progresif menyatakan hukum adalah intitusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia. Sebagai konsekuensinya hukum merupakan suatu proses yang

⁶² Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta: 2007. h. 164.

⁶³ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta: 2009. h. 2.

secara terus-menerus (*law in the making*) membangun dirinya menuju ideal tersebut. Inilah esensi hukum progresif.

Atas dasar asumsi tersebut, kriteria hukum progresif adalah (1) mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia; (2) memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat; (3) hukum progresif adalah hukum yang membebaskan meliputi dimensi yang sangat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik, melainkan juga teori; dan (4) bersifat kritis dan fungsional, oleh karena hukum progresif tidak pernah henti-hentinya melihat kekurangan yang ada dan menentukan jalan untuk memperbaikinya.⁶⁴

Kehadiran hukum progresif bukanlah suatu kebetulan, bukan suatu yang lahir tanpa sebab, dan juga bukan jatuh dari langit. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif dapat dipandang sebagai konsep yang sedang mencari jati diri bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum di masyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum dalam *setting* Indonesia akhir Abad ke-20.⁶⁵ Gagasan hukum progresif muncul karena keprihatinan dan kegalauan terhadap keadaan dan kinerja hukum yang banyak gagal dalam menyelesaikan persoalan-persoalan bangsa ini. Kepercayaan terhadap hukum semakin menurun yang disebabkan oleh kinerja buruk

⁶⁴ Ufran dalam Satjpto Raharjo, Editor. *Ibid.* h. viii

⁶⁵ Satjpto Raharjo, *Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, Vol. 1 no. 1 April 2005, PDHI Ilmu Hukum UNDIP, h. 3.

hukum itu sendiri. Pada masa Orde Baru hukum sudah semakin bergeser menjadi alat politik untuk mempertahankan kekuasaan pada waktu itu. Dengan demikian menurut Podgorecki dan Olgati⁶⁶ hukum bukan lagi *law as atool of social engineering* secara positif terjadi, melainkan sudah mengarah *dark engineering*. Sejak tumbanganya Orde Baru pada tahun 1998 bangsa Indonesia belum berhasil mengangkat hukum sampai mendekati tahap ideal, tetapi malah semakin menimbulkan kekecewaan. Inti dari kemunduran tersebut adalah kejujuran, empati dan dedikasi dalam menjalankan hukum menjadi sesuatu yang sangat langka dan mahal.⁶⁷

Moral hukum progresif adalah kepedulian yang tidak kunjung berhenti, mengenai bagaimana mendorong hukum untuk memberikan yang lebih baik dan lebih baik lagi kepada bangsanya. Moral hukum progresif ingin mendorong agar cara berhukum tidak pernah mengenal waktu untuk berhenti, melainkan melakukan sesuatu yang lebih baik lagi. Kandungan moral tersebut disebabkan oleh penerimaan paradigma manusia di atas paradigma hukum (*rule*). Sejarah hukum menjadi saksi tentang bagaimana dari waktu ke waktu, dari abad ke abad, manusia bergulat untuk membangun tatanan kehidupannya.⁶⁸

⁶⁶ Podgorecki dan Olgati dalam Satjpto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, 2009, *op.cit.*, h. 3.

⁶⁷ *Ibid.* h. 4.

⁶⁸ Satjpto Rahardjo, 2009. *op.cit.*, h. 87.

Salah satu cara ber hukum yang sangat merisaukan gagasan hukum progresif adalah yang secara mutlak berpegangan dengan kata-kata atau kalimat dalam teks hukum. Menurut Bergh⁶⁹ hukum adalah sesuatu yang telah selesai dibuat (legislatif). Hal tersebut sangat dilazimkan di kalangan komunitas hukum, yang disebut menjaga kepastian hukum. Hukum adalah teks dan tetap seperti itu sebelum diubah oleh legislatif. Berhukum seperti tersebut menjadi tidak mudah bagi hukum untuk mengikuti dinamika kehidupan. Cara tersebut dinamakan sebagai cara ber hukum yang mempertahankan *status quo*. Menyikapi hal tersebut perlu juga mengingat apa yang pernah dikemukakan oleh Gustav Radbruch bahwa rasa keadilan terkadang hidup di luar undang-undang, sehingga undang-undang tersebut dirasakan tidak adil. Menurutnya, bahwa dalam produk perundang-undangan (*gezets*) kadang kala terdapat *gezetsliches unrecht*, yakni ketidakadilan di dalam undang-undang, sementara tidak sedikit ditemukan *ubergezetsliches recht*, yakni keadilan di luar undang-undang.⁷⁰

Cara ber hukum dengan *status quo* sentris, lazim bergandengan dengan alam pikiran positivistik-analisis yang lebih membaca undang-undang sebagai mengeja undang-undang daripada membacanya dengan

⁶⁹ *Ibid.*, h. 90.

⁷⁰ Pandangan Gustav Radbruch tersebut terdapat dalam salah satu artikelnya yang berjudul *Gezetslichesunrecht und Ubergezetsches Recht*, dimuat dalam *Suddeutsche Juristen Zeitung*, penerbitan Agustus 1946, Nomor 5. Lihat: Laica Marzsuki, *SIRI' Bagian Kesadaran Hukum Rakyat Bugis Makassar*, Hasanuddin University Press, Makassar: 1995. h. 95.

bermakna. Berhukum tidak hanya tekstual, melainkan juga melibatkan predisposisi personal.⁷¹ Ide pembebasan diri dari paham *status quo* sangat erat kaitannya dengan faktor psikologis atau spirit dari para pelaku (aktor) hukum. Kendati hukum progresif sangat menekankan pada perilaku nyata dari para aktor hukum, namun hukum progresif tidak mengabaikan peran dari sistem hukum dimana mereka berada. Dengan demikian hukum progresif memasuki dua ranah, yaitu ranah sistem dan ranah manusia. Para pelaku tidak dapat bertindak progresif apabila sistemnya menghambat. Dengan demikian, dalam konteks hukum progresif, maka perlu meneliti apa saja sistem yang menghambat lajunya hukum progresif, namun juga segera menyediakan pelaku-pelaku yang bermental progresif, sehingga berani berpikir dan bertindak *beyond the call of duty*.⁷²

Hukum progresif menawarkan bentuk pemikiran yang tidak submisif terhadap sistem hukum yang ada, tetapi lebih pada afirmatif untuk berani melakukan pembebasan dan terobosan-terobosan dari praktik konvensional. Dalam konteks tersebut hukum progresif mengajukan maksim “hukum adalah untuk manusia/rakyat, dan bukan sebaliknya” yang bisa diperluas menjadi “asas dan doktrin untuk rakyat”. Dengan paradigma tersebut, apabila rakyat menghadapi atau didera oleh suatu persoalan, maka bukan rakyatnya yang disalahkan, melainkan

⁷¹ Satjpto Rahardjo, 2009. *op.cit.* h. 91.

⁷² *Ibid.* h. 99.

harus berbuat sesuatu terhadap hukum yang ada, termasuk kembali meninjau asas, doktrin, substansi, serta prosedur yang berlaku.⁷³

Sekalipun ide hukum progresif belum bisa dipandang sebagai teori yang final (sesuai dengan hakikatnya sebagai *law in the making* atau *on going process*), namun dari sekian banyak tulisan dan kajian hukum progresif dapat ditarik pokok-pokok gagasan. Pertama paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia yang mengandung makna bahwa manusia merupakan sentral dalam cara berhukum. Kedua, prinsip-prinsip hukum progresif adalah tidak ingin mempertahankan *status quo* dalam berhukum; mengutamakan faktor dan peran manusia di atas hukum; membaca peraturan adalah membaca maknanya bukan teksnya; membebaskan dari kelaziman yang keliru dan menghambat pencapaian hukum; mengutamakan modal empati, rasa perasaan, dedikasi, kesungguhan, kejujuran, dan keberanian; hukum bukan mesin, namun lebih merupakan jerih payah manusia yang bernurani. Dengan demikian hukum progresif merubah cara berhukum dari sekedar menerapkan hukum positif secara tekstual menjadi cara berhukum dengan mendayagunakan hukum dengan tujuan, misi, dan dimensi spiritual.⁷⁴

⁷³ *Ibid.*, h. 142.

⁷⁴ Muhammad Akbar, *op.cit.*, h. 92.

1. Karakter Hukum Progresif

Kehadiran hukum progresif yang bertolak dari asumsi dasar hukum adalah untuk manusia dan selalu dalam proses untuk menjadi, sehingga melibatkan teori hukum lain. Pelibatan teori hukum lain sekaligus menjelaskan tentang kedudukan hukum progresif di tengah-tengah teori hukum yang lain tersebut. Secara umum, karakter hukum progresif dapat diidentifikasi sebagai berikut.⁷⁵

- a. Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optik hukum menuju ke perilaku.
- b. Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, meminjan istilahnya Nonet & Selznick bertipe responsif.
- c. Hukum progresif berbagi paham dengan *legal realism* karena hukum tidak dipandang dari kaca mata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum.
- d. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *sociological jurisprudence* dari Roscoe Pound yang mengkaji hukum tidak hanya terbatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum.

⁷⁵ Satjipto Rahardjo, 2009. *op.cit.* h. 8.

- e. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli terhadap hal-hal yang *meta judicial*.
- f. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *critical legal studies*, namun cakupannya lebih luas.

Teori-teori hukum yang mempunyai keterkaitan dengan hukum progresif tersebut secara singkat diuraikan sebagai berikut:

Pertama, teori hukum responsif (Nonet & Selznick) yang menghendaki agar hukum senantiasa peka terhadap perkembangan masyarakat, dengan karakter yang menonjolnya yaitu menawarkan lebih dari sekadar *procedural justice*, berorientasi pada keadilan, memperhatikan kepentingan publik, dan lebih daripada itu mengedepankan pada *substancial justice*.⁷⁶

Kedua, teori hukum realis atau *legal realism* (Oliver Wendell Holmes) terkenal dengan kredonya bahwa *The life of the law has not been logic: It has been experience*. Dengan konsep bahwa hukum bukan lagi sebatas logika tetapi *experience*, maka hukum tidak dilihat dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dari nilai dan tujuan sosial yang ingin dicapai, serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum. Dalam *legal realism*, pemahaman terhadap hukum tidak hanya terbatas teks atau

⁷⁶ Philippe Nonet dan Philip Selznick. *Hukum Perponsif*, (terjemahan dari *Law and Society Intansition: Toward Responsive Law*) Cet. II. Nusa Media, Bandung: 2008. h. 73.

dokumen-dokumen hukum, tetapi melampaui teks atau dokumen-dokumen hukum tersebut.⁷⁷

Ketiga, *sociological jurisprudence* (Roscoe Pound) yang mengkaji hukum tidak hanya terbatas pada studi tentang peraturan tetapi juga melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum (terkenal dengan konsep *law as tool as of social engineering*).⁷⁸

Keempat, teori hukum alam⁷⁹ atau *natural law* yang memberikan penjelasan tentang hal-hal yang *meta-judicial*. Hukum alam memandang hukum tidak lepas dari nilai-nilai moral yang bersifat universal.

Kelima, studi hukum kritis atau *critical legal studies* (Roberto M. Unger), yang tidak puas terhadap hukum modern yang antara lain penuh dengan prosedur.⁸⁰

2. Hukum Progresif sebagai Aspek Peraturan dan Perilaku

Orientasi hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Peraturan akan melahirkan atau

⁷⁷ W. Friedmann, *Legal Theory*, edisi ke-3, Stevens & Sons Limited, London: 1953. h. 200.

⁷⁸ Achmad Ali, *op.cit.*, h. 159.

⁷⁹ Perkembangan tentang aliran hukum alam telah dimulai sejak 2.500 tahun yang lalu, yang bertolak pada pencarian cita-cita pada tingkatan yang lebih tinggi. Lihat Soekarno Aburaera, et al., *Filsafat Hukum*, Cet. I, Bayumedia Publishing, Malang: 2009. H. 125.

⁸⁰ Juanaidi, *Positivisasi Hukum Islam dalam Prespektif Pembangunan Hukum Nasional Indonesia di Era Reformasi* (Tesis), Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, Surakarta: 2009. h. 27.

membangun sistem hukum⁸¹ positif yang logis dan rasional. Sedangkan aspek perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah (akan) dibangun itu, karena asumsi yang dibangun di sini, bahwa hukum bisa dilihat dari perilaku sosial penegak hukum dan masyarakat.⁸²

Aspek perilaku manusia dengan faktor kemanusiaannya dalam berhukum tidak sekadar menurut kata-kata hitam putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to the every meaning*) dari undang-undang atau hukum. Manusia yang menjalankan hukum mempunyai greget kemanusiaan berupa *determination* (kebulatan tekad), *dare* (keberanian), *committmen* (tanggung jawab), *sincerely* (ketulusan), *empathy* (turut merasakan), *compassion* (rasa belas kasih), dan *education* (pendidikan) dalam membahagiakan manusia.⁸³

⁸¹ Sistem hukum adalah suatu susunan atau tatanan teratur dari aturan-aturan hidup, keseluruhannya terdiri dari bagian-bagian yang saling berkaitan satu sama lain. Misalnya: dalam hukum perdata sebagai sistem hukum positif, secara keseluruhannya di dalamnya terdiri dari bagian-bagian yang mengatur tentang hidup manusia sejak lahir sampai meninggal dunia. Dari bagian-bagian itu dapat dilihat kaitan aturannya sejak seseorang dilahirkan, hidup sebagai manusia yang memiliki hak dan kewajiban. Suatu waktu berkeinginan untuk melanjutkan keturunan dilaksanakan dengan membentuk keluarga, di dalam kehidupan sehari-hari manusia itu memiliki kekayaan yang dipelihara dan dipertahankan dengan baik dan pada saat meninggal dunia semuanya akan ditinggalkan untuk diteruskan lanjut bagi yang berhak. Dari bagian-bagian hukum perdata tersebut ada aturan-aturan hukumnya yang berkaitan secara teratur dan keseluruhannya merupakan peraturan hidup manusia dalam keperdataan (hubungan dengan manusia satu dengan lainnya demi hidup). Lihat: Abdoel Djamali R., *Pengantar Hukum Indonesia*, Cet. IX. Raja Grafindo Persada, Jakarta: 2003.

⁸² Satjipto Rahardjo, 200., *op.cit.* h. 6.

⁸³ Lihat: Satjipto Rahardjo dalam Faisal, *Menggagas Pembaruan Hukum Melalui Studi Hukum Kritis*, Jurnal Ultimatum, Edisi II, STIH IBLAM, Jakarta: 2008. h.9.

Satjipto Raharjo mengemukakan “berikan saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk sekalipun saya bisa membuat putusan yang baik. Mengutamakan perilaku manusia daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.⁸⁴

Mengutamakan faktor perilaku dan kemanusiaan di atas faktor peraturan, berarti melakukan pola pikir, sikap, dan perilaku dari ranah legalistik-positivistik ke ranah kemanusiaan secara utuh (holistik), yaitu manusia sebagai individu dan makhluk sosial. Dalam hal ini, maka setiap manusia mempunyai tanggung jawab untuk memberikan keadilan kepada siapapun. Demikian juga bila dikaitkan dengan pemenuhan hak keperdataan anak luar kawin yang berdasarkan beberapa data empirik belum terpenuhi dengan baik, maka peran paradigma hukum progresif yang mengutamakan cara berhukum yang membahagiakan manusia (dalam hal ini anak), akan mampu memberikan kontribusi alternatif terhadap perlindungan anak pada umumnya.

⁸⁴ Mahmud Kusuma, *Menyelami semangat Hukum Progresif: Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum Indonesia*, Cet. I. Antonylib-Indonesia, Yogyakarta: 2009, h. 32.

E. Hubungan Hukum dan Moral, Keadilan, Kebenaran, dan Kultur Hukum

1. Hukum dan Moral

Moral⁸⁵ berasal dari bahasa Latin (Yunani) yaitu *moralis* – *mos*, *moris* yang diartikan sebagai adat, istiadat, kebiasaan, cara, tingkah laku, dan kelakuan atau dapat pula diartikan *mores* yang merupakan gambaran adat istiadat, kelakuan, tabiat, watak, akhlak, dan cara hidup.

Pertanyaan-pertanyaan mendasar akan sering muncul khususnya menyoal apa hubungan hukum dan moral, bagaimana kedudukan etika dalam moral, dan lain sebagainya. Dalam metafisika Kant ditemukan perbedaan antara legalitas dan moral. Legalitas menurut Kant dipahami sebagai kesesuaian atau ketidaksesuaian semata-mata suatu tindakan dengan hukum atau norma lahiriah belaka. Kesesuaian atau ketidaksesuaian belumlah dianggap memiliki nilai-nilai moral, sebab nilai-nilai baru dapat ditemukan dalam moralitas. Moralitas dalam pandangan Kant selanjutnya dipahami sebagai kesesuaian sikap dan perbuatan dengan norma atau hukum batiniyah, yakni apa yang kita pandang sebagai kewajiban kita. Moralitas baru dapat diukur ketika seseorang mentaati

⁸⁵ Menurut Franz Magnis Suseno, kata moral selalu mengacu kepada baik-buruknya manusia sebagai manusia. Bidang moral adalah bidang kehidupan manusia dilihat dari segi kebaikannya sebagai manusia. Norma-norma moral adalah tolak ukur untuk menentukan salah betulnya sikap dan tindakan manusia dilihat dari segi baik buruknya dan bukan sebagai pelaku peran tertentu dan terbatas. Lihat: Astim Riyanto, *op.cit.*, h. 449.

hukum secara lahiriah karena kesadaran hukum bahwa hukum itu adalah kewajiban dan bukan lantaran takut pada kuasa sang pemberi hukum.⁸⁶

Moralitas sendiri dalam pandangan Kant dibedakan atas moralitas heteronom dan moralitas otonom. Moralitas heteronom diartikan sebagai sikap dimana kewajiban ditaati dan dilaksanakan bukan karena kewajiban itu sendiri, melainkan karena suatu yang berasal dari luar kehendak si pelaku. Dalam konteks ini, dapatlah dikatakan bahwa dependensi manusia terhadap manusia menunjukkan inkonsistensi moral yang dimiliki oleh seseorang tersebut. Moralitas otonom digambarkan sebagai kesadaran manusia akan kewajiban yang diatutinya sebagai suatu yang dikendakinya sendiri karena diyakini baik. Seseorang menerima atau mentaati hukum lahiriah bukan lantaran mau mencapai tujuan yang diinginkannya atau pun lantaran takut terhadap pemberi hukum, melainkan itu dijadikan kewajibannya sendiri karena nilainya yang baik.⁸⁷

Jika moral diartikan sesuatu yang menyangkut baik-buruknya manusia, maka moralitas adalah keseluruhan norma, nilai dan sikap moral seseorang atau suatu masyarakat. Jadi moralitas adalah kompleksitas moral dalam kehidupan manusia sebagai makhluk individu dan makhluk sosial.⁸⁸

⁸⁶ Sukarno Aburaera, *et al.*, *op.cit.*, 2009. h. 183.

⁸⁷ S.P. Lili Tjahjadi, *Hukum dan Moral: Ajaran Immanuel Kant tentang Etika dan Imperatif Kategoris*, BPK Gunung Mulia-Kanisius, Yogyakarta: 1991. h. 47.

⁸⁸ Frans Magnis Suseno *et al.*, *Etika Sosial: Buku Panduan Mahasiswa*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta: 1991. h. 9.

Ada suatu penjelasan tentang moral. Misalnya seseorang yang berprofesi sebagai guru, mungkin sangat baik dalam memberikan pelajarannya di depan kelas, karena ia benar-benar mempersiapkan materi yang akan diajarkannya, demikian pula sistematika dan metode penyampaiannya. Penilaian parsial yang diberikan pada guru tersebut belum dapat dikatakan sebagai penilaian secara utuh dari sudut moral. Guru itu baik dalam profesinya sebagai guru, tetapi belum tentu baik dalam statusnya yang lain (sebagai suami, bapak, tetangga, menantu, dan sebagainya). Penilaian moral menuntut penilaian manusia sebagai manusia secara keseluruhan. Perilaku yang baik sebagai manusia inilah yang dimaksud dengan nilai (moral). Persoalannya sekarang apa ukurannya sehingga dapat dikatakan bahwa seseorang itu baik sebagai manusia? Setiap manusia atau masyarakat memiliki nilai-nilainya tersendiri yang secara keseluruhan dapat dikatakan berwujud sebagai suatu sistem nilai. Sistem nilai yang dianut seseorang atau suatu masyarakat akan menuntut orang atau masyarakat itu dalam bersikap dan berperilaku. Dalam hal ini nilai tersebut tidak berhenti sebagai 'kualitas' semata, tetapi sudah mengalami konkretisasi menjadi norma atau kaidah. Jadi moral tidak hanya berwujud nilai, tetapi juga merupakan norma. Norma moral inilah yang menjadi ukuran untuk menilai (mengevaluasi) baik-buruknya seseorang (termasuk masyarakat) sebagai manusia.⁸⁹

⁸⁹ Sidharta, *Moralitas Profesi Hukum (Suatu Tawaran Kerangka Berpikir)*, Cet. I, Refika Aditama, Bandung. 2006. h. 43-44.

Dalam konteks hukum positif, aturan baik-buruk atau benar-salah dapat diikuti dengan menempatkannya pada ketentuan peraturan perundang-undangan. Contohnya seseorang kedapatan mencuri. Dalam aturan hukum positif, mencuri itu dapat diganjar dengan aturan perundang-undangan. Akan tetapi dapat pula diganjar dengan hukuman yang bersifat etis dalam ukuran moralitas perbuatan mencuri dianggap sebagai suatu perbuatan yang salah atau buruk. Jika argumentasi dasar seperti itu, jelas menggambarkan bagaimana hubungan hukum dan moral.

Menurut Kant, seseorang yang bertindak demi hukum moral berarti ia bertindak berdasarkan kewajiban-kewajiban sebagai pengejawantahan dari kehendak baik, dan kerenanya tindakan itu baik secara moral.⁹⁰ Gambaran yang dikemukakan oleh Kant yang dianggap baik secara moral adalah ketika ukuran moralitas disandarkan pada strata yang melekat pada dirinya. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa itulah aturan-aturan yang mereka pandang sebagai aturan moralitas mereka. Dengan kata lain, itulah yang dianggap sebagai hukum moral.⁹¹

2. Hukum dan Keadilan

Ketika manusia sepakat atas eksistensi keadilan, maka mau tidak mau keadilan harus mewarnai perilaku dan kehidupan manusia dalam

⁹⁰ S.P. Lili Tjahjadi, *op.cit.*, h.51.

⁹¹ Sukarno Aburaera, *et al.*, *op.cit.*, h. 193.

hubungannya dengan Tuhannya, dengan sesama individu, dengan masyarakat, dengan pemerintah, dengan alam, dan dengan makhluk hidup lainnya. Keadilan harus terwujud dalam setiap lini kehidupan, dan setiap produk manusia haruslah mengandung nilai-nilai keadilan, karena sejatinya perilaku dan produk yang tidak adil akan melahirkan ketidakseimbangan, ketidakserasian yang berakibat kerusakan, baik bagi diri manusia sendiri maupun alam semesta. Walaupun keadilan merupakan hal yang esensial bagi kehidupan manusia, kadang kala keadilan hanya menjadi bahan perdebatan tiada akhir; apa itu keadilan, bagaimana wujud keadilan, dimana itu keadilan, kapan seseorang memperoleh keadilan, dan masih banyak pertanyaan-pertanyaan yang rumit lainnya mengenai keadilan, sehingga keadilan muncul hanya sebagai wacana perdebatan, diskusi-diskusi kaum intelektual. Keadilan harus diwujudkan, agar mampu mewarnai supremasi hukum, menghilangkan imparsialitas hukum dan tetap pada entitas keadilan. Hukum mungkin telah mati jika roh hukum yaitu keadilan hanya telah menjadi sebuah angan-angan, dan dalam keadaan seperti itu hukum tidak lagi kondusif bagi pencari keadilan (*justifiableness*). Masyarakat sebagai konsumen hukum tidak dapat lagi menikmati cita rasa keadilan sehingga masyarakat hanya mendapatkan ketidakadilan.⁹²

Hukum dan keadilan sebenarnya adalah dua elemen yang saling bertautan yang merupakan '*conditio sine qua non*' bagi yang lainnya.

⁹² Sukarno Aburaera, *et al., op.cit.*, h. 201-202.

Supremasi hukum selama ini diidentikan dengan kepastian hukum sehingga mengultuskan undang-undang, menjadi titik awal timbulnya masalah penegakan hukum. Pemikiran ini sebenarnya tidak salah, namun bukan berarti absolut benar adanya. Undang-undang memang harus ditempatkan sebagai sesuatu yang harus dilaksanakan karena merupakan manifestasi konsensus sosial (walaupun dalam banyak hal undang-undang tidak lebih dari sebuah manipulasi hukum). Kita tidak boleh menutup mata dan telinga bahwa konsensus tersebut adalah sebuah momentum sesaat yang mampu mengikuti gerak keadilan yang terus bergerak mengikuti waktu dan ruang. Konsensus tersebut hanya bersifat sementara dan bukan permanen, sebab rasa keadilan akan bergerak cepat mengikuti sukseksi ritme dan ruang.⁹³

Hukum adalah manifestasi eksternal keadilan dan keadilan adalah internal otentik dan esensi roh wujud hukum. Oleh karena itu, supremasi hukum (*supremacy of law*) adalah supremasi keadilan (*supremacy of justice*) begitu juga sebaliknya, keduanya adalah hal yang komutatif. Hukum tidak dalam dimensi kemutlakan undang-undang, namun hukum berada dalam dimensi kemutlakan keadilan. Hukum tidak akan mampu bertahan apabila roh keadilan hilang.⁹⁴

Rasa keadilan terkadang hidup di luar undang-undang, sehingga undang-undang tersebut dirasakan tidak adil. Gustav Radbruch

⁹³ *Ibid.* h. 203

⁹⁴ *Ibid.*

mengingatkan bahwa dalam produk perundang-undangan (*gezets*) kadang kala terdapat *gezetsliches unrecht*, yakni ketidakadilan di dalam undang-undang, sementara tidak sedikit ditemukan *ubergezetsliches recht*, yakni keadilan di luar undang-undang.⁹⁵

Hukum adalah institusi atau instrumen yang dibutuhkan dan keberadaannya melekat pada setiap kehidupan sosial atau masyarakat. Hukum diperlukan untuk mewujudkan dan menjaga tatanan kehidupan bersama yang harmonis. Tanpa adanya aturan hukum, kehidupan masyarakat akan tercerai-berai dan tidak dapat lagi disebut sebagai satu kesatuan sosial. Oleh karena itu, terdapat adagium di mana ada masyarakat di situ ada hukum. Kehidupan sosial yang harmonis dapat tercapai mana kala keadilan terpelihara dan dapat ditegakkan. Keadilan dalam hal ini meliputi perlindungan terhadap hak individu anggota masyarakat dan hak kolektif masyarakat, memberikan sesuatu kepada yang berhak, serta memperlakukan sama terhadap sesuatu yang sama dan memperlakukan berbeda terhadap sesuatu yang berbeda.⁹⁶

Terdapat berbagai pemikiran dan konsep tentang keadilan. Pemahaman terhadap keadilan tentu harus didasarkan pada pemahaman dan perasaan keadilan di mana masyarakat itu bermukim. Dalam konteks Indonesia, keadilan yang dimaksud adalah keadilan sosial, yaitu keadilan

⁹⁵ Pandangan Gustav Radbruch tersebut terdapat dalam salah satu artikelnya yang berjudul *Gezetsliches Unrecht und Ubergezetsches Recht*, dimuat dalam *Suddeutsche Juristen Zeitung*, penerbitan Agustus 1946, Nomor 5. Lihat: Laica Marzsuki, *op.cit.* 1995. h. 95.

⁹⁶ Janedjri M. Gaffar, dalam Muhammad Akbar, *op.cit.* h. 68.

sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan merupakan tujuan hukum yang utama karena dengan keadilan tatanan kehidupan masyarakat dapat terpelihara. Untuk menciptakan tertib kehidupan bermasyarakat, keadilan harus ditegakan. Setiap pelanggaran akan mendapat sanksinya sesuai dengan tingkat pelanggarannya. Sanksi terdiri atas berbagai macam bentuk yang bertujuan memberikan keadilan, tidak hanya bagi korban, tetapi juga sebagai tata nilai yang merekatkan tatanan hidup bermasyarakat.

3. Hukum dan Kebenaran

Membahas pengertian kebenaran akan mengantar pada kajian kebenaran sebagai sesuatu yang mutlak dan relatif sifatnya. Untuk mengatakan sesuatu itu benar bergantung pada sudut mana orang melihatnya. Pada setiap jenis pengetahuan tidak sama kriteria kebenarannya karena sifat dan watak pengetahuan itu berbeda. Pengetahuan alam tentang metafisika tentu tidak sama dengan pengetahuan tentang alam fisik. Alam fisik pun memiliki perbedaan ukuran kebenaran bagi setiap jenis dan bidang pengetahuan.⁹⁷

Untuk memahami lebih lanjut mengenai hakikat dari kebenaran, maka dapat diuraikan dalam beberapa teori kebenaran berikut ini:

⁹⁷ Amsar Bakhtiar, *Filsafat Ilmu*, Raja Grafindo Persada, Jakarta: 2004. h. 111.

a. Teori Kebenaran Koherensi atau Konsistensi

Aristoteles menyatakan bahwa segala sesuatu yang diketahui adalah segala sesuatu yang dapat dikembalikan pada kenyataan yang dikenal oleh subjek. Teori ini berpandangan bahwa suatu proposisi bernilai benar apabila saling bersesuaian dengan dunia kenyataan. Kebenaran demikian dapat dibuktikan secara langsung pada dunia kenyataan.⁹⁸ Contoh yang kemukakan oleh Surojiwo,⁹⁹ pengetahuan air akan menguap jika dipanasi seratus derajat Celcius. Pengetahuan itu dinyatakan benar kalau kemudian dicoba memanasi air dan diukur sampai seratus derajat celcius, apakah air akan menguap. Jika terbukti tidak menguap, maka pengetahuan itu dinyatakan salah, dan jika terbukti menguap, maka pengetahuan itu dinyatakan benar.

Teori kebenaran koherensi adalah teori kebenaran yang didasarkan pada kriteria koheren atau konsistensi. Suatu pernyataan disebut benar bila sesuai dengan pernyataan-pernyataan yang telah diketahui dan diakui kebenarannya terlebih dahulu. Suatu proposisi itu cenderung untuk benar jika jika proposisi itu *coherent* (saling berhubungan) dengan proposisi-proposisi yang lain yang benar atau arti yang dikandung oleh proposisi *coherent* dengan pengalaman kita. Jadi menurut teori ini, putusan yang satu dengan yang lainnya saling

⁹⁸ Abbas Hamami, *Kebenaran Ilmiah dalam Filsafat Ilmu*, Liberty, Yogyakarta: 1996. h. 116.

⁹⁹ Surojiwo, *Filsafat Ilmu dan Perkembangannya di Indonesia*, Bumi Aksara, Jakarta: 2004. h. 105.

berhubungan dan saling menerangkan satu sama lain. Karenanya lahirlah rumusan *truth is a systematic coherence* (kebenaran adalah saling berhubungan sistematis), *truth is consistency* (kebenaran adalah konsisten dan kecocokan).¹⁰⁰

b. Teori Kebenaran Korespondensi

Menurut teori ini kebenaran atau keadaan benar itu berupa kesesuaian (*correspondence*) antara arti yang dimaksud oleh suatu pernyataan dengan apa yang sungguh-sungguh terjadi merupakan kenyataan atau fakta.

Teori korespondensi ini umumnya dianut oleh kaum realisme. K. Roders, seorang penganut Realism kritis Amerika berpendapat bahwa keadaan benar itu terletak dalam esensi kesesuaian antara “ esensi atau arti yang kita berikan dengan esensi yang terdapat di dalam objeknya.”¹⁰¹

Suatu proposisi atau pengertian adalah benar apabila terdapat suatu fakta yang diselarasannya, yaitu apabila menyertakan apa adanya. Dalam pengertian ini kebenaran adalah kesesuaian dengan fakta, berselaras dengan realitas, yang serasi (korespondensi) dengan situasi aktual. Dengan demikian kebenaran dapat didefinisikan sebagai kesetiaan pada realitas objektif yaitu suatu pernyataan yang sesuai dengan fakta

¹⁰⁰ Jujun S. Suriasumantri, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer*, Sinar Harapan, Jakarta: 2007. h. 56.

¹⁰¹ Endang Saifuddin, *Ilmu, Filsafat, dan Agama*, Bina Ilmu, Jakarta: 2007. h. 32.

atau sesuatu yang selaras dengan situasi. Kebenaran adalah persesuaian (*agreement*) antara pernyataan (*statement*) mengenai fakta dengan fakta aktual, atau antara putusan (*judgment*) dengan situasi seputar (*environmental situation*) yang diberi interpretasi.¹⁰²

Dari pandangan-pandangan yang dikemukakan di atas, dapat dikatakan bahwa kebenaran korespondensi sangat bergantung apakah suatu proposisi memiliki nilai kebenaran serta mempunyai hubungan dengan proposisi-proposisi lain yang sebelumnya telah diakui kebenarannya. Dalam hal ini pembuktiannya dapat dilakukan melalui fakta sejarah apabila merupakan proposisi sejarah atau memakai logika jika merupakan pernyataan logis. Contoh: kita mempunyai pengetahuan runtuhnya Kerajaan Majapahit tahun 1478. Dalam hal ini kita tidak dapat membuktikan secara langsung dari isi pengetahuan itu, melainkan hanya dapat membuktikan melalui hubungan proposisi terdahulu, baik dalam buku-buku sejarah atau peninggalan sejarah yang mengungkapkan kejadian itu.¹⁰³

c. Teori Kebenaran Pragmatis

Dasar pertimbangan teori ini yakni dapat dipergunakan atau bermanfaat, bersifat fungsional dalam kehidupan manusia. Benar tidaknya suatu dalil atau teori bergantung pada faedah atau tidaknya dalil

¹⁰² Amsal Bakhtiar, *op.cit.* h. 113.

¹⁰³ Sukarno Aburaera, *et al.*, *op.cit.* h. 273.

atau teori tersebut bagi manusia untuk kehidupan praktisnya. Menurut Kattsoff, teori kebenaran praktis ini dasarnya diletakan oleh penganut pragmatis yang meletakkan ukuran kebenaran dalam suatu macam konsekuensi atau proposisi itu dapat membantu untuk mengadakan penyesuaian yang memuaskan terhadap pengalaman. Kebenaran itu bergantung pada apakah hasil dari suatu perbuatan dapat memuaskan atau tidak. Dengan demikian ukuran benar bagi sesuatu yang memuaskan atau tidak memuaskan, tentu kembali pada masing-masing orang atau relatif. Proposisi dikatakan benar sepanjang proposisi itu berlaku atau memuaskan. Apa yang diartikan benar adalah yang berguna (*useful*) dan apa yang diartikan salah adalah yang tidak berguna (*useless*). Bagi para pragmatisme, batu ujian kebenaran adalah dapat dikerjakan (*workability*) dan akibat atau pengaruhnya yang memuaskan (*satisfactory consequences*). Teori ini tidak mengakui adanya kebenaran yang tetap atau muklak.¹⁰⁴

4. Hukum dan Kultur Hukum

Hukum lahir karena adanya tuntutan-tuntutan instrumental terhadap pemerintah. Bagaimanapun hukum tidak mungkin dipisahkan dari keberadaan suatu pemerintah, seperti yang pernah dikatakan oleh Donald Black bahwa hukum adalah pengendalian sosial oleh pemerintah (dalam arti luas yang mencakupi kekuasaan legislatif, eksekutif dan

¹⁰⁴ *Ibid.* h. 275.

yudikatif), tetapi suatu aturan barulah dapat dikatakan aturan hukum jika berlakunya memperoleh legitimasi oleh pemerintah. Gagasan-gagasan tentang tentang bagaimana cara yang pantas dan sah untuk mendekati sistem hukum, mau tidak mau memengaruhi bentuk-bentuk dan teknik-teknik dibentuknya banyak tuntutan tersebut. Salah satu gagasan terpenting yang sangat berpengaruh dalam pembentukan hukum dan bekerjanya hukum, sangat dipengartuhi sikap-sikap dan perilaku tentang hukum, tak lain adalah gagasan tentang keadilan.¹⁰⁵

Jika setiap masyarakat sudah menyakini bahwa masyarakat seharusnya adil dan bahwa keadilan harus dilakukan meskipun 'besok langit akan runtuh', serta berkeyakinan bahwa suatu pemerintahan yang berdasarkan hukum lebih baik ketimbang pemerintahan yang hanya berdasarkan kekuasaan orang per orang, maka kekuatan kesadaran dan opini-opini mereka dapat membelokan perilaku sistem hukum mereka kearah yang ideal. Kekuatan kesadaran dan kekuatan opini-opini dari seluruh warga masyarakat itu oleh Lawrence M. Friedman lazimnya disebut sebagai *legal culture* atau *social forces*. Lawrence M. Friedman, memasukan kultur hukum sebagai salah satu unsur dari sistem hukum. Sebelumnya, pandangan kaum Positivis-legalistik hanya menganggap

¹⁰⁵ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) termasuk Interpretasi Undang-undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta: 2009, h. 223.

hukum positif sebagai satu-satunya hukum dan satu-satunya unsur dari setiap sistem hukum.¹⁰⁶

Dalam pandangan Friedman, selain struktur dan substansi, maka terdapat unsur yang ketiga dan vital dari sistem hukum. Unsur itu adalah 'tuntutan' atau 'kebutuhan'. Satu unsur tersebut adalah diistilahkan sebagai kultur hukum. Istilah kultur hukum ini diartikan sebagai ide-ide, sikap-sikap, kepercayaan-kepercayaan, harapan-harapan, dan opini-opini tentang hukum.¹⁰⁷

Menurut Fiedman bahwa *the term legal culture has been loosely used to describe a number of related phenomena. Fiirst, it refers to public knowledge of and attitudes and behavior patterns toward the legal system* (istilah kultur hukum telah digunakan secara longgar untuk menggambarkan sejumlah fenomena terkait. Pertama, istilah ini mengacu ke pengetahuan masyarakat dan sikap-sikap serta pola-pola perilaku masyarakat terhadap sistem hukum).¹⁰⁸

Selanjutnya Friedman mengemukakan: *We define legal culture to mean attitudes, values, and opinions held in society, with regard to law, the legal system, and its various parts. So defined, it is the legal culture which determines when, why, and where people use law, legal institutions,*

¹⁰⁶ *Ibid.*, h. 225.

¹⁰⁷ Struktur hukum adalah keseluruhan institusi hukum beserta aparatnya, jadi termasuk di dalamnya kepolisian dengan polisinya, Kejaksaan dengan jaksanya, pengadilan dengan hakimnya, dan seterusnya. Substansi hukum adalah keseluruhan aturan hukum (termasuk asas hukum dan norma hukum), baik yang tertulis maupun tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. *Ibid.*, h. 226.

¹⁰⁸ *Ibid.*, h. 227.

or legal process; and when they use other institutions, or do nothing. In the other words, cultural factors are an essential ingredient in turning a static structure and static collection of norms into a body of living law. Adding the legal culture to the picture is like winding up a clock or plugging in a machine. It sets everything in motion (kita mendefinisikan kultur hukum sebagai sikap-sikap, nilai-nilai dan pendapat-pendapat yang dianut di masyarakat tentang hukum, sistem hukum dan beragam bagiannya. Dengan didefinisikan seperti itu, kultur hukum itulah yang menentukan kapan, mengapa, dan di mana orang-orang menggunakan hukum, institusi hukum atau proses hukum; dan kapan mereka menggunakan institusi-institusi lainnya, atau tidak melakukan apapun. Dengan kata lain, faktor-faktor kultural merupakan suatu unsur esensial dalam mengubah suatu struktur statis dan suatu kumpulan-kumpulan norma statis menjadi suatu kumpulan hukum yang hidup. menambahkan kultur hukum kepada gambaran ini adalah seperti memutar sebuah jam atau menghidupkan sebuah mesin. Kultur hukum itu menggerakkan segala sesuatu).¹⁰⁹

F. Perlindungan Hukum Anak

1. Konsep Perlindungan Hukum

Konsep perlindungan hukum sangat berhubungan dengan konsep negara hukum, karena perlindungan terhadap segala kepentingan

¹⁰⁹ *Ibid.*, h. 228.

masyarakat hanya dimungkinkan terlaksana secara efektif dalam suatu negara hukum. Dalam kehidupan bermasyarakat aturan hukum yang mengatur interaksi antar subjek hukum sangat penting. Penyelenggara negara menciptakan suatu aturan hukum sebagai suatu instrumen dalam rangka pengatur hak dan kewajiban agar subjek hukum dapat melaksanakan kewajiban dan mendapatkan haknya. Dalam konteks demikian hukum memberikan perlindungan kepada semua subjek hukum.

Sejalan dengan hal tersebut, Soedikno Mertokusumo menyatakan bahwa subjek hukum selaku pemikul hak-hak dan kewajiban-kewajiban (*de dragger van de rechten en plichten*), baik itu manusia (*natuurlijke persoon*), badan hukum (*rechts persoon*), maupun jabatan (*ambt*), dapat melakukan tindakan-tindakan hukum berdasarkan kemampuan (*bekwaamheid*) atau kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimilikinya. Dalam pergaulan di tengah-tengah masyarakat, banyak terjadi hubungan hukum yang muncul sebagai akibat adanya tindakan-tindakan hukum dari subjek hukum itu. Tindakan-tindakan ini merupakan awal lahirnya hubungan hukum (*rechtsbetrekking*), yakni interaksi antara subjek hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat-akibat hukum. Agar hubungan hukum antara subjek-subjek hukum itu berjalan secara harmonis, seimbang, dan adil dalam arti setiap subjek hukum mendapatkan apa yang menjadi haknya dan menjalankan kewajiban yang dibebankan padanya, maka hukum tampil sebagai aturan main dalam mengatur hubungan hukum tersebut, hukum diciptakan sebagai suatu

sarana atau instrumen untuk mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban subjek hukum.¹¹⁰

Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan hukum bagi subjek-subjek hukum, Soedikno Mertokusumo, berpendapat bahwa hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia, agar kepentingan manusia terlindung, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Pelanggaran hukum terjadi ketika subjek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak-hak subjek hukum lain. Subjek hukum yang dilanggar haknya harus mendapatkan perlindungan hukum.¹¹¹

Pandangan ini menekankan bahwa perlindungan kepentingan manusia hanya akan terwujud jika hukum ditegakkan secara konsekuen dan konsisten setiap saat dan kepada yang melanggarnya diberikan sanksi, serta mencegah kemungkinan pelanggaran baru yang mengancam kepentingan masyarakat. Dengan demikian, perlindungan hukum dapat diartikan sebagai segala tindakan dalam bentuk aturan hukum dan perbuatan hukum yang mengakui, menghormati, dan memenuhi, dan memajukan hak-hak setiap subjek hukum.

¹¹⁰ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum di Indonesia*, Rajawali, Jakarta: 1985. h. 140.

¹¹¹ *Ibid.*

Perlindungan hukum bagi rakyat merupakan konsep universal, dalam arti dianut dan diterapkan oleh setiap negara yang mengedepankan diri sebagai negara hukum, namun setiap negara mempunyai cara dan mekanisme sendiri tentang bagaimana mewujudkan perlindungan dan sejauhmana perlindungan hukum itu diberikan.¹¹²

Suatu kerugian yang diakibatkan tidak terlindunginya suatu hak dapat juga terjadi karena adanya perbuatan pemerintah. Paulus E. Lotulung menyatakan bahwa macam-macam perbuatan pemerintah yang memungkinkan lahirnya kerugian bagi masyarakat dan/atau bagi seseorang atau badan hukum perdata. Secara umum ada tiga macam perbuatan pemerintah yaitu perbuatan pemerintah dalam bidang pembuatan peraturan perundang-undangan (*regeling*), perbuatan pemerintah dalam penerbitan ketetapan (*beschickking*), dan perbuatan pemerintah dalam bidang keperdataan (*materiele daad*). Dua bidang pertama terjadi dalam bidang publik, sehingga tunduk dan diatur berdasarkan pada hukum publik, sedangkan yang terakhir khusus dalam bidang perdata, tunduk dan diatur berdasarkan hukum perdata.¹¹³

Menurut Philipus M. Hajon ada dua macam perlindungan hukum bagi rakyat yaitu perlindungan hukum preventif dan represif. Pada perlindungan hukum preventif, kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu

¹¹² Paulus E. Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993. h. 123.

¹¹³ *Ibid.*

keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Artinya perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sedangkan sebaliknya perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Perlindungan hukum preventif sangat signifikan bagi tindakan pemerintah yang didasarkan kepada kebebasan bertindak, karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi.¹¹⁴

2. Hakikat Perlindungan Anak

Perlindungan hukum dalam pemenuhan hak bagi warga merupakan suatu keharusan dan bagian integral dari hak asasi manusia (HAM) yang diatur dalam konstitusi maupun instrumen HAM internasional yang diratifikasi oleh pemerintah.

Pengaturan hukum terhadap hak asasi anak dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Konvensi Perserikatan Bangsa-bangsa tentang Hak Asasi Manusia pada prinsipnya merupakan pengakuan, penghormatan, dan perlindungan hukum terhadap tentang Hak-Hak Anak.

Pasal 28 B ayat (2) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 mengatur bahwa setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, serta berhak atas perlindungan dari kekerasan,

¹¹⁴ Philipus M. Hajon, *op. cit.*, h. 2.

diskriminasi. Selanjutnya sebagai manusia pada umumnya, maka anak juga merupakan bagian dari substansi pengaturan Pasal 28D ayat (1) bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum. Sedangkan dalam Konvensi Perserikatan Bangsa-bangsa tentang Hak Asasi Manusia tentang Hak-hak Anak meletakkan dasar prinsip-prinsip perlindungan anak yang meliputi: (a) non diskriminasi; (b) kepentingan yang terbaik bagi anak; (c) hak untuk hidup, hak untuk kelangsungan hidup, dan berkembang; dan (d) penghargaan terhadap pendapat anak.

Dalam rangka penyelenggaraan perlindungan anak, negara dan pemerintah bertanggung jawab menyediakan fasilitas dan aksesibilitas bagi anak, terutama dalam menjamin pertumbuhan dan perkembangan secara optimal dan terarah. Pertanggungjawaban orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan negara merupakan rangkaian kegiatan yang dilaksanakan secara terus-menerus, demi terlindunginya hak-hak anak secara fisik, mental, spiritual, maupun sosial. Tindakan tersebut bertujuan untuk dapat mewujudkan kehidupan yang terbaik bagi anak sebagai pribadi dan penerus bangsa yang potensial, tangguh, berakhlak mulia yang dijiwai nilai-nilai Pancasila, serta berkemauan keras menjaga kesatuan dan persatuan bangsa dan negara.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa hakikat perlindungan anak adalah terjaminan pengakuan, penghormatan, dan kepastian terhadap pemenuhan hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh,

berkembang secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaannya.

3. Landasan Hukum Perlindungan Anak

Instrumen hukum yang menjamin agar pemenuhan hak anak dapat terealisasi dengan baik sangat diperlukan. Hak-hak anak di Indonesia diakomodasi secara konstitusional dan dijabarkan lebih lanjut dalam peraturan perundang-undangan, bahkan yang berasal dari luar negeri dengan mengakui dan meratifikasi konvensi internasional yang terkait dengan hak-hak anak.

Dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang terkait dengan perlindungan hak-hak anak, antara lain terdapat dalam Pasal 28B ayat (2), Pasal 28C ayat (1), Pasal 28D ayat (2), Pasal 28I ayat (2), Pasal 31 ayat (1), dan Pasal 34 ayat (1).¹¹⁵ Di samping itu, terdapat dalam peraturan perundang-undangan lainnya, seperti:

¹¹⁵ Pasal 28B ayat (2): setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi; Pasal 28C ayat (1): setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia; Pasal 28D ayat (2) bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum; Pasal 28I ayat (2): Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapat perlindungan terhadap perlakuan diskriminatif itu; Pasal 31 ayat (1): setiap warga negara berhak mendapat pendidikan dan Pasal 34 ayat (1): fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara.

1. Kitab-Undang Undang Hukum Perdata;
2. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan;
3. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak;
4. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan;
5. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak;
6. Undang-Undang Nomor 4 tahun 1997 tentang Penyandang Cacat;
7. Undang-Undang Nomor 20 tahun 1999 tentang Pengesahan *ILO Convention No. 138 Concenering Minimum Age for Admission to Employment* (Konvensi ILO mengenai Usia Minimum untuk Diperbolehkan Bekerja);
8. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
9. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2000 tentang *Pengesahan ILO Convention No. 182 Concenering The Prohibition and Immediate Action for The Elimination of The worst Forms of Child Labour* (Konvensi ILO No. 182 mengenai Pelanggaran dan Tindakan Segera Penghapusan Bentuk-Bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak);

10. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak;

11. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional.

Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan.¹¹⁶ Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaannya, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.¹¹⁷

Upaya perlindungan anak perlu dilakukan sedini mungkin, yakni sejak dari janin dalam kandungan sampai anak berumur 18 (delapan belas) tahun. Titik tolak dari konsepsi perlindungan anak adalah utuh, menyeluruh, dan komprehensif, berasaskan Pancasila dan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 serta prinsip-prinsip dasar meliputi:¹¹⁸

- a. Non diskriminasi;
- b. Kepentingan yang terbaik bagi anak;
- c. Hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan;
- d. Penghargaan terhadap pendapat anak.

¹¹⁶ Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Perlindungan Anak.

¹¹⁷ Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Perlindungan Anak. Lihat juga Pasal 58 Undang-Undang HAM bahwa setiap anak berhak untuk mendapatkan perlindungan hukum dari segala bentuk kekerasan fisik dan mental, penelantaran, perlakuan buruk, dan pelecehan seksual selama dalam pengasuhan orang tua atau walinya, atau pihak lain maupun yang bertanggung jawab atas pengasuhan anak tersebut.

¹¹⁸ Pasal 2 Undang-Undang Perlindungan Anak.

Asas perlindungan anak ini sesuai dengan prinsip-prinsip pokok yang terkandung dalam Konvensi Hak-hak Anak. Asas kepentingan yang terbaik bagi anak adalah bahwa dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh pemerintah, masyarakat, badan legislatif dan yudikatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak menjadi pertimbangan utama. Asas hak untuk hidup, dan perkembangan adalah hak asasi yang paling mendasar bagi anak yang dilindungi oleh negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua. Asas penghargaan terhadap pendapat anak adalah penghormatan atas hak-hak anak untuk berpartisipasi dan menyatakan pendapatnya dalam pengambilan keputusan terutama jika menyangkut hal-hal yang mempengaruhi kehidupannya (Penjelasan Pasal 2 Undang-Undang Perlindungan Anak).

Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, menempatkan ketentuan tentang Hak anak pada bagian tersendiri, yaitu dalam Bagian Kesepuluh pada Bab III dari Pasal 52 sampai dengan Pasal 66. Beberapa ketentuan pasal tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Pasal 55 ayat (1) bahwa setiap anak berhak atas perlindungan dari orang tua, keluarga, masyarakat, dan negara;
- b. Pasal 53 ayat (2) bahwa setiap anak sejak kelahirannya, berhak atas suatu nama dan status kewarganegaraan;

- c. Pasal 56 Ayat (1) bahwa setiap anak berhak untuk mengetahui siapa orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri;
- d. Pasal 58 ayat (1) bahwa setiap anak berhak mendapat perlindungan hukum dari segala bentuk kekerasan fisik atau mental, penelantaran, perlakuan buruk, dan pelecehan seksual selama dalam pengasuhan orang tua atau walinya, atau pihak lain manapun yang bertanggungjawab atas pengasuhan anak tersebut;
- e. Pasal 60 ayat (1) bahwa setiap anak berhak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya sesuai dengan minat, bakat, dan tingkat kecerdasannya.

Selanjutnya untuk kepentingan terhadap perlindungan anak tersebut diatur juga secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Pada Konsideran Menimbang bagian huruf e ditetapkan bahwa untuk mewujudkan perlindungan dan kesejahteraan anak diperlukan dukungan kelembagaan dan peraturan perundang-undangan yang dapat menjamin pelaksanaannya. Sehubungan dengan itu di dalamnya memuat ketentuan-ketentuan, antara lain:

- a. Pasal 4 bahwa setiap anak berhak untuk hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan

- harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi;
- b. Pasal 5 bahwa setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas dan status kewarganegaraan;
 - c. Pasal 7 ayat (1) bahwa setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri;
 - d. Pasal 14 bahwa setiap anak berhak diasuh oleh orang tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir.

Di samping itu, dalam Undang-Undang Perlindungan Anak tersebut membebankan kewajiban dan tanggung jawab negara dan masyarakat, antara lain:

- a. Pasal 20 bahwa negara, pemerintah, masyarakat, keluarga, dan orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab terhadap penyelenggaraan perlindungan anak;
- b. Pasal 21 bahwa negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggung jawab menghormati dan menjamin hak asasi anak tanpa membedakan suku, agama, ras, golongan, jenis kelamin, etnik, budaya, dan bahasa, status hukum anak, urutan kelahiran anak, dan kondisi fisik dan/atau mental;

- c. Pasal 27 ayat (1) bahwa identitas dari setiap anak harus diberikan sejak kelahirannya; ayat (2) bahwa identitas sebagaimana ayat (1) dituangkan dalam akta kelahiran;
- d. Pasal 28 ayat (1) bahwa pembuatan akta kelahiran menjadi tanggung jawab pemerintah yang dalam pelaksanaannya diselenggarakan serendah-rendahnya pada tingkat kelurahan/desa; ayat (2) bahwa pembuatan akta kelahiran sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) tidak dikenai biaya.

Pada setiap negara pemahaman HAM cenderung bervariasi. Konsep HAM yang dianut oleh negara barat, seperti Amerika Serikat, pada dasarnya berdasarkan pada pemahaman yang liberal, karena merupakan reaksi dari sistem pemerintahan absolut. Deklarasi kemerdekaan Amerika Serikat sangat jelas menjunjung hak-hak individu (kemerdekaan dan kepemilikan). Paham ini berbeda dengan konsep HAM menurut paham negara sosialis yang menekankan makna HAM pada hak-hak kemasyarakatan. Konsep ini jelas mendahulukan kepentingan ekonomi atau kesejahteraan dibandingkan dengan nilai kebebasan.¹¹⁹

Sejalan dengan arus globalisasi yang melanda kawasan dunia, pola pemikiran HAM tidak lagi semata-mata berorientasi pada *liberal individualism* dan *socialism*, melainkan terarah kepada pemahaman yang

¹¹⁹ H.A. Mansyur Effendi, *Hak Asasi manusia dalam Hukum Nasional dan Internasional*, Ghalia Indonesia, Jakarta: 1994. h. 18.

sifatnya manusiawi (universal). Saafroedin Bahar¹²⁰ mengemukakan bahwa konsep modern ini sangat jelas tergambar dalam Deklarasi Universal HAM (DUHAM), instrumen hukum Internasional tentang HAM ini menjadi standar umum (*common standard*) bagi Masyarakat dan seluruh bangsa di dunia dalam penghormatan dan penghargaan HAM.

Konsep modern tentang HAM oleh Chandra Muzaffar dinamakan HAM holistik. Pendekatan holistik mencakup hak-hak ekonomi, sosial dan budaya, hak-hak individu dan kolektif, dan hak-hak dalam negara kebangsaan (nasional) dan hak-hak dalam sistem internasional, selain dari hak-hak sipil dan politik.¹²¹

Dalam HAM tercermin nilai-nilai yang bersifat universal sebagaimana yang dikemukakan oleh Soetandyo Wignjosoebroto, bahwa hak asasi manusia adalah hak moral yang melekat secara kodrat pada setiap makhluk yang bersosok manusia, demi terjaganya harkat dan martabat manusia itu sebagai makhluk ciptaan Allah.¹²²

Dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (HAM) dan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, masing-masing dalam Pasal 1 angka 1 merumuskan

¹²⁰ Saafroedin Bahar, *Hak Asasi Manusia Analisis Komnas HAM dan Jaringan Hankam/ABRI*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta: 1996. h. 6.

¹²¹ Chandra Muzaffar, *Hak Asasi Manusia dalam Tata Dunia Baru Menggugat Dominasi Global Barat*, terjemahan oleh Poerwanto, Mizan, Bandung: 1995. h. 25.

¹²² Soetandyo Wignjosoebroto dalam Johan Jasin, *Tanggung Jawab Pemerintah Daerah terhadap Perlindungan Hukum Hak Anak dalam Memperoleh Pendidikan*, Disertasi, Program Pascasarjana, Unhas, Makassar: 2010. h. 174.

bahwa Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugrah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Ketentuan di atas, pada hakikatnya sejalan dengan Deklarasi Universal HAM (DUHAM) Tahun 1948. Dalam deklarasi tersebut secara tegas tercantum pengertian dan pembagian HAM, bahwa hak asasi manusia adalah hak dasar yang melekat pada diri manusia secara kodrati, universal dan abadi sebagai anugrah Tuhan Yang Maha Esa, meliputi hak untuk hidup berkeluarga, hak untuk mengembangkan diri, hak keadilan, hak kemerdekaan, hak berkomunikasi, hak keamanan, hak kesejahteraan. Oleh karena itu, tidak boleh diabaikan dan dirampas oleh oleh siapapun. Selanjutnya, manusia juga mempunyai hak dan tanggung jawab yang timbul sebagai akibat perkembangan kehidupan dalam masyarakat.¹²³

Rumusan HAM dalam DUHAM mengandung penghargaan dan pengakuan bahwa HAM tidak hanya terbatas pada hak-hak sipil dan politik saja, melainkan juga hak-hak sosial, ekonomi, dan yuridis, sehingga setiap orang dituntut untuk menghormati hak-hak tersebut.¹²⁴

¹²³ Darwan Prinst, *Sosialisasi dan Desiminasi Penegakan Hak Asasi Manusia*, Citra Aditya Bakti, Bandung: 2001. h. 182.

¹²⁴ Eko Prasetyo, *HAM Kejahatan Negara dan Imperialisme Modal*, Insist Press, Yogyakarta: 2001. h. iv.

Selain pengklasifikasian HAM berdasarkan perbedaan sudut pandang *liberal individualism* dan *sosialism*, dijumpai juga pengelompokan HAM, yaitu hak-hak dasar minimal (*non-derogable human rights*) dan hak dasar yang tidak boleh dilanggar. Kedua jenis hak ini meliputi antara lain, hak dasar minimal terdiri atas hak untuk tidak ditahan sewenang-wenang (*arbitrary arrest*); hak akan peradilan yang bebas dan tidak memihak (*fair and impartial trial*); hak akan bantuan hukum (*legal assistance*); hak akan praduga tak bersalah (*presumption of innocence*). Sedangkan hak dasar yang tidak boleh dilanggar mencakup antara lain, hak atas kehidupan, kebebasan dari penganiayaan, dan dari perlakuan atau hukuman yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat, kebebasan dari perbudakan dan kerja paksa, kebebasan dari penjara karena hutang, kebebasan berpikir, berhati nurani, dan beragama.¹²⁵

¹²⁵ Jawakhir Thontowi, *Hukum Internasional di Indonesia (Dinamika dan Implementasinya dalam Beberapa Kasus Kemanusiaan)*, Madyan Press, Yogyakarta: 2002. h. 27. Sebagai perbandingan, Muladi, I Gede Arya B. Wiranata (editor), *Hak Asasi Manusia Hakikat, Konsep, dan Implikasinya dalam Prespektif Hukum dan Masyarakat*, Aditama, Jakarta: 2005. h. 229., pada dasarnya terdapat dua hak dasar manusia yaitu: pertama, hak manusia (*human rights*) yaitu hak yang melekat pada manusia dan secara asasi ada sejak manusia itu dilahirkan. Ia berkaitan dengan eksistensi hidup manusia bersifat tetap dan utama, tidak dapat dicabut, tidak tergantung dengan ada atau tidak adanya orang lain di sekitar. Dalam skala yang lebih luas hak asasi menjadi asas undang-undang. Wujud hak ini antara lain: kebebasan batin, kebebasan beragama, kebebasan hidup pribadi, atas nama baik, melakukan pernikahan, kebebasan untuk berkumpul dan mengeluarkan pendapat, dan emansipasi wanita. Kedua, hak yang diberikan undang-undang (*legal rights*) kepada manusia, sehingga sifat pengaturannya harus jelas tertuang dalam sejumlah peraturan perundang-undangan dan sewaktu-waktu dapat dicabut. Hal ini meliputi antara lain: hak seseorang untuk menjadi PNS atau ABRI, hak memilih dan dipilih dalam pemilu, hak memperoleh pensiun dan jaminan memperoleh pendidikan yang layak, hak memperoleh upah yang layak dalam hubungan kerja.

Menurut Muladi secara konseptual pengklasifikasian HAM dalam situasi HAM di Indonesia dapat dibagi kedalam empat pandangan, yaitu meliputi:

- a. Pandangan universal absolut, melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana yang dirumuskan dalam *The Universal Declaration of Human Rights* (UDHR). Mereka yang berpandangan seperti ini menolak perbedaan tradisi, budaya, dan agama dalam memberlakukan HAM internasional;
- b. Pandangan universal relatif, berpendapat bahwa HAM tetap universal akan tetapi mengakui adanya pengecualian-pengecualian tertentu sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Pasal 29 Piagam HAM Dunia;
- c. Pandangan partikularistik absolut, melihat HAM sebagai persoalan masing-masing bangsa tanpa memberikan alasan yang kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap dokumen-dokumen internasional;
- d. Pandangan partikularistik relatif, mereka memandang HAM selain masalah yang universal juga merupakan masalah masing-masing negara.¹²⁶

Dalam tataran Internasional permasalahan anak dimasukkan dalam kegiatan UNICEF (*United Nations For Children Education Fund*), dan dikelompokan sebagai kelompok rentan. Menurut Penjelasan Pasal 5

¹²⁶ *Ibid.* h. 10-11.

ayat (3) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, yang termasuk kelompok rentan adalah lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita hamil, dan penyandang cacat.¹²⁷

Instrumen internasional yang memberikan perhatian yang sangat besar terhadap persoalan hak anak adalah Konvensi Hak Anak (*Convention on The Rights of The Child*) yang ditetapkan PBB pada Tanggal 20 November 1989. Konvensi Hak Anak tersebut merumuskan bahwa hak-hak anak melekat pada diri anak dan merupakan hak asasi manusia yang menjamin hak anak. Menurut konvensi ini yang dimaksud dengan anak adalah semua manusia yang berusia 18 (delapan belas) tahun ke bawah (Pasal 1). Konvensi ini juga menentukan bahwa pihak-pihak yang dianggap mempunyai keterkaitan dalam penyediaan hak anak, untuk tidak mengenyampingkan ketentuan yang berada dalam konvensi ini, sehingga negara dianggap tidak boleh melepaskan diri dari tanggung jawab terhadap masalah penyediaan hak pada anak tersebut. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 19, bahwa: *states parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of paren(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of child* (negara-negara peserta akan mengambil langkah-langkah legislatif, administratif, sosial dan pendidikan

¹²⁷ Muladi, *Hak Asasi Manusia Hakikat, Konsep, dan Implikasinya dalam Prespektif Hukum dan Masyarakat*, Aditama, Jakarta: 2005. h. 232.

yang layak guna melindungi anak dari semua bentuk kekerasan fisik atau mental, cedera atau penyalahgunaan, pengabaian atau tindakan penelantaran, perlakuan yang salah atau eksploitasi, termasuk penyalahgunaan seksual, sementara mereka berada dalam pengasuhan orang tua, wali yang sah atau setiap orang lain yang merawat anak).

G. Anak Luar Kawin dalam Hukum Keluarga

Istilah hukum keluarga berasal dari terjemahan *familie recht* (bahasa Belanda) atau *law of familie* (bahasa Inggris). Menurut Ali Afandi¹²⁸ bahwa hukum keluarga diartikan sebagai keseluruhan ketentuan mengenai hubungan hukum yang bersangkutan dengan keluarga sedarah, dan kekeluargaan karena perkawinan (perkawinan, kekuasaan orang tua, perwalian, pengampuan, keadaan tak hadir).

Adapun menurut Salim H.S.¹²⁹ bahwa hukum keluarga merupakan kaidah-kaidah hukum (baik tertulis maupun tidak tertulis) yang mengatur hubungan hukum mengenai perkawinan, perceraian, harta benda dalam perkawinan, kekuasaan orang tua, pengampuan, dan perwalian.

¹²⁸ Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian Menurut KUH Perdata*, Bina Aksara, Jakarta: 1986. h. 93.

¹²⁹ Salim H.S., *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Sinar Grafika, Jakarta: 2001. h. 56.

Tahir Mahmud¹³⁰ bahwa hukum keluarga sebagai prinsip-prinsip hukum yang diterapkan berdasarkan ketaatan beragama dengan hal-hal yang secara umum diyakini memiliki aspek religius menyangkut peraturan keluarga, perkawinan, perceraian, hubungan dalam keluarga, kewajiban dalam rumah tangga, warisan, pemberian mas kawin, perwalian, dan lain-lain.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hukum keluarga merupakan keseluruhan kaidah hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur hubungan hukum yang berkaitan hubungan keluarga sedarah, dan keluarga karena perkawinan mengenai perkawinan dan segala akibat hukumnya, kedudukan anak, kekuasaan orang tua, perwalian, dan pewarisan.

Membahas mengenai hubungan anak dengan orang tuanya merupakan hubungan alamiah yang terjadi dengan sendirinya, karena antara anak dengan orang tua yang telah membenihkannya terjalin pertautan darah yang menimbulkan hubungan batin antara keduanya. Namun berbeda halnya menurut pandangan hukum, karena tidak terjadi begitu saja hubungan hukum antara anak dengan kedua orang tuanya tanpa didahului adanya perbuatan hukum yang disebut dengan perkawinan, pengakuan, atau pengesahan yang ditentukan oleh undang-undang. Jika seorang laki-laki melakukan perkawinan dengan seorang wanita dan lahir seorang anak, maka secara hukum wanita yang

¹³⁰ *Ibid.*, 55.

melahirkan tersebut adalah ibu bagi si anak dan laki-laki yang membenihkannya adalah ayah dari anak tersebut. Namun jika seorang laki-laki dan seorang perempuan yang tidak pernah terjalin perkawinan di antara mereka atau perkawinan yang dilakukan tidak sesuai dengan undang-undang dan lahirlah seorang anak, maka anak tersebut disebut sebagai anak luar kawin.¹³¹

1. Lembaga Perkawinan

Sebelum membahas lebih lanjut mengenai kedudukan anak luar kawin, maka tidak terlepas dari kajian tentang lembaga perkawinan, karena perkawinan merupakan institusi yang sangat penting dalam masyarakat. Eksistensi institusi ini adalah melegalkan hubungan hukum antara seorang laki-laki dan seorang wanita.¹³² Oleh sebab itu, beberapa ahli memandang dan memberikan arti yang sangat penting terhadap institusi perkawinan. Asser, Scholten, Pitlo, Melis, dan Wiarda,¹³³ memberikan definisi bahwa perkawinan ialah suatu persekutuan antara seorang pria dan seorang wanita yang diakui oleh negara untuk bersama/bersekutu yang kekal. Soetojo Prawirohamidjoyo¹³⁴ menyatakan bahwa perkawinan merupakan persekutuan hidup antara seorang pria dan wanita yang dikukuhkan secara formal dengan undang-undang (yuridis)

¹³¹ D.Y. Witanto, *op. cit.*, h. 18.

¹³² Salim H.S., *op. cit.*, h. 61.

¹³³ Soetojo Prawirohamidjojo, dan Marthalena Pohan, *Hukum Orang dan Keluarga*, Airlangga University Press, Surabaya: 2000. h. 18.

¹³⁴ *Ibid.*

dan kebanyakan religius. Pendapat lain disampaikan oleh Subekti¹³⁵ bahwa perkawinan adalah pertalian yang sah antara seorang lelaki dan seorang perempuan untuk waktu yang lama.

Dalam Hukum Perdata Barat (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata/*Burgelijk Wetboek/BW*) tidak ditemukan definisi dari perkawinan, namun dalam ketentuan Pasal 26 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) diatur bahwa undang-undang memandang perkawinan hanya dalam hubungan-hubungan keperdataan saja. Hal ini berimplikasi bahwa suatu perkawinan hanya sah apabila memenuhi persyaratan yang ditetapkan oleh Undang-Undang, sementara itu persyaratan serta peraturan agama dikesampingkan.

Menurut Vollmar maksud ketentuan Pasal 26 KUH Perdata tersebut bahwa undang-undang hanya mengenal perkawinan dalam arti perdata yaitu perkawinan yang dilangsungkan di hadapan seorang pegawai catatan sipil,¹³⁶ sedangkan menurut Soetodjo Prawirohamidjoyo, bertitik tolak dari ketentuan Pasal 26 KUH Perdata bahwa undang-undang tidak memandang penting adanya unsur-unsur keagamaan selama tidak diatur dalam hubungan hukum perdata.¹³⁷

Ketentuan tentang perkawinan menurut Hukum Perdata Barat sangat berbeda dengan hukum Islam. Perkawinan yang dalam istilah

¹³⁵ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta: 2000. h. 23.

¹³⁶ Salim H.S., *op.cit.*, h. 61.

¹³⁷ Soetodjo Prawirohamidjojo, *Pluralisme dan Perundang-undangan Perkawinan di Indonesia*, Airlangga University Press, Surabaya: 2002, h. 35.

hukum Islam disebut nikah, ialah melakukan suatu akad atau perjanjian untuk mengikatkan diri antara seorang laki-laki dan seorang wanita untuk menghalalkan hubungan kelamin antara kedua belah pihak dengan dasar sukarela dan keridhaan kedua belah pihak untuk mewujudkan kebahagiaan hidup berkeluarga yang diliputi rasa kasih sayang dan ketenteraman dengan cara-cara yang diridhai oleh Allah.¹³⁸

Selanjutnya pengertian perkawinan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut Undang-Undang Perkawinan), termaktub dalam Pasal 1 menentukan bahwa perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa.¹³⁹

Berdasarkan pengertian tersebut Abdulkadir Muhammad,¹⁴⁰ menyatakan bahwa ikatan lahir adalah hubungan formal yang dapat dilihat karena dibentuk menurut undang-undang, hubungan mana mengikat kedua pihak dan pihak lain dalam masyarakat. Ikatan batin adalah hubungan tidak formal yang dibentuk dengan kemauan bersama yang sungguh-sungguh mengikat kedua pihak saja.

¹³⁸ Ahmad Azhar Basyir dalam Ahmad Kuzari, *Nikah sebagai Perikatan*, Raja Grafindo, Jakarta: 1995. h. 8.

¹³⁹ Lihat juga dalam Kompilasi Hukum Islam, dalam Pasal 2 dan 3 disebutkan sebagai akad yang sangat kuat atau *mitsaaqon gholiidhan* untuk mentaati perintah Allah dengan melaksanakannya merupakan ibadah dengan tujuan mewujudkan kehidupan rumah tangga yang *sakinah, mawaddah, dan rahmah*.

¹⁴⁰ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung: 1993. h. 74.

Dalam ketentuan Pasal 1 tersebut, dapat juga diketahui tujuan dari suatu perkawinan, yaitu membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa. Membentuk keluarga artinya membentuk kesatuan masyarakat yang terkecil yang terdiri dari suami, isteri, dan anak-anak, sedangkan perkawinan yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, artinya perkawinan tidak terjadi bergitu saja menurut menurut kemauan pihak-pihak, melainkan sebagai karunia Tuhan kepada manusia sebagai makhluk yang beradab. Oleh karena itu perkawinan harus dilakukan secara keberadaban pula, sesuai dengan ajaran agama yang diturunkan Tuhan kepada Manusia.

Untuk melakukan perkawinan antara seorang pria dengan seorang wanita harus memenuhi persyaratan yang telah ditentukan Undang-Undang Perkawinan, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 6 sampai dengan Pasal 11 Undang-Undang Perkawinan:

Pasal 6 menentukan:

1. Perkawinan harus berdasarkan persetujuan kedua calon mempelai.
2. Untuk melangsungkan perkawinan seseorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun harus mendapat izin kedua orang tua.
3. Dalam hal salah seorang dari kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu

menyatakan kehendaknya, maka izin yang dimaksud ayat 2 pasal ini cukup diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau dari orang tua yang mampu menyatakan kehendaknya.

4. Dalam hal kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan 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 selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendak.
5. Dalam hal ada perbedaan pendapat antara orang-orang yang disebut ayat 2, 3, dan 4 pasal ini, atau salah seorang atau lebih di antara mereka tidak menyatakan pendapatnya, maka pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang akan melangsungkan perkawinan atas permintaan orang tersebut dapat memberikan izin setelah terlebih dahulu mendengar orang-orang tersebut dalam ayat 2, 3 dan 4 pasal ini.
6. Ketentuan tersebut ayat 1 sampai dengan ayat 5 pasal ini berlaku sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain.

Pasal 7 menyaratkan:

1. Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur 16 (enam belas) tahun.
2. Dalam hal penyimpangan terhadap ayat 1 pasal ini dapat meminta dispensasi kepada pengadilan atau pejabat lain yang ditunjuk oleh kedua orang tua pihak pria atau pihak wanita.
3. Ketentuan-ketentuan mengenai keadaan salah seorang atau kedua orang tua tersebut dalam Pasal 6 ayat 3 dan 4 undang-undang ini, berlaku juga dalam hal permintaan dispensasi tersebut ayat 2 pasal ini dengan tidak mengurangi yang dimaksud dalam Pasal 6 ayat 6.

Pasal 9 bahwa seseorang yang masih terikat dalam suatu perkawinan dengan orang lain tidak dapat kawin lagi, kecuali dalam hal yang tersebut pada Pasal 3 ayat 2 dan Pasal 4 undang-undang ini. Pasal 10 bahwa apabila suami dan isteri yang telah bercerai kawin lagi satu dengan yang lainnya dan bercerai lagi untuk kedua kalinya, maka di antara mereka tidak boleh melangsungkan perkawinan lagi, sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain. Pasal 11 ayat (1) bahwa bagi seorang wanita yang putus perkawinannya berlaku jangka waktu tunggu.

Selanjutnya dalam Pasal 2 ayat (1) bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan

kepercayaannya itu; dan ayat (2) tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundangan-undangan yang berlaku. Ketentuan ayat (1) mengandung makna bahwa lembaga perkawinan bukanlah hubungan hukum keperdataan biasa sebagaimana yang dianut dalam KUH Perdata yang lahir dari asas konsensual dari kedua belah pihak yang terlibat dalam perikatan, melainkan hubungan tersebut keabsahannya disyaratkan juga pada nilai-nilai religius sebagai konsekuensi kodrat kemanusiaannya sebagai makhluk beragama. Di samping itu, ayat (2) mewajibkan dilakukan pencatatan dalam suatu akta perkawinan sebagai konsekuensi perlindungan dan pembuktian secara hukum atas adanya suatu perkawinan beserta akibat hukum yang ditimbulkannya.

2. Kedudukan Anak Luar Kawin

Akibat hukum dari adanya perkawinan yang sah, menimbulkan hubungan hukum: (1) antara suami dan isteri, (2) antara orang tua dan anak, (3) antara wali dan anak, (4) dan mengenai harta benda dalam perkawinan.¹⁴¹

Salah satu akibat hukum adanya perkawinan sebagaimana yang disebutkan di atas adalah hubungan hukum antara orang tua dan anak. Hubungan hukum antara orang tua dan anak sangat ditentukan oleh status hukum atau kedudukan hukum anak yang bersangkutan,

¹⁴¹ *Ibid.*, h. 93.

sedangkan kedudukan anak menurut undang-undang sangat ditentukan oleh sah atau tidaknya perkawinan yang dilakukan oleh orang tuanya. Kedudukan seorang anak sebagai anak yang sah (*wettig kind*) ialah anak yang dianggap lahir dari perkawinan yang sah antara ayah dan ibunya.¹⁴²

Jika seorang anak dilahirkan sebelum lewat 180 (seratus delapan puluh) hari setelah perkawinan orang tuanya, maka ayahnya berhak menyangkal sahnya anak itu, kecuali jika ia sudah mengetahui bahwa isterinya mengandung sebelum pernikahan atau jika ia hadir pada waktu dibuatnya surat kelahiran dan surat kelahiran itu turut ditandatangani olehnya. Dalam dua hal tersebut si ayah itu dianggap telah menerima dan mengakui anak yang lahir itu sebagai anaknya sendiri. Penyangkalan sahnya anak tidak tergantung pada terus berlangsungnya atau dihapuskannya perkawinan, begitu pula tidak bergantung pada pertanyaan apakah anak itu masih hidup atau telah meninggal, meskipun sudah barang tentu seorang anak yang telah meninggal tidak perlu lagi disangkal sahnya.¹⁴³

Selanjutnya si ayah dapat juga menyangkal sahnya anak dengan alasan isterinya telah berzina dengan laki-laki lain, apabila kelahiran anak itu disembunyikan. Di sini si ayah itu harus membuktikan bahwa istrinya telah berzina dengan laki-laki lain dalam waktu antara 180 dan 300 hari sebelum kelahiran anak itu. Tenggang waktu untuk penyangkalan, ialah

¹⁴² Subekti, *op.cit.*, h. 48

¹⁴³ *Ibid.*, h. 49.

satu bulan jika si ayah berada di tempat kelahiran anak, dua bulan sesudah ia kembali jikalau ia sedang bepergian waktu anak dilahirkan atau dua bulan setelah ia mengetahui tentang kelahiran anak, jika kelahiran anak itu disembunyikan. Apabila tenggang waktu tersebut telah lewat, si ayah itu tidak dapat lagi mengajukan penyangkalan terhadap anaknya.¹⁴⁴

Pembuktian keturunan harus dilakukan dengan surat kelahiran yang diberikan oleh Pegawai Pencatatan Sipil. Jika tidak mungkin didapatkan surat kelahiran, hakim dapat memakai bukti-bukti lain asal saja keadaan yang tampak keluar, menunjukkan adanya hubungan seperti anak dan orang tuanya. Oleh hakim yang menerima gugatan penyangkalan itu, harus ditunjuk oleh wali khusus yang akan mewakili anak yang disangkal itu. Ibu si anak yang disangkal itu yang tentunya paling banyak mengetahui tentang keadaan mengenai anak itu dan juga paling mempunyai kepentingan, haruslah dipanggil di muka hakim.¹⁴⁵

Anak yang lahir di luar perkawinan yang sah, dinamakan *natuurlijk kind*.¹⁴⁶ KUH Perdata mengenal beberapa jenis, yaitu:¹⁴⁷ anak luar kawin, anak sumbang, dan anak zina.

¹⁴⁴ *Ibid.* Lihat juga Pasal 252, Pasal 253, Pasal 254, dan Pasal 256 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.* h. 49

¹⁴⁷ P.H.N. Simanjuntak, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia*, Djambatan, Jakarta: 1999. h. 175-176.

a. Anak luar kawin

Menurut KUH Perdata anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan sebagai akibat hubungan pria dan wanita di luar perkawinan, dimana di antara mereka tidak terkena larangan kawin atau tidak sedang terikat perkawinan dengan orang lain. Anak luar kawin tidak mempunyai hubungan perdata dengan orang tuanya. Pasal 43 Undang-Undang Perkawinan mengatur bahwa anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Seperti dinyatakan sebelumnya bahwa menurut sistem yang dianut KUH Perdata bahwa dengan adanya keturunan di luar perkawinan belum terjadi suatu hubungan hukum antara anak dengan orang tuanya. Barulah dengan “pengakuan” (*erkenning*) timbul suatu pertalian kekeluargaan dengan akibat-akibatnya (terutama hak mewaris) antara anak dengan orang tua yang mengakuinya. Namun hubungan kekeluargaan antara anak dengan keluarga si ayah atau dengan keluarga ibu yang mengakuinya belum lahir. Hubungan itu hanya dapat diperoleh dengan adanya “pengesahan” anak (*wettiging*). Untuk pengesahan ini, mengharuskan kedua orang tua anak tersebut melakukan perkawinan secara sah. Pengakuan yang dilakukan pada hari perkawinan membawa pengesahan anak. Jika kedua orang tua kawin belum melakukan pengakuan terhadap anaknya yang lahir sebelum pernikahan, pengesahan anak itu hanya dapat dilakukan dengan “surat-surat pengesahan” (*brieven van wettiging*) oleh kepala negara. Dalam hal ini

presiden harus meminta pertimbangan Mahkamah Agung. Pengakuan anak tidak dapat dilakukan secara diam-diam, tetapi harus dilakukan di muka Pegawai Pencatatan Sipil, dengan pencatatan dalam suatu akta kelahiran anak tersebut, atau dalam akta perkawinan orang tuanya (yang berakibat pengesahan) atau dalam suatu akta tersendiri dari Pegawai Pencatatan Sipil, bahkan dibolehkan juga dalam akta notaris. Perlu diterangkan, bahwa dalam KUH Perdata tidak diperbolehkan pengakuan terhadap anak-anak yang dilahirkan dari perbuatan zina (*overspel*) atau dilahirkan dari hubungan antara dua orang yang dilarang kawin satu sama lain.¹⁴⁸

Dengan demikian, melalui pengakuan yang dilakukan terhadap seorang anak luar kawin, timbullah hubungan perdata antara si anak dengan bapak atau ibunya (Pasal 280 KUHPPer), dan dengan melalui surat pengesahan dari Presiden maka status anak luar kawin menjadi sama dengan anak sah (Pasal 277 KUHPPer).

¹⁴⁸ Subekti, *op.cit.*, h. 50. Lihat juga: Pasal 281 KUH Perdata bahwa pengakuan anak luar kawin dapat dilakukan dengan akta otentik. Jadi, bisa dengan notaris, bisa juga dengan Catatan Sipil; Pasal 282 KUH Perdata bahwa pengakuan terhadap seorang anak luar kawin yang dilakukan oleh seorang yang belum dewasa, adalah tanpa guna, kecuali si belum dewasa itu telah mencapai umur genap 19 tahun (bagi pria) dan bagi perempuan yangt belum dewasa boleh melakukan pengakuan, kendati pun belum mencapai umur 19 tahun. Pengakuan ini dilakukan bukan akibat paksa, khilaf, tipu muslihat atau atas bujukan; Pasal 284 KUH Perdata bahwa pengakuan anak luar kawin dapat dilakukan oleh ibu anak tersebut; Pasal 272 KUH Perdata bahwa perkawinan dari kedua orangtua menjadi sah yang telah mengakui anak tersebut; Pasal 274 KUH Perdata bahwa jika kedua orang tua sebelum atau pada saat anak kawin telah melalaikan mengakui anak luar kawin, maka kelalaian tersebut dapat diperbaiki dengan surat pengesahan presiden, yang mana akan diberikan setelah didengarnya nasihat dari Mahkamah Agung; dan Pasal 275 KUHPPer bahwa jika anak itu dilahirkan dari bapak dan ibu, dimana karena meninggalnya seorang diantaranya tidak dapat melangsungkan perkawinan pengesahannya melalui surat pengesahan presiden, yang mana akan diberikan setelah didengarnya nasihat dari Mahkamah Agung.

Dalam Undang-Undang Perkawinan ketentuan yang mengatur tentang anak sah terdapat dalam Pasal 42 bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Sehubungan dengan hal tersebut, menurut Abdulkadir Muhammad,¹⁴⁹ ketentuan pasal tersebut ada dua macam anak sah, yaitu:

1. Anak yang dilahirkan dalam perkawinan, ada dua kemungkinannya, yaitu (a) setelah perkawinan dilangsungkan, isteri kemudian hamil dan melahirkan anak dan (b) sebelum perkawinan dilangsungkan, isteri sudah hamil dulu, sesudah dilangsungkan perkawinan, isteri melahirkan anak;
2. Anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan, dalam hal ini isteri setelah dilangsungkan perkawinan hamil, kemudian terjadi perceraian atau kematian suami, setelah peristiwa itu isteri melahirkan.

Selain dari anak sah, dalam Undang-undang Perkawinan juga dikenal anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Berdasarkan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan, bahwa anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Berdasarkan rumusan tersebut menurut penulis bahwa dengan adanya Pasal 43 ayat (1) tersebut bahwa hubungan keperdataan antara seorang ibu yang melahirkan dengan anak luar kawinnya terjadi demi hukum, termasuk terhadap keluarga ibunya tanpa harus melalui

¹⁴⁹ Abdulkadir Muhammad, *op.cit.*, h. 94-95.

lembaga pengakuan atau pengesahan sebagaimana yang diatur dalam KUH Perdata.

Selanjutnya dalam Pasal 44 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan diatur bahwa seorang suami dapat menyangkal sahnya anak yang dilahirkan isterinya, bilamana ia dapat membuktikan bahwa isterinya telah berzina dan anak itu akibat dari perzinaan tersebut. Pada ayat (2) bahwa pengadilan memberikan keputusan tentang sah/tidaknya anak atas permintaan pihak yang berkepentingan.

Berdasarkan hukum Islam, memungkirkan seseorang anak zina sebagai anaknya dilakukan dengan *li'an*. Dasarnya Surat An-Nur ayat 6 sampai dengan ayat 9. Saksinya wajib empat orang laki-laki yang dengan mata kepalanya sendiri melihat perzinaan itu dan suami mampu mendatangkan empat saksi untuk menguatkan sangkalannya. Jika hakim menerima sah kesaksian mereka, maka hakim memutuskan untuk menolak pengesahan anak itu sebagai anak sah tetapi jika hakim tidak menerima kesaksian dari empat orang saksi itu, atau salah seorang di antaranya, maka sangkalan suami tidak terbukti, dan hakim memutuskan bahwa anak itu adalah anak sah suami isteri yang bersangkutan.¹⁵⁰

¹⁵⁰ *Ibid.*, h. 96.

b. Anak sumbang

Anak sumbang menurut KUH Perdata adalah anak yang dilahirkan sebagai anak hubungan pria dan wanita di luar perkawinan yang sah, di mana di antara mereka dilarang untuk melangsungkan perkawinan. Sesuai dengan ketentuan Pasal 283 KUH Perdata bahwa anak sumbang tidak bisa diakui. Namun, apabila orangtua dari anak sumbang memperoleh dispensasi (dari pengadilan) untuk melangsungkan perkawinan, maka si anak sumbang dapat diakui pada saat perkawinan kedua orangtuanya. Dengan demikian, dengan perkawinan kedua orangtuanya tersebut, maka si anak sumbang demi hukum menjadi anak sah karena perkawinan kedua orangtuanya (Pasal 273 KUH Perdata).

c. Anak zina

Anak zina adalah anak yang dilahirkan sebagai anak hubungan pria dan wanita di luar perkawinan yang sah dimana salah satu atau kedua-duanya sedang terikat dalam perkawinan dengan pihak lain. Sesuai dengan ketentuan Pasal 283 KUH Perdata, anak zina tidak dapat diakui dan tidak ada upaya hukum untuk peningkatan statusnya.

Namun kedudukan anak yang dilahirkan di luar perkawinan tersebut, mempunyai akibat hukum yang berbeda, dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 yang diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum tanggal 17 Februari 2012 bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1

Tahun 1974 yang menyatakan anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, harus dibaca, anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan dengan keluarga ayahnya.

3. Hak-hak Keperdataan Anak

Akibat hukum dari suatu kelahiran anak sah menimbulkan hubungan hukum antara orang tua dan anaknya yang disebut dengan hak-hak keperdataan anak dalam keluarga. Hak-hak keperdataan anak merupakan hak-hak yang melekat pada setiap anak sebagai konsekuensi kemanusiaannya yang diakui dalam hubungan hukum dengan orang tua dan keluarga orang tuanya, meliputi hak mengetahui asal usul dan hak atas identitasnya, mendapat hak atas pemeliharaan dan pendidikan, hak diwakili dalam segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan, hak mengurus harta benda anak, dan hak mendapatkan waris.

Hak-hak keperdataan anak merupakan bagian yang tidak terpisahkan dalam setiap kehidupan anak agar tumbuh dan berkembang secara wajar dan optimal. Di samping itu, dari sudut pandang

perlindungan hak anak, juga merupakan bagian dari hak asasi anak yang harus dipenuhi dan dilindungi oleh orang tua, masyarakat, dan negara.

a. Hak keperdataan anak untuk mengetahui asal-usulnya dan hak memiliki identitas

Setiap anak secara alamiah dilahirkan dari adanya kehamilan seorang ibu karena pertemuan antara *ovum* yang dimiliki ibu (perempuan) dan *spermatozoa* yang berasal dari seorang laki-laki. Hal tersebut tentu secara alamiah juga akan dipertanyakan oleh setiap anak tentang siapa ayah dan ibunya yang menyebabkan kelahirannya. Di hadapan hukum, anak yang dilahirkan merupakan subjek hukum yang berdiri sendiri sebagai pengemban hak dan kewajiban yang melekat pada dirinya.

Konsekuensi sebagai subjek hukum, maka setiap manusia pribadi berwenang untuk berhak. Berdasarkan Pasal 2 KUH Perdata bahwa manusia pribadi mempunyai kewenangan berhak sejak dilahirkan, bahkan sejak dalam kandungan ibunya asalkan ia dilahir hidup apabila kepentingannya menghendaki. Kewenangan berhak berlangsung terus hingga akhir hayatnya.

Kewenangan berhak setiap manusia pribadi tidak dapat dihilangkan/ditiadakan oleh suatu hukuman apapun. Hal ini ditentukan dalam Pasal 3 KUH Perdata yang diatur bahwa tiada satu hukuman apapun yang dapat mengakibatkan kematian perdata atau kehilangan hak-

hak perdata seseorang. Hak perdata merupakan hak asasi yang melekat pada diri pribadi seseorang. Hak perdata adalah identitas manusia pribadi yang tidak dapat hilang atau lenyap. Identitas itu baru hilang atau lenyap apabila yang bersangkutan meninggal dunia. Contoh hak perdata ialah hak hidup, hak atas nama, hak memiliki, hak atas tempat tinggal, hak untuk kawin, hak untuk beranak (bagi wanita), hak waris. Hak perdata berbeda dengan hak publik. Hak publik dapat hilang dan lenyap apabila negara menghendaki, misalnya hak memilih dan dipilih dalam pemilihan umum, hak menduduki jabatan tertentu, sedangkan hak perdata diberikan secara kodrat.¹⁵¹

Hak atas nama atau hak atas identitas dan hak mengetahui asal-usul seorang anak melekat pada setiap pribadi anak. Pengakuan tersebut secara yuridis formal diakui dalam peraturan perundang-undangan. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 56 bahwa setiap anak berhak untuk mengetahui siapa orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri. Ketentuan tersebut, dinyatakan juga dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, pada Pasal 7 (1) bahwa setiap anak berhak mengetahui orang tuanya, dibesarkan dan diasuh orang tuanya sendiri. Selain itu dalam Pasal 5 menentukan bahwa setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas diri dan status kewarganegaraan.

¹⁵¹ Abdulkadir Muhammad, *op.cit.*, h. 39.

Terkait dengan pembuktian asal-usul seorang anak, Undang-Undang Perkawinan menyatakan hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran yang otentik, yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Bila akta kelahiran tersebut tidak ada, maka pengadilan dapat mengeluarkan penetapan asal-usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat. Atas dasar pengadilan tersebut, maka instansi pencatat kelahiran yang ada dalam wilayah hukum pengadilan yang bersangkutan mengeluarkan akta kelahiran bagi anak yang bersangkutan.¹⁵²

b. Hak keperdataan dalam kekuasaan orang tua

Hak keperdataan anak untuk mendapat pemeliharaan dan pendidikan dari orang tua, hak diwakili dalam segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan, hak mengurus harta benda anak dalam hukum keluarga disebut dengan kekuasaan orang tua (*ouderlijke macht*).

Menurut KUH Perdata seorang anak yang sah sampai pada waktu ia mencapai usia dewasa atau kawin, berada di bawah kekuasaan orang tuanya (*ouderlijke macht*) selama kedua orang tua itu terikat dalam hubungan perkawinan. Dengan demikian, kekuasaan orang tua itu mulai berlaku sejak lahirnya anak atau sejak hari pengesahannya dan berakhir pada waktu anak itu menjadi dewasa atau kawin, atau pada waktu

¹⁵² Lihat Pasal 55 ayat (1), (2), dan (3) Undang-Undang Perkawinan.

perkawinan orang tuanya putus. Ada pula kemungkinan, kekuasaan itu oleh hakim dicabut (*ontzet*) atau orang tua itu dibebaskan (*ontheven*) dari kekuasaan itu, karena sesuatu alasan. Kekuasaan orang tua, terutama berisi kewajiban untuk mendidik dan memelihara anaknya. Pemeliharaan meliputi pemberian nafkah, pakaian dan perumahan.¹⁵³

Dalam Undang-Undang Perkawinan, kekuasaan orangtua meliputi:

1. Kekuasaan terhadap pribadi anak, dalam Pasal 45 ayat (1) bahwa kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Ayat (2) Kewajiban orang tua yang dimaksud ayat 1 pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus.
2. Kekuasaan terhadap perbuatan anak; dalam Pasal 47 ayat (2) bahwa orang tua mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan.
3. Kekuasaan terhadap harta benda anak, tersimpul dalam Pasal 48 bahwa meliputi mengurus, menyimpan, membelanjakan harta anak untuk kepentingan anak sebelum ia berumur 18 tahun, atau sebelum ia kawin. Dengan pembatasan tidak boleh memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap milik anak.

¹⁵³ Subekti, *op.cit.*, h. 51.

c. Hak keperdataan anak dalam perwalian

Menurut Subekti¹⁵⁴ dalam KUH Perdata, jika salah satu orang tua meninggal, menurut undang-undang orang tua yang lainnya dengan sendirinya menjadi wali dari anak-anaknya. Perwalian ini dinamakan perwalian menurut undang-undang (*wettelijke voogdij*). Seorang anak yang lahir di luar perkawinan berada di bawah perwalian orang tua yang mengakuinya.

Apabila seorang anak yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua ternyata tidak mempunyai wali, hakim akan mengangkat seorang wali atas permintaan salah satu pihak yang berkepentingan atau karena jabatannya (*datieve voogdij*). Ada pula kemungkinan, seorang ayah atau ibu di dalam surat wasiatnya (*testament*) mengangkat seorang wali untuk anaknya. Pengangkatan yang dimaksud akan berlaku, jika orang tua yang lainnya, karena suatu sebab tidak menjadi wali. Perwalian semacam ini dinamakan perwalian menurut wasiat (*testamentaire voogdij*).

Perwalian (*voogdij*) adalah pengawasan terhadap anak yang di bawah umur yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua serta pengelolaan benda atau kekayaan anak tersebut diatur oleh undang-undang. Dengan demikian, anak yang berada di bawah perwalian, adalah:

¹⁵⁴ *Ibid.*, h. 53.

- a. Anak sah yang kedua orang tuanya telah dicabut kekuasaannya sebagai orang tua;
- b. Anak sah yang orang tuanya telah bercerai;
- c. Anak yang lahir di luar perkawinan.¹⁵⁵

Pasal 50 Undang-Undang Perkawinan, ayat (1) bahwa anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah kekuasaan wali. Ayat (2) bahwa perwalian ini mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya. Menurut Pasal 51 ayat (1) bahwa wali dapat ditunjuk oleh satu orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua sebelum ia meninggal, dengan surat wasiat atau dengan lisan di hadapan 2 orang saksi. Ayat (2) bahwa wali sedapat-dapatnya diambil dari keluarga anak tersebut atau orang tua yang lain sudah dewasa berpikir sehat, adil, jujur dan berkelakuan baik.

d. Hak keperdataan anak dalam pewarisan

Hubungan keperdataan yang terjadi antara orang tua dan anak juga terdapat dalam di bidang hukum waris. Menurut Abdulkadir Muhammad¹⁵⁶ bahwa hukum waris adalah segala peraturan hukum yang mengatur tentang beralihnya harta warisan dari pewaris karena kematian kepada ahli waris atau orang yang ditunjuk. Berdasarkan rumusan

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Abdulkadir Muhammad, *op.cit.* h. 267

tersebut dapat diketahui bahwa unsur-unsur yang terdapat pengertian hukum waris adalah sebagai berikut:

- (1) Subjek hukum waris, yaitu pewaris, ahli waris, dan orang yang ditunjuk berdasarkan wasiat;
- (2) Peristiwa hukum waris, yaitu meninggalnya pewaris;
- (3) Hubungan hukum waris, yaitu hak dan kewajiban ahli waris;
- (4) Objek hukum waris, yaitu harta warisan peninggalan almarhum.

Berdasarkan Pasal 830 KUH Perdata bahwa pewarisan hanya berlangsung karena kematian. Dengan demikian pewarisan adalah suatu proses perpindahan hak dan kewajiban tentang harta kekayaan pewaris kepada ahli warisnya dan orang lain yang ditunjuk dalam wasiat, mana kala terjadi karena kematian. Ahli waris adalah setiap orang yang berhak atas harta peninggalan pewaris dan berkewajiban menyelesaikan hutang-hutangnya.

Dalam hukum waris, pokok masalahnya adalah terletak pada hak waris, bukan pada kewajiban mewaris. Jika pokok masalahnya hak waris, maka tentunya ada harta kekayaan yang ditinggalkan pewaris dan ada orang yang berhak mewaris. Hukum waris di satu sisi berakar pada hukum keluarga dan di sisi lain berakar pada sisi hukum harta kekayaan, maka orang itu berhak mewaris karena ia mempunyai hubungan perkawinan, hubungan darah (leluhur atau keturunan) dengan pewaris

(peninggal warisan), atau walaupun tidak mempunyai hubungan perkawinan, hubungan darah, tetapi pada waktu pewaris masih hidup, pewaris pernah mengadakan ketentuan mengenai harta kekayaannya, apabila ia meninggal dan menunjuk orang tertentu sebagai yang berhak atas sebagian hartanya melalui suatu wasiat (*testamen*).¹⁵⁷

Menurut undang-undang, ada dua cara mendapatkan warisan, yaitu sebagai ahli waris karena ditunjuk dalam surat wasiat (*testament*) dan ketentuan undang-undang. Cara mewaris dengan wasiat disebut mewaris *testamentair* dan cara mewaris menurut undang-undang disebut mewaris *ab intestato*.¹⁵⁸

Surat wasiat atau *testamen* menurut Pasal 875 KUH Perdata ialah suatu pernyataan dari seseorang tentang apa yang dikehendaki setelah ia meninggal dan olehnya dapat dicabut kembali. Pada dasarnya suatu pernyataan yang demikian adalah keluar dari suatu pihak saja (*eenzijdig*) dan setiap waktu dapat ditarik kembali oleh yang membuatnya. Namun Pasal 874 KUH Perdata¹⁵⁹ memberikan batasan bahwa isi dari wasiat tersebut tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, misalnya dengan Pasal 913 tentang *ligitieme portie*, yaitu bagian mutlak

¹⁵⁷ *Ibid.* h. 271.

¹⁵⁸ Subekti, 2000., *op.cit.* h. 95.

¹⁵⁹ Pasal 874 KUH Perdata bahwa segala harta peninggalan seseorang yang meninggal dunia, adalah kepunyaan sekalian ahli warisnya menurut undang-undang, sekadar terhadap itu dengan surat wasiat tidak telah diambilnya sesuatu ketetapan yang sah. Selanjutnya Pasal 877 menentukan bahwa suatu keketapan wasiat untuk para keluarga sedarah yang terdekat atau untuk darah yang terdekat dari si meninggal, tanpa penjelasan lebih lanjut, harus dianggap telah diambil untuk keuntungan para ahli waris menurut undang-undang.

atau *ligitieme portie* adalah suatu bagian dari harta peninggalan yang harus diberikan kepada para waris dalam garis lurus menurut undang-undang, terhadap bagian mana si yang meninggal tidak diperbolehkan menetapkan sesuatu, baik selaku pemberian antara yang masih hidup, maupun selaku wasiat.

Testamen yang paling lazim adalah apa yang dinamakan suatu *erfstelling*, yaitu penunjukan seseorang atau beberapa orang menjadi ahli waris yang akan mendapat seluruh atau sebagian dari warisan.¹⁶⁰ Orang yang ditunjuk itu dinamakan *testamentaire erfgenaam*, yaitu ahli waris menurut wasiat, dan sama halnya dengan seorang ahli waris menurut undang-undang, ia memperoleh hak dan kewajiban dari pewaris yang meninggal dunia.¹⁶¹

Suatu testamen atau wasiat dapat juga berisikan suatu *legaat*. Menurut Pasal 957 KUH Perdata surat hibah wasiat atau *legaat* adalah suatu wasiat yang memuat ketetapan khusus, dengan mana orang yang mewasiatkan (pewaris) memberikan kepada seseorang atau beberapa orang barang berupa:

- (1) Satu atau beberapa benda tertentu, atau
- (2) Seluruh benda dari suatu jenis tertentu, misalnya benda bergerak, benda tidak bergerak, atau

¹⁶⁰ Lihat: Pasal 954 KUH Perdata

¹⁶¹ Subekti, *op.cit.* h. 107.

(3) Hak memungut hasil dari seluruh atau sebagian dari harta peninggalan pewaris.

Orang yang memperoleh harta warisan berdasarkan hibah wasiat tersebut menurut pasal ini disebut legataris. Legataris ini bukan merupakan ahli waris. Legataris tidak menggantikan pewaris mengenai hak dan kewajibannya. Legataris tidak wajib membayar hutang pewaris yang meninggal itu. Legataris hanya berhak menuntut penyerahan benda atau pelaksanaan hak yang diberikan kepadanya dari para ahli waris.¹⁶²

Berdasarkan sudut pandang Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 177 huruf f (selanjutnya disingkat KHI) wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia. Menurut Pasal 195 KHI bahwa wasiat dilakukan secara lisan di hadapan dua orang saksi atau tertulis dihadapan dua orang saksi, atau di hadapan notaris, wasiat hanya diperbolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga dari harta warisan, kecuali apabila semua ahli waris menyetujui. Wasiat kepada ahli waris hanya berlaku bila disetujui oleh semua ahli waris. Menurut Pasal 201 KHI, apabila wasiat melebihi 1/3 dari harta warisan, sedangkan ada ahli waris yang tidak menyetujuinya, maka wasiat hanya dapat dilaksanakan sampai batas 1/3 harta warisan.

Persoalan hibah juga diatur dalam ketentuan Kompilasi Hukum Islam. Hibah menurut Pasal 171 huruf g merupakan pemberian suatu

¹⁶² Abdulkadir Muhammad, *op.cit.*, h. 276.

benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seseorang kepada orang lain yang masih hidup untuk dimiliki. Seseorang yang hendak menghibahkan sebagian hartanya peninggalannya semasa hidupnya dalam Pasal 210 KHI harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:¹⁶³

- (1) Orang tersebut telah berumur sekurang-kurangnya 21 tahun;
- (2) Harus berakal sehat;
- (3) Tidak adanya paksaan;
- (4) Menghibahkan sebanyak-banyaknya 1/3 harta bendanya kepada orang lain atau lembaga;
- (5) Hibah diberikan di hadapan dua orang saksi.

Hibah dalam hukum Islam dapat dilakukan secara tertulis atau lisan, bahkan telah ditetapkan dengan tegas dalam hukum Islam, pemberian berupa harta tidak bergerak dapat dilakukan secara lisan tanpa mempergunakan suatu dokumen tertulis.¹⁶⁴ Hibah dari orangtua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai sebagai warisan (Pasal 211 KHI).

Selanjutnya, ahli waris menurut undang-undang (KUH Perdata) disebut ahli waris *ab intestato*. Untuk menetapkan ahli waris itu, anggota keluarga si meninggal dibagi ke dalam beberapa golongan. Jika terdapat orang-orang dari golongan pertama, mereka itulah yang bersama-sama berhak mewarisi semua harta peninggalan, sedangkan anggota keluarga

¹⁶³ Erman Suparman, *Intisari Hukum Waris Indonesia*, Mandar Maju, Bandung: 1995, h. 13.

¹⁶⁴ P.N.H. Simanjuntak, *op.cit.*, h. 296.

lainnya tidak dapat bagian apapun. Jika tidak terdapat anggota keluarga dari golongan pertama itu, barulah orang-orang yang termasuk golongan kedua tampil sebagai ahli waris. Jika tidak terdapat keluarga dari golongan kedua, barulah orang-orang dari keluarga ketiga dan seterusnya.¹⁶⁵

Menurut Pasal 832 KUH Perdata bahwa yang berhak menjadi ahli waris adalah para keluarga sedarah, baik sah maupun luar kawin dan suami isteri yang hidup terlama. Dengan demikian, seseorang harus mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris. Hubungan darah tersebut sah atau luar kawin melalui garis ibu atau bapak. Hubungan darah sah jika ditimbulkan sebagai akibat perkawinan yang sah, sedangkan hubungan terhadap anak luar kawin terjadi karena hubungan antara laki-laki dengan seorang perempuan di luar perkawinan dan harus adanya pengakuan atau pengesahan anak secara sah. Dalam Pasal 852a KUH Perdata ditentukan bahwa di samping keluarga sedarah, suami atau isteri yang hidup terlama menjadi ahli waris. Tidak semua keluarga yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris tampil untuk mewaris. Kedudukan sebagai keluarga sedarah baru memberikan kemungkinan untuk mewaris jika hubungan keluarga lebih dekat dengan pewaris. Dengan demikian, menutup kemungkinan mewaris keluarga yang lebih jauh.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Subekti, 2000. *op.cit.* h. 98.

¹⁶⁶ P.N.H. Simanjuntak, *op.cit.* h. 252.

Untuk menentukan jauh-dekatnya hubungan keluarga, maka ahli waris dibagi ke dalam beberapa golongan, yaitu:¹⁶⁷

- (1) Golongan I terdiri dari suami-isteri dan anak beserta keturunannya;
- (2) Golongan II terdiri dari orangtua dan saudara-saudara beserta keturunannya;
- (3) Golongan III terdiri dari kakek-nenek serta seterusnya keatas;
- (4) Golongan IV terdiri dari keluarga dalam garis menyamping yang lebih jauh, termasuk saudara-saudara ahli waris golongan III beserta keturunannya.

Khusus mengenai pewarisan anak luar kawin, diatur dalam Buku II Bab 12 Bagian III KUH Perdata (Pasal 862-873 KUH Perdata). Dalam buku tersebut diatur mengenai pewarisan anak luar kawin, baik dalam hal anak luar kawin bertindak sebagai ahli waris maupun dalam hal anak luar kawin berkedudukan sebagai pewaris. Anak luar kawin (anak alam) adalah anak yang dilahirkan di luar dan bukan akibat dari perkawinan yang sah. Anak luar kawin ini dapat diartikan dalam arti sempit dan dalam arti luas. Anak luar kawin dalam arti luar meliputi anak luar kawin yang dilahirkan di luar perkawinann yang sah sebagai akibat hubungan antara seorang laki-laki dengan seorang wanita yang sama-sama masih lajang (tidak terikat dalam perkawinan), anak karena perzinaan dan anak sumbang. Anak luar kawin yang lahir karena perzinaan dan anak

¹⁶⁷ *Ibid.*, h. 253.

sumbang, tidak boleh diakui dan disahkan. Dengan demikian mereka tidak dapat mewaris dengan orang yang membenihkannya, melainkan hanya berhak atas tunjangan nafkah (Pasal 867 KUH Perdata). Besarnya tunjangan nafkah tersebut tidak tentu, tergantung pada kemampuan bapak atau ibunya serta jumlah dan keadaan para ahli waris yang sah (Pasal 868 KUH Perdata). Apabila bapak atau ibunya sewaktu hidupnya telah mengadakan jaminan nafkah, maka anak itu sama sekali tidak mempunyai tuntutan lagi terhadap warisan bapak atau ibunya (Pasal 869 KUH Perdata). Sedangkan anak luar kawin dalam arti sempit adalah hanya anak luar kawin yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah sebagai akibat hubungan antara seorang laki-laki dengan seorang wanita yang sama-sama masih lajang (tidak terikat dalam perkawinan). Anak luar kawin dalam arti sempit inilah yang bisa diakui dan disahkan, sehingga mempunyai hubungan hukum dengan ayah atau ibunya setelah ayah atau ibunya mengakuinya.¹⁶⁸

Anak luar kawin yang telah disahkan dapat mewaris bersama-sama dengan golongan I, golongan II, golongan III, dan golongan IV. Berdasarkan Pasal 863 KUH Perdata bahwa besarnya bagian warisan anak luar kawin itu bergantung pada golongan yang bersama-sama pada saat mewaris, yaitu:

¹⁶⁸ *Ibid.*, h. 264.

- (1) Bilamana anak luar kawin mewaris bersama dengan golongan I, maka bagian anak tersebut adalah $\frac{1}{3}$ bagian dari yang akan diperolehnya seandainya ia anak sah;
- (2) Bilamana anak luar kawin mewaris bersama-sama dengan golongan II dan III adalah $\frac{1}{2}$ bagian dari harta warisan;
- (3) Bilamana anak luar kawin mewaris bersama-sama dengan golongan IV adalah $\frac{3}{4}$ bagian dari harta warisan;
- (4) Bilamana anak luar kawin mewaris bersama dengan golongan ahli waris yang derajatnya berbeda, maka bagiannya dihitung dengan melihat keluarga yang terdekat hubungan derajatnya dengan pewaris.¹⁶⁹

Menurut Pasal 865 KUH Perdata, jika pewaris tidak meninggalkan ahli waris yang sah, maka sekalian anak luar kawin yang diakui mendapat seluruh harta warisan. Jika seorang anak luar kawin yang diakui meninggal terlebih dahulu dengan meninggalkan keturunan yang sah, maka menurut Pasal 866 KUH Perdata keturunan sah anak luar kawin tersebut menggantikan kedudukannya sebagai ahli waris.

Pembagian harta warisan untuk warga negara yang beragama Islam tunduk pada ketentuan yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam. Pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal oleh putusan pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan. Berdasarkan Pasal 174

¹⁶⁹ *Ibid.*, 266.

KHI, ahli waris terbagi menurut hubungan darah dan hubungan perkawinan. Menurut hubungan darah terdiri dari:

- (1) Golongan laki-laki, yaitu ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman dan kakek.
- (2) Golongan perempuan, yaitu ibu, anak perempuan, saudara perempuan, dan nenek.

Sedangkan yang menurut hubungan perkawinan, yaitu:

- (1) duda; atau
- (2) janda.

Apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak dapat warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda.

Selanjutnya, berdasarkan Pasal 209 KHI ayat (1) bahwa terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat *wajibah* sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta warisan anak angkatnya, dan ayat (2) bahwa terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat *wajibah* sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta warisan orang tua angkatnya. Sedangkan menurut Pasal 186 KHI, anak yang di lahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan saling mewaris dengan ibunya dan keluarga pihak ibunya.

Namun setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang diucapkan tanggal 17 Februari 2012, yang menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang perkawinan, harus dibaca bahwa: anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai

hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya, maka hal ini membawa perubahan yang signifikan dalam bidang hukum keluarga, terutama ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Perkawinan, KUH Perdata maupun dalam KHI yang terkait dengan kedudukan hukum dan hak-hak keperdataan anak luar kawin.

H. Kerangka Pikir

Setiap anak membutuhkan kasih sayang, perhatian, dan tumbuh kembang secara wajar serta optimal, sehingga pemenuhan terhadap aksestabilitas hak-hak anak menjadi sangat penting, karena anak adalah bagian dari generasi muda dan aset bangsa yang perlu dilindungi hak-haknya.

Dalam Pasal 3 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, bahwa perlindungan anak bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaannya, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang

berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera. Oleh karena itu, setiap penyelenggaraan perlindungan anak harus berpedoman pada asas, landasan, dan prinsip-prinsip dasar sebagaimana tercantum dalam Pasal 2 Undang-Undang Perlindungan Anak, bahwa penyelenggaraan perlindungan anak berasaskan Pancasila dan berlandaskan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta prinsip-prinsip dasar Konvensi Hak-Hak Anak meliputi: (a) non diskriminasi, (b) kepentingan yang terbaik bagi anak, (c) hak untuk hidup, kelangsungan hidup, serta perkembangan, dan (d) penghargaan terhadap pendapat anak.

Namun, tidak semua anak mendapatkan perlindungan atas penghargaan hak asasinya karena masih ada anak yang tidak terpenuhi hak-haknya yang menempatkan anak menjadi kelompok yang belum mendapatkan pengakuan haknya dengan baik, misalnya anak luar kawin yang menyandang status anak tidak sah. Dari sudut pandang sosial-psikologi melekat stigma negatif sebagai anak 'haram' yang sangat melemahkan posisinya sebagai anak, yang dihinakan seolah-olah sebagai konkretisasi dari wujud dosa dari orang tuanya. Di samping itu, ayah biologisnya secara hukum 'dilepaskan' dari tanggungjawab dalam memenuhi kewajiban hukumnya untuk membiayai, memelihara, mendidik dan memberikan perlindungan yang seharusnya diberikan orang tua kepada anak.

Secara normatif telah ada produk-produk hukum yang berusaha untuk mewujudkan perlindungan hukum terhadap hak keperdataan anak luar kawin, termasuk Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010. Ketentuan-ketentuan yang menjadi dasar hukum terhadap perlindungan hukum terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin yang diletakkan dalam peraturan perundang-undangan merupakan suatu langkah yang baik, namun jika mengingat kembali pada pendapat Paul Scholten, seorang pemikir hukum Belanda, bahwa hukum itu ada dalam undang-undang, tetapi masih harus ditemukan¹⁷⁰. Hal ini memiliki relevansi yang erat dengan persoalan apakah jaminan keadilan yang ada tersebut akan terpenuhi sesuai dengan nilai-nilai yang hidup di masyarakat atau tidak dalam pelaksanaannya.

Sehubungan dengan hal tersebut, penelitian ini mengkaji lebih lanjut perlindungan hukum bagi hak-hak keperdataan anak luar kawin, dengan variabel pertamanya adalah jaminan perlindungan yang diberikan peraturan perundang-undangan dan variabel kedua merupakan terlibatan dukungan kultur hukum masyarakat dalam mewujudkan upaya perlindungan.

Variabel pertama tersebut termasuk dalam tipe penelitian hukum normatif (*legal research*). Pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian hukum normatif ini adalah pendekatan perundang-undangan

¹⁷⁰ Lihat: Muhammad Akbar, *op.cit.* h. 26.

(*statute approach*),¹⁷¹ dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*),¹⁷² dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*)¹⁷³ yang fokus penelitian tertuju pada bahan-bahan hukum tertulis, kemudian mengkajinya secara mendalam dengan menganalisis isi (*content analysis*) peraturan perundang-undangan yang ada.

Selanjutnya dalam variabel kedua adalah perlindungan hak-hak keperdataan anak bukanlah tanggung jawab orang tua dan negara saja, tetapi juga diperlukan partisipasi dari masyarakat, berupa dukungan kultur hukum masyarakat terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin yang terkait sikap, opini, dan harapan dengan melakukan kajian secara empiris menggunakan pendekatan sosiologis terhadap fakta/data hukum yang ada yang bertujuan untuk mengetahui secara faktual keadaan yang sebenarnya yang terjadi di lapangan (masyarakat).

Dengan demikian, jika kedua variabel tersebut beserta masing-masing indikatornya terharmonisasikan dengan baik, maka diharapkan

¹⁷¹ Lihat: Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta: 2007. h. 93, bahwa pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkut paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.

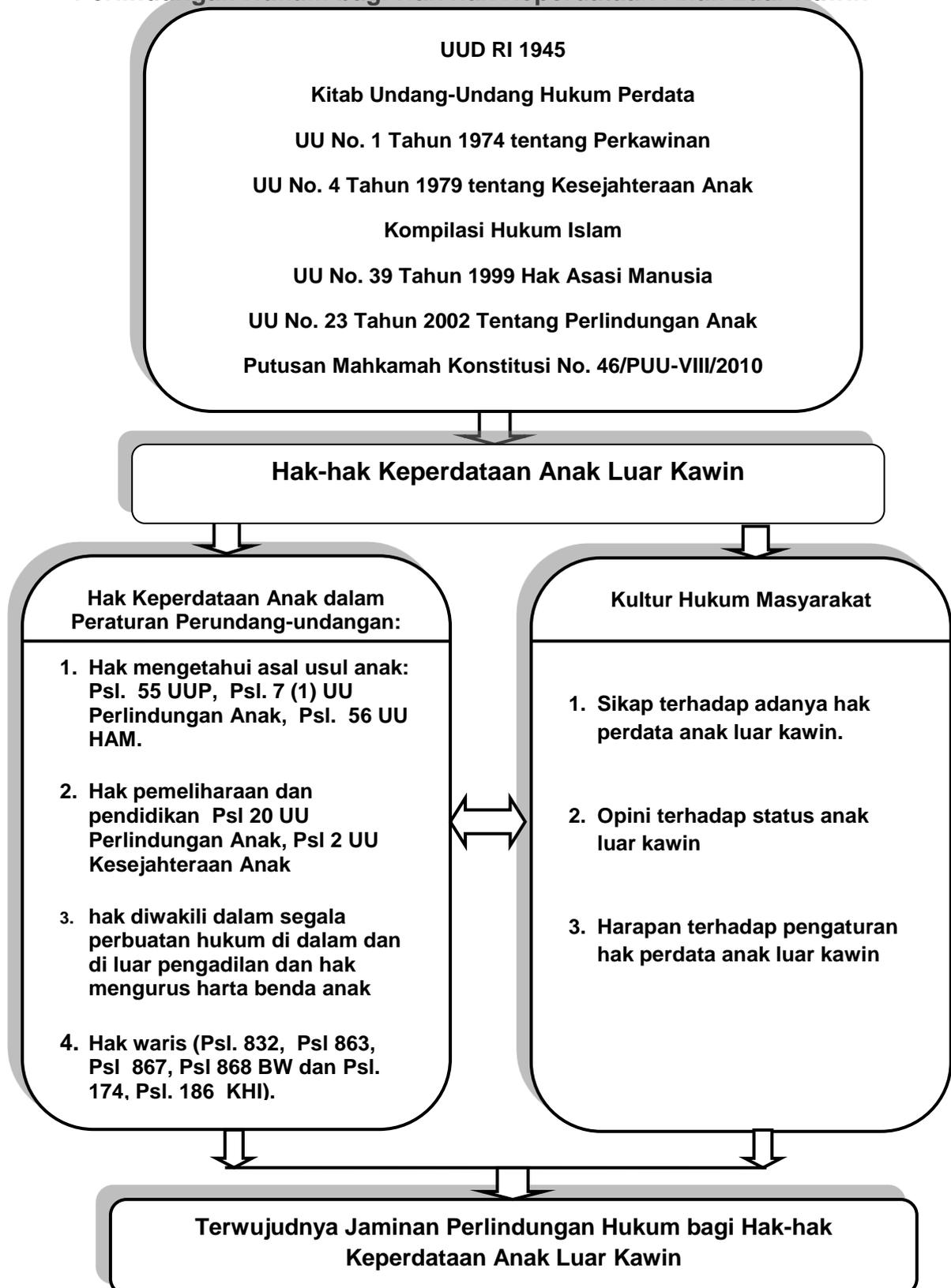
¹⁷² Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayu Media, Malang: 2005. h. 252, bahwa penggunaan pendekatan konsep tertuju pada hal-hal yang berkaitan dengan fokus penelitian. Menurut Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, h. 95, bahwa pendekatan konseptual (*conceptual approach*) beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum, sehingga peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas hukum yang relevan dengan isu yang dihadapi.

¹⁷³ Menurut Peter Mahmud Marzuki, *op. cit.*, h. 132 bahwa pendekatan perbandingan hukum dilakukan dengan mengadakan studi perbandingan hukum. Selanjutnya Van Apeldorn, *ibid.*, menyatakan bahwa bahwa perbandingan hukum merupakan suatu ilmu bantu bagi ilmu hukum dogmatik dalam arti bahwa untuk menimbang dan menilai aturan-aturan hukum dan putusan-putusan pengadilan yang ada dengan sistem hukum lain.

akan dapat terwujudnya jaminan perlindungan yang sebenarnya terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin. Untuk lebih jelasnya dapat tercermin dalam alur kerangka pikir berikut ini:

Alur Kerangka Pikir:

Perlindungan Hukum bagi Hak-hak Keperdataan Anak Luar Kawin



I. Definisi Oprasional

Untuk menghindari pemahaman yang keliru terhadap konsep yang dipergunakan, dipandang perlu memberikan penjelasan sebagai berikut:

1. Perlindungan hukum adalah jaminan kepastian oleh hukum terhadap pengakuan dan penghormatan atas suatu hak dan pemenuhan hak tersebut diwujudkan dalam kenyataan yang sesuai dengan tuntutan dari materi hukum tersebut.
2. Perlindungan hak anak adalah segala kondisi dan aktivitas pencegahan, penghormatan, pemulihan dan pemajuan dalam rangka pemenuhan kebutuhan dasar anak di bidang keperdataan tanpa diskriminasi.
3. Anak luar kawin adalah setiap anak yang dilahirkan dari orang tua yang tidak melakukan perkawinan atau dari perkawinan yang tidak sesuai dengan Undang-Undang Perkawinan, meliputi: (1) dalam konsep KUH Perdata, yaitu: anak luar kawin yang dapat disahkan, anak luar kawin yang dapat diakui, anak sumbang dari hubungan darah, anak sumbang dari hubungan perkawinan, dan anak zina, (2) dalam Konsep Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, yaitu anak dari perkawinan yang tidak dicata/perkawinan *sirri* dan anak yang lahir dari orang tua yang tidak terikat perkawinan (anak zina).

4. Hak-hak Keperdataan anak adalah hak-hak yang melekat pada setiap anak yang diakui oleh hukum dalam hubungan hukum dengan orang tua dan keluarga orang tuanya, meliputi hak atas identitas dan hak mengetahui asal usul, mendapat hak atas pemeliharaan dan pendidikan, hak diwakili dalam segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan, hak mengurus harta benda anak, dan hak mendapatkan waris.
5. Kultur masyarakat merupakan persepsi terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin, terkait sikap, opini, dan harapan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin.
6. Sikap sebagai bagian dari kultur hukum dalam penelitian ini merupakan suatu kesadaran yang memandang bahwa hak-hak keperdataan anak luar kawin memang harus diakui, menolak untuk mengakui hak-hak keperdataan anak luar kawin, atau netral antara menerima dan menolaknya.
7. Opini sebagai bagian dari kultur hukum dalam penelitian ini merupakan anggapan-anggapan berupa pendapat yang berkembang dalam masyarakat tentang status anak luar kawin, ada yang berpendapat hak-hak keperdataan anak luar kawin harus disamakan dengan anak sah, dibedakan dengan anak sah, dan netral antara harus disamakan atau tidak disamakan.

8. Harapan-harapan sebagai bagian dari kultur hukum dalam penelitian ini merupakan keinginan-keinginan yang ada di masyarakat terhadap pengaturan hak-hak keperdataan anak luar kawin dalam peraturan perundang-undangan, dalam hal ini ada yang berkeinginan bahwa perlu sebaiknya dituangkan dalam peraturan tertulis dalam peraturan perundang-undangan, tidak perlu dilakukan tertulis dalam peraturan perundang-undangan, atau netral antara perlu sebaiknya tertulis atau tidak perlu secara tertulis dalam peraturan perundang-undangan.