

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Manusia sebagai makhluk sosial, karena sejak dirinya dilahirkan sampai akhir hidupnya selalu membutuhkan dan harus berhubungan dengan manusia lainnya dalam rangka mempertahankan keberadaannya. Berdasarkan hal tersebut, maka tepatlah bila manusia dikatakan sebagai “*zoon politicon*”.¹

Pada dasarnya manusia memiliki hasrat untuk hidup teratur, namun dalam mengadakan hubungan dengan sesamanya seringkali terjadi benturan kepentingan. Benturan kepentingan ini diakibatkan adanya perbedaan kriteria mengenai kepentingan yang satu dengan kepentingan yang lainnya. Untuk itulah hukum diperlukan agar kepentingan yang timbul dalam hubungan antar manusia dapat berlangsung secara tertib atau teratur.

Pembangunan nasional yang dilaksanakan oleh bangsa Indonesia pada hakekatnya merupakan pembangunan manusia seutuhnya dan pembangunan masyarakat Indonesia seluruhnya. Pembangunan nasional tersebut mencakup seluruh bidang kehidupan masyarakat, spiritual dan materil, fisik dan non fisik, dunia dan akhirat. Pembangunan tersebut mencakup pembinaan keluarga. Keluarga merupakan unit terkecil dalam

¹ Soediman Kartohadiprodjo, 1993, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Ghalia, Jakarta, hlm. 23

masyarakat. Kesejahteraan, ketentraman dan keserasian keluarga besar (bangsa) sangat tergantung kepada kesejahteraan, ketentraman dan keserasian keluarga. Keluarga terbentuk melalui perkawinan, ikatan antara dua orang yang berlainan jenis dengan tujuan membentuk keluarga. Ikatan suami isteri yang didasari niat ibadah ini diharapkan tumbuh berkembang menjadi keluarga (rumah tangga) bahagia kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Dalam lingkungan keluarga, seorang anak manusia dibesarkan, dididik dan diarahkan agar kelak kemudian hari menjadi manusia dan anggota masyarakat yang beriman, bertakwa, berilmu pengetahuan, berteknologi dan berwawasan nusantara.²

Anak merupakan anugrah dan titipan dari Tuhan Yang Maha Esa, sudah semestinya kita berkewajiban memberikan yang terbaik bagi anak-anak. Anak-anak mempunyai hak untuk memperoleh perlindungan khusus, kesempatan dan fasilitas yang memungkinkan mereka berkembang secara sehat dan wajar. Beberapa peraturan perundang-undangan yang khusus mengatur tentang anak antara lain: Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 yang telah dirubah oleh Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak, dimana Pasal 2 ayat (3) dan (4) berbunyi sebagai berikut:

- 3). Anak berhak atas pemeliharaan dan perlindungan baik semasa dalam kandungan maupun sudah melahirkan.

²Moh Zahid, 2002, *Dua Puluh Lima Tahun, Pelaksanaan Undang-undang Perkawinan*, Depertemen Agama R.I, Jakarta, hlm.1.

- 4). Anak berhak atas perlindungan terhadap pertumbuhan dan perkembangan dengan wajar.³

Kedua ayat ini dengan jelas menyatakan demi mendorong perlu adanya perlindungan anak dalam rangka mengusahakan kesejahteraan anak dan perlakuan yang adil terhadap anak.

Kedudukan seorang anak pada umumnya memiliki posisi yang sangat penting di dalam kehidupan keluarganya maupun negara. Sebab bagaimanapun juga anak merupakan bagian dari generasi muda, sebagai salah satu sumber daya manusia, merupakan potensi yang besar dan penerus cita-cita bangsa. Anak memiliki peranan yang sangat strategis dalam rangka menjamin pertumbuhan fisik, mental dan sosial secara utuh, serasi, selaras dan seimbang.⁴

Dalam beberapa literatur Undang-undang yang menjelaskan definisi anak, yaitu Pasal 1 ayat 1 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 sebagaimana yang dirubah dengan Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak, bahwa anak adalah seorang yang belum berusia delapan belas tahun. Kemudian Pasal 42 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dan Pasal 250 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (selanjutnya disingkat KUH Perdata), menyebutkan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah, atau dengan perkataan lain dapat diartikan sebagai anak yang dilahirkan sepanjang

³ Undang-undang Nomor 4 tahun 1979 Pasal 2 ayat (3) dan (4)

⁴ Darwin Prist, 2003, *Hukum Anak di Indonesia*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 2

perkawinan), akan tetapi berbeda halnya dengan anak yang lahir di luar kondisi yang normal.⁵

Pasal 99 Kompilasi Hukum Islam (KHI) menentukan sebagai berikut:

Anak sah adalah

- a. Anak yang lahir dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah;
- b. Hasil pembuahan suami isteri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

Pasal-pasal yang mengatur tentang kedudukan anak di dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 praktis hanya 3 pasal yaitu Pasal 42, Pasal 43 ayat (1) dan (2) dan Pasal 44 ayat (1) dan (2). Pasal 42 “Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”, Pasal 43 ayat (1) “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” dan ayat (2) “Kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam Peraturan Pemerintah” dan Pasal 44 ayat (1) “Seorang suami dapat menyangkal sahnya anak yang dilahirkan oleh isterinya bilamana ia dapat membuktikan bahwa isterinya telah berzina dan anak itu akibat dari pada perzinaan tersebut” dan ayat (2) “Pengadilan memberikan keputusan tentang sah/tidaknya anak atas permintaan pihak yang berkepentingan”.

Di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (yang selanjutnya disebut KUH Perdata/B.W) menyebut anak luar kawin dalam dua jenis yaitu yang pertama dalam arti sempit : Anak yang dilahirkan dari hubungan laki-

⁵ J. Satrio, 1992, *Hukum Waris*, Alumni, Bandung, hlm.151.

laki dan perempuan dimana mereka tidak dalam ikatan perkawinan dan tidak ada halangan untuk melangsungkan perkawinan. Yang kedua ialah anak luar kawin dalam arti luas terdiri dari *Anak Zinah* : Anak yang dilahirkan dari hubungan laki-laki dan perempuan dimana salah satu atau keduanya masih terikat dalam tali perkawinan yang sah, dan *Anak Sumbang* : Anak yang dilahirkan dari hubungan laki - laki dan perempuan dimana antara mereka ada larangan (Undang-Undang) untuk melakukan perkawinan karena hubungan darah yang terlalu dekat.⁶

Hubungan anak luar kawin dengan ibunya secara otomatis, hal ini tersurat dalam Pasal 43 ayat 1 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974, namun hubungan anak luar kawin dengan ayahnya baru ada kalau mengakui secara sah dan hubungan hukum hanya ada terhadap yang mengakui dan diakui. Ini diatur dalam Pasal 280 KUH Perdata : “Dengan pengakuan terhadap anak luar kawin timbullah hubungan perdata antara anak dan bapak/ibunya”. Anak luar kawin yang bisa diakui hanya anak luar kawin dalam arti sempit.

Ada suatu kesan bahwa hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi (sebagaimana tercantum dalam Pasal 28 B ayat 2 Undang-Undang Dasar 1945: “Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”) belum ada keseriusan dari Negara ini untuk memberikannya secara maksimal padahal

⁶Ali Afandi, 1978, *Hukum Waris Hukum Keluarga Hukum Pembuktian*, PT Reneka Cipta, Jakarta, hlm.145-146

hak anak termasuk salah satu 10 (sepuluh) atau bagian hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi dan dipenuhi negara.

Belum maksimalnya hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi terbukti dan diakui untuk Pasal 43 ayat (1) tersebut di atas dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pada tanggal 17 Februari 2012 Mahkamah Konstitusi (MK) melalui Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengabulkan permohonan *Judicial Review* atas Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 (pemohon Machica Mochtar isteri kawin siri dengan Murdiono mengajukan permohonan pengujian Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ke MK terhadap Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 28 D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945). Dengan menambahkan frasa :

“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”

Keputusan Mahkamah Konstitusi sifatnya adalah final, artinya tidak ada upaya hukum yang lainnya. Dengan demikian konsekuensinya dengan dikabulkannya permohonan tersebut oleh Mahkamah Konstitusi, maka kewajiban seorang bapak ini berkaitan dengan hubungan perdata yang sudah terjalin setelah ada Pengakuan Anak, yakni memberi nafkah kepada anak yang diakui, menjadi wali dari anak yang diakui, saat dibutuhkan dan mewariskan hartanya kepada anak yang diakuinya. Adanya Putusan MK

Nomor 46/PUU-VIII/2010 tersebut, mendapat tanggapan dari Majelis Ulama Indonesia (MUI) bahwa Putusan MK itu sudah melampaui wewenang, sangat berlebihan atau overdosis, Awalnya putusan itu memberikan pengakuan keperdataan terhadap anak yang tidak dicatatkan di KUA, namun akhirnya meluas, menyentuh hubungan keperdataan atas anak hasil hubungan zina dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya. Konsekwansinya mengesahkan hubungan nazab, waris, wali dan nafkah antara anak hasil zina dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya.⁷ Oleh karena itu fatwa MUI Nomor 11 tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, menyatakan : Anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris, dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya.

Selain kontroversi di atas, Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 menyisakan beberapa masalah yang mesti diselesaikan demi mewujudkan rasa keadilan dan melindungi kepentingan si anak hasil perzinahan, karena labelisasi anak zina merupakan beban moral dalam masyarakat yang cukup berat, tidak hanya bagi ibu dan keluarganya, tetapi terlebih bagi anak itu sendiri. Masih terdapat diskriminasi terhadap perlindungan hukum bagi anak zina. Hukum agama dan hukum Negara melarang perbuatan orang tua mereka, dan anak-anak yang lahir sebagai buah dari perbuatan orang tuanya yang terlarang tersebut akhirnya menjadi korban. Status mereka dipandang rendah dan dihina oleh sebagian masyarakat, dan akses untuk memperoleh

⁷Ketua MUI KH. Ma'ruf Amin, Selasa, 13 Maret 2012 www.voa-islam.com/.../mui-kecam-putusan-mk-tentang-status-anak-zina... 14Mar 2012.....unduh 2 November 2014 jam 8 WIB

hak-hak keperdataannya pun masih terkendala disana sini. Oleh karena itu penelitian yang berjudul “REKONSTRUKSI PERLINDUNGAN HUKUM ATAS HAK-HAK KEPERDATAAN ANAK HASIL PERZINAHAN BERBASIS NILAI KEADILAN” perlu dilakukan.

B. Perumusan Masalah

1. Bagaimana realitas perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan dalam sistem hukum di Indonesia ?
2. Bagaimana kelemahan-kelemahan perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan saat ini ?
3. Bagaimana rekonstruksi perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan yang berbasis nilai keadilan ?

C. Tujuan Penelitian Disertasi

1. Untuk mengetahui realitas perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan dalam sistem hukum Indonesia.
2. Untuk mengetahui dan mengkaji kelemahan-kelemahan perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan saat ini.
3. Untuk merekonstruksi perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan yang berbasis nilai keadilan.

D. Manfaat Penelitian Disertasi

1. Secara Teoritis

Secara teoritis penelitian ini diharapkan bermanfaat dalam memberikan kontribusi dalam pengembangan ilmu hukum pada umumnya dan khususnya yang berkaitan dengan rekonstruksi perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan yang berbasis nilai-nilai keadilan.

2. Secara Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran berupa rekomendasi dalam rekonstruksi perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan yang berbasis nilai-nilai keadilan.

E. Kerangka Teori Disertasi

1. Teori Keadilan sebagai Grand Theory

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Spesifik dilihat dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan yang berdasarkan filsafat hukum Aristoteles, dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.⁸

Pada pokoknya pandangan keadilan ini sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan. Aristoteles membedakan hak persamaanya sesuai dengan hak proposional. Kesamaan hak dipandangan

⁸Carl Joachim Friedrich, 2004, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, hlm 24.

manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Inilah yang dapat dipahami bahwa semua orang atau setiap warga negara dihadapan hukum sama. Kesamaan proposional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukannya.

Lebih lanjut, keadilan menurut pandangan Aristoteles dibagi kedalam dua macam keadilan, keadilan “*distributief*” dan keadilan “*commutatief*”. Keadilan distributief ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut prestasinya. Keadilan commutatief memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya dalam hal ini berkaitan dengan peranan tukar menukar barang dan jasa.⁹ Dari pembagian macam keadilan ini Aristoteles mendapatkan banyak kontroversi dan perdebatan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebaikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.¹⁰

Beberapa konsep keadilan yang dikemukakan oleh Filsuf Amerika di akhir abad ke-20, John Rawls, seperti *A Theory of justice, Political*

⁹ L.J. Van Apeldoorn, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 11-12.

¹⁰ Carl Joachim Friedrich, *Op.Cit*, hlm. 25

Liberalism, dan *The Law of Peoples*, yang memberikan pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan.¹¹

John Rawls yang dipandang sebagai perspektif “*liberal egalitarian of social justice*”, berpendapat bahwa keadilan adalah kebijakan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social institutions*). Akan tetapi, kebijakan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan.¹²

Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaanya yang dikenal dengan “posisi asli” (*original position*) dan “selubung ketidaktahuan” (*veil of ignorance*).¹³

Pandangan Rawls memosisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam masyarakat. Tidak ada perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai suatu “posisi asli” yang bertumpu pada pengertian *ekulibrium reflektif* dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*).

¹¹ Pan Mohamad Faiz, *Teori Keadilan John Rawls*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume 6 Nomor 1 (April 2009), hlm. 135.

¹² Pan Mohamad Faiz, *Ibid*, hlm. 139-140.

¹³ Pan Mohamad Faiz, *Ibid*, hlm. 141

Sementara konsep “selubung ketidaktahuan” diterjemahkan oleh John Rawls bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai “*Justice as fairness*”.¹⁴

Dalam pandangan John Rawls terhadap konsep “posisi asli” terdapat prinsip-prinsip keadilan yang utama, diantaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki, kompatibel dan ketidaksamaan kebutuhan sosial, ekonomi pada diri masing-masing individu.

Prinsip pertama yang dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), seperti kebebasan beragama (*freedom of religion*), kemerdekaan berpolitik (*political of liberty*), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (*freedom of speech and expression*), sedangkan prinsip kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), yang menghipotesakan pada prinsip persamaan kesempatan (*equal oppotunity principle*).

Lebih lanjut John Rawls menegaskan pandangannya terhadap keadilan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu: pertama, memberi hak

¹⁴ Pan Mohamad Faiz, *Ibid.* hlm. 142

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.¹⁵

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 ketidak-adilan yang dialami kaum lemah.

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan didalamnya.¹⁶

Pandangan Hans Kelsen ini pandangan yang bersifat positifisme, nilai-nilai keadilan individu dapat diketahui dengan aturan-aturan hukum

¹⁵ John Rawls, 1973, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta

¹⁶Hans Kelsen, 2011, *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Nusa Media, Bandung, hlm. 7.

yang mengakomodir nilai-nilai umum, namun tetap pemenuhan rasa keadilan dan kebahagiaan diperuntukan tiap individu.

Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif. Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.¹⁷

Sebagai aliran positifisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya

¹⁷Hans Kelsen, *Ibid*, hlm. 8

sahih dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.¹⁸

Pemikiran tentang konsep keadilan, Hans Kelsen yang menganut aliran positifisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam.

Menurut Hans Kelsen :¹⁹

“Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda : yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”

Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen: pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan.²⁰

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan di atas dasar suatu yang kokoh dari suatu tatanan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan

¹⁸ *Ibid*, hlm.14

¹⁹ Hans Kelsen, *Loc Cit.*, hlm. 14.

²⁰ Hans Kelsen, *Ibid*, hlm. 16.

umum adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.²¹ Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (*law umbrella*) bagi peraturan-peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan hukum tersebut.²²

Pembukaan UUD’45 secara tegas menyatakan bahwa Pancasila adalah dasar dari pembentukan “pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat”.

Pancasila, dari bahasa Sanskerta: *pañca* berarti lima dan *la* berarti prinsip atau asas, merupakan ideologi dasar Negara Indonesia. Kelima asas ini kemudian dijabarkan menjadi 36 butir pengamalan, ditetapkan oleh MPR melalui Tap MPR No.II/MPR/1978 tentang Ekaprasetya Pancakarsa.

²¹ Hans Kelsen, *Loc Cit*, hlm.16

²²Undang-undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Ketetapan MPR ini sejak tahun 2003 diubah melalui Tap MPR No. I/MPR/2003 dengan 45 butir Pancasila. Nilai/butir Pancasila ini diharapkan menjadi pegangan pemerintah melaksanakan tugas-tugasnya, sekaligus menjadi karakter bangsa Indonesia. Namun sayangnya tidak ada kebijakan pemerintah untuk memasukannya ke dalam kurikulum pendidikan ataupun program doktrinasi lewat media. Sewaktu masih SD, hampir semua murid harus hafal butir Pancasila dan setiap malam disuguhkan kebanggaan pada Garuda Pancasila lewat layar kaca.

Kita sebuah masyarakat bernegara, maka harus ada persamaan fikir dan sikap masyarakat kepada negara, harus meletakkan setiap egonya pada prinsip yang telah disepakati bersama dan menjunjung tinggi prinsip dasar tersebut demi terciptanya rasa aman bermasyarakat dan tercapainya tujuan bernegara, yaitu kemakmuran.

Prinsip dasar negara Kesatuan Republik Indonesia, adalah Pancasila yang mengakomodir dan (harusnya) juga bersifat memaksa sebagai pandangan hidup semua orang yang mengaku bangsa Indonesia, dan menjadi sifat dasar bagi semua rakyat Indonesia dalam bermasyarakat. Dari 45 butir nilai-nilai Pancasila yang berkaitan dengan disertasi penulis adalah sila yang kelima, yaitu Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia (terutama butir b), meliputi:

- a. Mengembangkan perbuatan yang luhur, yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan.
- b. Mengembangkan sikap adil terhadap sesama.

- c. Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban.
- d. Menghormati hak orang lain.
- e. Suka memberi pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri.
- f. Tidak menggunakan hak milik untuk usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain
- g. Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah.
- h. Tidak menggunakan hak milik untuk bertentangan dengan atau merugikan kepentingan umum.
- i. Suka bekerja keras.
- j. Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama.
- k. Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

Teori keadilan ini merupakan *grand theory* yang akan digunakan untuk menganalisa bahan-bahan hukum dan fakta-fakta hukum guna mendiskripsikan penyelesaian masalah yang pertama, kedua dan ketiga.

2. Teori Perlindungan Hukum sebagai Midle Theory

Perlindungan hukum merupakan unsur yang harus ada dalam suatu Negara Indonesia sebagai Negara hukum sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat 3 UUD 1945 yang berbunyi: Indonesia adalah Negara hukum.

Artinya adalah Negara yang berdasarkan atas hukum. Dengan sendirinya perlindungan hukum menjadi unsur esensial serta menjadi

konsekuensi dalam Negara hukum, Negara wajib menjamin hak-hak hukum warga negaranya. Perlindungan hukum bagi Warga Negara Indonesia merupakan pengakuan terhadap harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila dan prinsip-prinsip Negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Perlindungan hukum diberikan kepada Warga Negara Indonesia sangat diperlukan demi terciptanya peraturan umum dan kaidah hukum yang berlaku umum.

Ada beberapa pengertian perlindungan hukum menurut para ahli, yaitu:

1. Perlindungan hukum ialah memberikan pengayoman kepada hak azazi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.²³
2. Perlindungan hukum ialah perlindungan akan harkat dan martabat, serta pengakuan terhadap hak-hak azazi manusia yang dimiliki oleh subjek hukum berdasarkan ketentuan hukum dari kewenangannya.²⁴
3. Perlindungan hukum ialah perlindungan yang diberikan oleh hukum, terkiat pula dengan adanya hak dan kewajiban, dalam hal ini yang dimiliki oleh manusia sebagai subyek hukum dalam interaksinya dengan

²³Satjipto Raharjo, 1993, *Penyelenggaraan Keadilan dalam Masyarakat yang sedang Berubah*. Jurnal Masalah Hukum.

²⁴Philipus M. Hadjon., 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*. Bina Ilmu , Surabaya, hlm. 68

sesama manusia serta lingkungannya. Sebagai subyek hukum manusia memiliki hak dan kewajiban untuk melakukan suatu tindakan hukum.²⁵

Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia karena menurut sejarah dari barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak azasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah.

Aspek dominan dalam konsep barat tentang hak azasi manusia menekankan eksistensi hak dan kebebasan yang melekat pada kodrat manusia dan statusnya sebagai individu, hak tersebut berada di atas negara dan di atas semua organisasi politik dan bersifat mutlak sehingga tidak dapat diganggu gugat. Karena konsep ini, maka seringkali dilontarkan kritik bahwa konsep barat tentang hak-hak azasi manusia adalah konsep yang individualistik. Kemudian dengan masuknya hak-hak sosial dan hak-hak ekonomi serta hak kultural, terdapat kecenderungan mulai melunturnya sifat individualistik dari konsep barat.

Dalam merumuskan prinsip-prinsip perlindungan hukum di Indonesia, landasannya ialah Pancasila sebagai ideologi dan falsafah negara. Konsepsi perlindungan hukum rakyat di Barat bersumber pada konsep-konsep *Rechtsstaat* dan *Rule of The Law*. Dengan menggunakan konsepsi Barat sebagai kerangka berfikir dengan landasan Pancasila, prinsip

²⁵CST Kansil, 1989, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Balai pustaka, Jakarta, hlm. 39

perlindungan hukum di Indonesia adalah prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindak pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia karena menurut sejarahnya di Barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah.²⁶

Adapun sarana perlindungan hukum ada dua (2) macam, yaitu

1. Sarana perlindungan hukum preventif

Pada perlindungan hukum preventif ini, subjek hukum diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif. Tujuannya ialah mencegah terjadinya sengketa. Perlindungan hukum preventif sangat besar artinya bagi tindak pemerintahan yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersifat hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi. Di Indonesia belum ada pengaturan khusus mengenai perlindungan preventif.

2. Sarana perlindungan hukum represif

Perlindungan hukum yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh Pengadilan Umum dan

²⁶ Philipus M.Hadjon, *Op Cit.* hlm.38

Peradilan Administrasi di Indonesia termasuk kategori perlindungan hukum ini. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia karena menurut sejarah dari Barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak azasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah. Prinsip kedua yang mendasari perlindungan hukum terhadap tindak pemerintahan adalah prinsip negara hukum. Dikaitkan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikaitkan dengan tujuan dari negara hukum.

Di Indonesia perlindungan hukum bagi rakyat akibat tindakan pemerintah ada beberapa kemungkinan, tergantung dari instrumen hukum yang digunakan pemerintah ketika melakukan tindakan hukum. Telah disebutkan bahwa instrumen hukum yang lazim digunakan adalah keputusan dan ketetapan. Tindakan hukum pemerintah yang berupa mengeluarkan keputusan termasuk dalam kategori regeling atau perbuatan pemerintah dalam bidang legislasi, karena keputusan yang dikeluarkan pemerintah itu merupakan peraturan perundang-undangan.

3. Applied Theory

3.1. Teori Teori legislasi

Pengertian legislasi ialah proses pembuatan undang-undang atau penyempurnaan perangkat hukum yang sudah ada melalui serangkaian kegiatan sertifikasi (pengaturan kompetensi), registrasi (pengaturan kewenangan) dan lisensi (pengaturan penyelenggaraan kewenangan).²⁷

Teori legislasi merupakan turunan atau kelanjutan dari teori Negara Hukum, dimana menurut Friedrich Julius Stahl tentang Negara Hukum ditandai oleh empat (4) unsur pokok, yaitu

1. Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak dasar manusia;
2. Negara didasarkan pada teori Trias Politika (pemisahan kekuasaan);
3. Pemerintahan diselenggarakan berdasarkan aturan hukum atau undang-undang (*Wetmatig bestuur*);
4. Adanya peradilan administrasi yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah.

Istilah Negara Hukum di Indonesia, sering diterjemahkan “*rechtsstaats*” atau “*the rule of law*”. Paham “*rechtsstaats*” bermula pada system hukum Eropa Kontinental. Kemudian mulai populer pada abad ke 17 sebagai akibat dari situasi social politik yang ada di kawasan Eropa yang didominasi oleh absolutism raja.²⁸ Sedangkan paham *the rules of law* mulai dikenal sejak Albert Venn Dicey yang pada tahun 1985 menerbitkan bukunya *Introduction to Study of the Law of the*

²⁷Norwahidahdosen.wordpress.com/2011/02/07/legislasi-registrasi, diakses tanggal 11 Oktober 2014, pukul 21.30 WIB

²⁸Mariam Budiardjo, 1998, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm.57

Constitution, paham ini bertumpu pada system hukum Anglo Saxon atau *Cammon Law System*.²⁹

Di Indonesia istilah Negara hukum '*rechtsstat* semula tercantum dalam penjelasan Undang-undang Dasar 1945 Bagian umum, sub Bagian Sistem Pemerintahan Negara, dimana pada angka 1 menentukan: Indonesia adalah Negara berdasarkan hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machsstaat*). Akan tetapi setelah beberapa kali diamandemen, istilah tersebut ditiadakan. Kemudian pada amandemen ketiga, prinsip Negara Hukum dicantumkan pada Pasal 1 ayat 3 yang berbunyi: Indonesia adalah Negara Hukum.

Salah satu ciri Negara Hukum ialah adanya pembagian kekuasaan seperti yang digagas oleh Montesqueu, yang terdiri legislative, eksekutif dan yudikatif. **Legislatif** adalah badan deliberatif pemerintah dengan kuasa membuat hukum. Legislatif dikenal dengan beberapa nama, yaitu *parlemen*, *kongres*, dan *asembli nasional*. Dalam sistem Parlemen, legislatif adalah badan tertinggi dan menunjuk eksekutif. Dalam sistem Presidentil, legislatif adalah cabang pemerintahan yang sama, dan bebas, dari eksekutif. Badan legislatif adalah lembaga yang "LEGISLATE" atau membuat Undang-Undang. Anggota-anggotanya dianggap mewakili rakyat, maka dari itu badan ini sering dinamakan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR); nama lain yang sering dipakai adalah parlemen. Dewan Perwakilan Rakyat dianggap

²⁹ Philipus M. Hadjon, 1972, Perlindungan Hukum bagi rakyat di Indonesia, sebuah study tentang prinsip-prinsipnya, Penerapannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara, Bina Ilmu, Surabaya, hlm.72

merumuskan kemauan rakyat atau umum ini dengan jalan menentukan kebijaksanaan umum (*public policy*) yang mengikat seluruh masyarakat. Undang-undang yang dibuatnya mencerminkan kebijaksanaan-kebijaksanaan itu. Dapat dikatakan bahwa ia merupakan badan yang membuat keputusan yang menyangkut kepentingan umum.³⁰

Peter Noll yang menulis buku *Gezetzgebungslehre* sebagai gagasan awal,³¹ telah memberikan perhatian dan pengaruh yang sangat besar terhadap studi keilmuan tentang fenomena legislasi. Sampai saat itu, Noll melihat bahwa teori hukum telah secara eksklusif terfokus pada adjudikasi, sementara legislasi tidak menjadi perhatian.³² Ilmu hukum (*legal science*) secara terbatas hanya menerangkan apa yang disebut Noll sebagai “*a science of the application of rules*” (*Rechtsprechung wissenschaft*), yang lebih banyak memfokuskan penerapan hukum oleh hakim. Padahal, menurutnya, kreasi para hakim dan para legislator atau *judicial process* dan *legislative process*, sesungguhnya melakukan hal yang sama.³³

Terkait dengan pembahasan lembaga legislatif secara teori, maka akan merujuk pada kelembagaan perwakilan politik dalam sebuah

³⁰ Mariam Budiardjo, *Op.Cit.* hlm. 730

³¹ Peter Noll, 1973, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek: Rohwohlt, hlm. 314

³² Fakta yang menjelaskan bahwa teori hukum dalam legislasi tidak terlalu penting, terlihat sebagaimana pandangan J. Landis, “Statutes and the Sources of Law”, dalam “*Harvard Legal Essays Written in Honor and Presented to Joseph Hendri Beale and Samuel Williston*”, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1934, hlm. 230. Disebutkan dalam buku tersebut: “*the interplay between legislation and adjudication has been generally explored from the standpoint of interpretation. The function of legislature...has been largely ignored*”

³³ Peter Noll, *Op. Cit.*, hlm. 48

sistem politik demokrasi. Karena konsep perwakilan politik yang ideal memang hanya ada pada negara yang menganut sistem demokrasi.

Jika seseorang duduk dalam lembaga perwakilan melalui pemilihan umum, maka sifat perwakilannya disebut Perwakilan Politik (*Political Representation*). Adapun tugas dan fungsinya dalam masyarakat kalau yang bersangkutan menjadi anggota lembaga perwakilan melalui pemilihan umum maka yang bersangkutan tetap disebut sebagai perwakilan politik.

Terbaginya sistem ini terjadi sebagai konsekuensi logis dari dianutnya demokrasi tidak langsung . Yang dimaksud demokrasi tidak langsung adalah suatu demokrasi dimana pelaksanaan secara langsung oleh rakyat, akan tetapi melalui lembaga-lembaga perwakilan rakyat.

Lembaga Perwakilan Rakyat yang dikenal di dunia terdiri dari dua system yaitu

1. Sistem dua kamar (*Bicameral system*), biasanya dipakai oleh negara-negara yang menganut sitem federasi/federal, misalnya Amreika dan Inggris.
2. System satu kamar (*one cameral system*), sistem ini banyak dipakai oleh nega kesatuan , antara lain Indonesia, Denmark, New Zeland, Finlandia, Israel dan Spanyol.

Para ahli hukum di zaman sekarang masih tetap menjadikan kajian yang digagas oleh Petter Noll dan Jeremy Bentam³⁴ sebagai bahan kajian intelektual yang relevan, karena hukum modern yang lahir bersamaan dengan lahirnya negara modern pada umumnya memiliki pemahaman bahwa negara modern yang rasional harus membagi dan memilah tugas negara secara rasional pula, sehingga rasionalisasi dari pemahaman ini telah membuat negara-negara modern melakukan pembagian kekuasaan atau setidaknya melakukan pemisahan kekuasaan antara kekuasaan eksekutif, kekuasaan legislatif, dan kekuasaan yudikatif.³⁵

Negara modern ialah negara dengan konstitusi modern yang menghasilkan undang-undang dan konvensi yang telah diakui, untuk melaksanakan fungsi kekuasaan yang telah terbagi tersebut (fungsi kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif). Sistem bagian kekuasaan pada negara modern ini telah memberikan pengaruh yang sangat besar bagi proses demokratisasi politik, dimana pada masa lalu kekuasaan pada umumnya terpusat pada raja atau kelompok oligarki kekuasaan tertentu, sehingga dengan adanya sistem pembagian kekuasaan ini telah menimbulkan ketidaknyamanan bagi penganut paham sentarlistik.³⁶

³⁴ Lihat Edward L Rubin, 1991, *Legislative Methodologi: Some Lesson from the Truth in Leading Act*, 80GEO.L/233, dalam Juhaya S.Praja, Op.Cit,hlm.143

³⁵Satjipto Rahardjo, 2005, *Ilmu Hukum, Pencarian, Pembebasan, dan Pencerahan*, Muhammadiyah University Presss, hlm.137

³⁶C. F. Strong, *Konstitusi-konstitusi Politik Modern, Kajian tentang Sejarah dan Bentuk-bentuk Konstitusi Dunia*, diterjemahkan dari *Modern Political Constitution: an Introduction of the Comparataive Study of Their Histiry and Existing Form*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, hlm.15

Di Negara Republik Indonesia, penerapan teori legislasi dalam tataran ketatanegaraan telah dimulai sejak diluncurkannya Program Legislasi Nasional (Prolegnas) pada tahun 1976 yang kemudian ditindaklanjuti dengan diadakannya Rapat Kerja Konsultasi Prolegnas Pelita IV pada tahun 1983, lalu diikuti lagi dengan Lokakarya Penyusunan Program Legislasi Nasional di Manado tahun 1997. Pada era reformasi (tahun 1999 sampai sekarang) Prolegnas tidak hanya menjadi kerja pemerintah, yang dalam hal ini Menteri Kehakiman (sekarang Kemenkumham) dan BPHN tetapi sudah menjadi program kerja DPR.³⁷

Teori legislasi ini, akan digunakan untuk menjelaskan permasalahan yang diangkat dalam disertasi ini dan sekaligus akan digunakan untuk membatasi ruang lingkup permasalahan, baik permasalahan pertama, kedua maupun ketiga. Sekaligus teori legislasi ini digunakan untuk menjelaskan paradigma obyek yang diteliti, agar ditemukan dasar analisis perlindungan hukum anak hasil zina berbasis nilai keadilan untuk dituangkan dalam peraturan perundang-undangan sampai realita mekanisme eksekusi perlindungan tersebut. Selain itu juga akan dipakai untuk merekonstruksi peraturan perundangan (KUH Perdata/BW, KHI, Kompilasi Hukum Hukum, UU Perlindungan Anak) yang berkaitan perlindungan hukum anak hasil zina.

³⁷Juhana S Pradja, 2011, *Teori Hukum dan Penerapannya*, Bandung, CV.Pustaka Setia, hlm.148

3.2. Teori *Social engineering* sebagai *aplied theory*

Sebuah perbincangan yang hingga kini tak juga kunjung putus adalah soal fungsi hukum dalam masyarakat. Di satu pihak orang meyakini kebenaran premis bahwa hukum itu tak lain hanyalah refleksi normatif saja dari pola-pola perilaku yang telah terwujud sebagai realitas sosial. Sedangkan di pihak lain orang masih banyak juga yang suka menteorikan bahwa hukum itu sesungguhnya adalah suatu variabel bebas yang manakala dioperasionalkan sebagai kekuatan yang bertujuan politik akan mampu mengubah tatanan struktural dalam masyarakat.

Pandangan yang disebutkan pertama adalah pandangan yang melihat hukum sebagai ekspresi kolektif suatu masyarakat, dan karena itu hasil penggambarannya secara konseptual akan melahirkan konsep hukum sebagai bagian dari elemen kultur ideal. Pandangan yang kedua adalah pandangan yang melihat hukum benar-benar sebagai instrumen, dan karena itu hasil penggambarannya secara konseptual akan banyak menghasilkan persepsi bahwa hukum adalah bagian dari teknologi yang lugas; atau meminjam kata-kata Rouscoe Poend, hukum itu adalah "*tool of social engineering*".

Menurut Lawrence sebagaimana dikutip oleh Soetandyo, menyatakan bahwa Hukum sebagai alat *social engineering* adalah ciri utama negara modern. Jeremy Bentham (dalam Soetandyo) bahkan sudah mengajukan gagasan ini di tahun 1800-an, tetapi baru mendapat

perhatian serius setelah Roscoe Pound memperkenalkannya sebagai suatu perspektif khusus dalam disiplin sosiologi hukum. Roscoe Pound minta agar para ahli lebih memusatkan perhatian pada hukum dalam praktik (*law in actions*), dan jangan hanya sebagai ketentuan-ketentuan yang ada dalam buku (*law in books*). Hal itu bisa dilakukan tidak hanya melalui undang-undang, peraturan pemerintah, keppres, dll tetapi juga melalui keputusan-keputusan pengadilan.

Dewasa ini jumlah eksponen pendukung ide “*law as a tool of social engineering*” kian bertambah. Perkembangan yang disebut Geertz (dalam Soetandyo) sebagai perkembangan “*from old society to new state*” memang telah menyuburkan tekad-tekad untuk menggerakkan segala bentuk *kemandeg-an* dan untuk mengubah segala bentuk kebekuan, baik lewat cara-cara revolusioner yang ekstra legal maupun lewat cara-cara yang bijak untuk menggunakan hukum sebagai sarana perubahan sosial.

Menurut Soetandyo³⁸ hal ini berimplikasi para banyaknya praktisi yang berminat untuk memikirkan strategi-strategi perubahan yang paling layak untuk ditempuh dan untuk merekayasa *ius constituendum* apa yang sebaiknya segera dirancangan dan diundangkan sebagai langkah implementasinya. Sedangkan para teoritisnya banyak berminat untuk mendalami studi-studi tentang keefektifan hukum guna menemukan determinan-determinan (paling)

³⁸fachrizalafandi.wordpress.com/2010/.../hukum-sebagai-alat-rekayasa-sos...3 Agt 2010 – diunduh tanggal 25 November 2014 jam 9.30 WIB

penting yang perlu diketahui untuk mengfungsikan hukum sebagai sarana pembangunan.

Menurut mazhab fungsional atau biasa disebut mazhab sosiologik hukum (*sociology of law*) melalui tokohnya Roscoe Pound (dalam Satjipto)³⁹ yang berpendapat bahwa hukum itu lebih dari sekadar himpunan norma-norma yang abstrak atau ordo-hukum. Namun, hukum merupakan satu proses untuk menyeimbangkan kepentingan-kepentingan yang berlawanan dan memberikan jaminan, kepastian kepuasan kepada keinginan golongan terbanyak dengan gesekan yang sekecil mungkin. Analogi dari pemahaman hukum yang demikian itulah yang oleh Pound disebutkan sebagai rekayasa sosial (*social engineering*).

Perlu diperhatikan juga sebelumnya bahwa suatu peraturan atau hukum baru dapat dikatakan baik apabila memenuhi tiga syarat menurut teori Radbruch, yaitu secara filosofis dapat menciptakan keadilan, secara sosiologis bermanfaat dan secara yuridis dapat menciptakan kepastian. Sedangkan menurut Pound suatu undang-undang harus berfungsi sebagai “*tool of social control*” dan “*tool of social engineering*”.

Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa pembicaraan dan perbincangan tetap saja ramai untuk mempersoalkan apakah hukum dalam kenyataannya *in concreto* memang akan dapat merekayasa

³⁹fchrizalafandi.wordpress.com/2010/.../hukum-sebagai-alat-rekayasa-sos...3 Agt 2010 – diunduh tanggal 25 November 2014 jam 9.30 WIB

masyarakat dengan efektif manakala ia hanya terbit sebagai manifestasi—meminjam adagium kaum positivitis”*the command of the sovereign*” (perintah yang berdaulat), dan tidak pernah mempertimbangkan dua soal berikut ini: *Pertama*, apakah sesungguhnya nilai-nilai moral dan kaidah-kaidah social yang dianut rakyat dalam kehidupan sehari-harinya; *Kedua*, sejauh manakah rakyat awam itu bersedia berbagi kesetiaan dan ketaatan, tidak hanya kepada nilai-nilai dan kaidah-kaidahnya sendiri yang informal tetapi juga kepada “*the command of the sovereign*” yang bergaya formal itu. Bertolak dari semua itu terdapat satu hal penting yang perlu (harus) disadari sebagai suatu persoalan tersendiri atas asumsi dasar mengenai dalil “*law is a tool of social engineering*“, bahwa menurut von Savigny (dalam Soetandyo), sesungguhnya hukum itu tidak pernah bisa dibuat berdasarkan rasionalitas pikiran manusia yang disengaja. Hukum sesungguhnya selalu berproses dan terwujud di dalam dan bersamaan dengan perkembangan masyarakat dan sejarah suatu bangsa. Oleh karena itu penyikapan selanjutnya adalah bagaimana sesungguhnya “*law is a tool of social engineering*” harus kita tempatkan bukan pada posisi *rule by law*, tetapi pada paradigma *rule of law*.

3.3. Teori Hukum Ijtihad

Kata *ijtihad* secara etimologi berarti bersungguh-sungguh dalam menggunakan tenaga baik fisik maupun pikiran. Kata ini beserta

seluruh variasinya menunjukkan pekerjaan yang dilakukan lebih dari biasa atau sulit dilaksanakan dan tidak disenangi⁴⁰.

Kata *ijtihad* seperti dikemukakan Al-Ghazali, biasanya tidak digunakan kecuali pada hal-hal yang mengandung kesulitan. Oleh karena itu tidak disebut berijtihad jika hanya menyangkut hal-hal yang mengandung kesulitan. Dari kalangan Hanafiyah mendefinisikan ijtihad sebagai: “pengerahan kemampuan untuk menemukan kesimpulan hukum-hukum syara’ sampai ketingkat *dhanny* (dugaan keras) sehingga *mujtahid* itu merasakan tidak lagi bisa lebih dari itu”.

Sedangkan Al-Baidawi (w. 685 H.) ahli usul fikih dari kalangan Syafi’iyah mendefinisikan ijtihad sebagai: pengerahan seluruh kemampuan dalam upaya menemukan hukum-hukum syara’ “. Lebih jelas lagi defenisi ijtihad menurut Abu Zahrah,⁴¹ ahli usul fikih yang hidup pada Abad kedua puluh ini, yaitu: pengerahan seorang ahli fikih akan kemampuannya dalam upaya mengistimbathkan hukum-hukum yang berhubungan dengan amal perbuatan dari satu persatu dalilnya”.

Berdasarkan defenisi ini, *ijtihad* terbagi kepada dua macam, yaitu ijtihad untuk membentuk atau mengistimbathkan hukum dari dalilnya, dan ijtihad untuk menerapkan hukumnya (ide hukum) itu. Ijtihad dalam bentuk pertama ini khusus dilakukan para ulama yang mengkhususkan diri untuk mengistimbathka hukum dari dalilnya.

⁴⁰ Muhammad Musa al-Tiwana, *al-Ijtihad wa MadzaHajatuna Baihi fi Haza al-Asr*, (Mesir dar al-Kutubak al-hadis, 1972), hlm. 97.

⁴¹A. Khisni, 2011, *Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional*, Cet.1 (Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum UU), hlm.26

Menurut jumbuh ulama usul fikih, pada masa tertentu mungkin terjadi kevakuman dari ijtihad seperti ini bilamana hasil-hasil ijtihad di masa lampau masih dianggap cukup untuk menjawab masalah-masalah yang muncul di kalangan umat Islam.

Sedangkan ijtihad yang kedua, yaitu ijtihad dalam penerapan hukum, akan selalu ada di setiap masa, selama umat Islam mengamalkan ajaran agama mereka, karena tugas *mujtahid* semacam ini adalah untuk menerapkan hukum Islam termasuk hasil-hasil ijtihad para ulama terdahulu.⁴²

Dasar hukum *Ijtihad*. Banyak alasan yang menunjukkan kebolehan melakukan ijtihad antara lain ayat 59 *Surat an-Nisa'*, Artinya: “*Hai orang-orang yang beriman, taatlah kalian kepada Allah dan taatlah kepada Rasul dan ulil ‘amri di antara kamu, maka jika kalian berlainan pendapat tentang sesuatu maka kembalikanlah ia kepada Allah (al-Qur’an) dan Rasul-Nya (Sunnah), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian*”.

Seruan mengembalikan sesuatu yang diperbedakan kepada al-Qur’an dan as-Sunnah.

Menurut Ali Hasabalah, adalah peringatan agar orang tidak mengikuti hawa nafsunya dan mewajibkan untuk kembali kepada Allah dan Rasulnya dengan jalan *ijtihad* dalam membahas kandungan ayat atau Hadits yang barang kali tidak mudah untuk dijangkau, atau

⁴² A.Khisni, *Ibid*, hlm. 27

berijtihad untuk menerapkan kaidah-kaidah umum yang disimpulkan dalam al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah seperti menyamakan hukum suatu yang tidak ditegaskan hukumnya dengan suatu yang disebutkan dalam al-Qur'an karena kesamaan *'illatnya*.⁴³

Fungsi *ijtihad*, menurut Imam Syafi'i R.A. (150-204 H) penyusun pertama usul fikih dengan bukunya *al-Risalah*, ketika menggambarkan kesempurnaan al-Qur'an mengatakan: "maka tidak terjadi suatu peristiwa pun pada seseorang pemeluk agama Allah, kecuali dalam kitab Allah terdapat petunjuk tentang hukumnya". Menurutnya, hukum-hukum yang terkandung dalam al-Qur'an bisa menjawab berbagai permasalahan itu. Oleh karena itu menurutnya, Allah mewajibkan kepada hamba-Nya untuk *berijtihad* dalam upaya menimba hukum-hukum dari sumbernya itu. Selanjutnya ia mengatakan bahwa Allah menguji ketaatan seseorang untuk melakukan *ijtihad*, sama halnya seperti Allah menguji ketaatan hamba-Nya dalam hal yang diwajibkan lainnya.⁴⁴

Para ulama usul fikih sepakat bahwa ayat-ayat atau Hadits Rasulullah yang sudah tidak diragukan lagi kepastiannya (*qath'i*) datang dari Allah dan Rasulnya, seperti al-qur'an dan Hadits *mutawatir* (Hadits yang diriwayatkan oleh sekelompok orang yang tidak mungkin berbohong) bukan lagi merupakan lapangan *ijtihad* dari segi periwayatannya. Al-qur'an yang beredar di kalangan umat Islam

⁴³ A. Khisni, *Loc Cit*, hlm. 27

⁴⁴ A. Khisni, *Ibid.* hlm. 28

sekarang ini adalah pasti (*qath'i*) keasliannya datang dari Allah dan begitu pula *Hadits mutawatir* adalah pasti (*qath'i*) datang dari Rasulullah. Kepastian itu dapat diketahui karena baik al-Qur'an atau *Hadist mutawatir* sampai kepada kita dengan *riwayat mutawatir* yang tidak ada kemungkinan adanya pemalsuan.

Demikian pula halnya dengan para ulama usul fikih sepakat bahwa ijtihad tidak lagi diperlukan pada ayat-ayat atau Hadits yang menjelaskan hukum secara tegas dan pasti (*qath'i*). Wahbah az-Zuhaili menegaskan tidak dibenarkan berijtihad pada hukum-hukum yang sudah ada ketegasannya secara tegas dan pasti dalam al-Qur'an dan Sunnah. Misalnya, kewajiban melakukan salat lima waktu, kewajiban berpuasa, zakat, haji, larangan berzina, dan kadar pembagian harta warisan yang telah ditegaskan dalam al-Qur'an dan Sunnah.

Adapun hal-hal yang menjadi lapangan *ijtihad*, seperti yang dikemukakan oleh Abdul Wahhab Khallaf adalah masalah-masalah yang tidak pasti (*dhanny*) baik dari segi datangnya dari Rasulullah, atau dari segi pengertiannya, yang dapat dikategorikan kepada tiga macam, yaitu: *Hadits ahad* yang diriwayatkan orang perorang atau beberapa orang yang tidak sampai ke tingkat Hadits mutawatir. *Hadis ahad* dari segi kepastian datangnya dari Rasulullah hanya sampai ke tingkat dugaan kuat (*dhanny*) dalam arti tertutup kemungkinannya adanya pemalsuan meskipun sedikit. Dalam hal ini seorang *mujtahid* perlu melakukan ijtihad dengan cara meneliti kebenaran periwayatannya.

Lafal-lafal atau redaksi al-Qur'an atau Hadits yang menunjukkan pengertiannya secara tidak tegas (*dhanny*), sehingga ada kemungkinan pengertian lain selain yang cepat ditangkap ketika mendengar bunyi lafal atau redaksi itu. Ayat-ayat atau Hadits yang tidak tegas pengertiannya ini menjadi lapangan *ijtihad* dalam upaya memahami maksudnya. Fungsi *ijtihad* di sini adalah untuk mengetahui makna yang mana sebenarnya yang dimaksud oleh suatu teks. Hal ini sering membawa kepada perbedaan pendapat ulama dalam menetapkan hukum.

Masalah yang tidak ada *teks* ayat atau Hadits dan tidak pula ada *ijma'* yang menjelaskan hukumnya, dalam hal ini *ijtihad* memainkan peranannya yang amat penting dalam rangka mengembangkan prinsip-prinsip hukum yang terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah. Fungsi *ijtihad* di sini adalah untuk meneliti dan menemukan hukumnya lewat tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*), seperti dengan *qiyas*, *istihsan*, *maslahah-mursalah*, *'urf*, *istislah* dan *sadd al-zari'ah*. Di sini membuka kemungkinan yang luas untuk berbeda pendapat.

Konsep penemuan hukum merupakan teori hukum terbuka yang pada pokoknya bahwa suatu aturan yang telah dimuat dalam ketentuan-ketentuan hukum yang ada dalam Al Quran dan Hadis serta hukum positif (baca ; undang-undang, *qanun* dan *fiqh*) dapat saja dirubah maknanya, meskipun tidak ada diubah kata-katanya guna direlevansikan dengan fakta konkrit yang ada. Keterbukaan sistem

hukum karena terjadi kekosongan hukum, baik karena belum ada undang-undangnya maupun undang-undang tidak jelas. Dalam istilah ilmu Ushul Fiqh metode penemuan hukum dipakai dengan istilah “*istinbath*”. Istinbath artinya adalah mengeluarkan hukum dari dalil, jalan istinbath ini memberikan kaidah-kaidah yang bertalian dengan pengeluaran hukum dari dalil.⁴⁵

Dikaitkan dengan penemuan hukum dan penerapan hukum oleh Juris Islam (*fuqaha*) setidaknya-tidaknya mendasarkan kepada beberapa metode, diantaranya metode penemuan hukum bayani, ta’lil dan istislahi, yang bermuara pada tolak ukur kemaslahatan agar keadilan dan kebenaran dapat dikembangkan dari tiga metode tersebut yang tentunya tidak lepas dan kontradiksi dengan garis hukum yang telah ditetapkan dalam Al Quran dan Hadis. Oleh karena itu di dalam upaya menemukan hukum dan penerapan hukum oleh para penggali hukum Islam seyogyanya bertitik tolak dari prinsip kemaslahatan dengan metode yang telah disebutkan di atas.

Dalam perspektif penemuan hukum Islam dikenal juga dengan istilah metode penemuan hukum Bayani (*al-bayan*) mencakup pengertian *al-tabayun* dan *al-tabyin* : yakni proses mencari kejelasan (*azh-zhuhr*) dan pemberian penjelasan (*al-izhar*) ; upaya memahami

⁴⁵Asjmuni A. Rahman, 2004, *Metode Penetapan Hukum Islam*, Cet. 2, Jakarta, PT. Bulan Bintang, hlm. 1

⁵³Jazim Hamidi, 2004, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, Yoykarat, UII Pres, hlm. 51

(*alfahm*) dan komunikasi pemahaman (*al-ifham*) ; perolehan makna (*al-talaqqi*) dan penyampaian makna (*al-tablig*).⁴⁶

Dalam perkembangan hukum bayani atau setidaknya-tidaknya mendekati sebuah metode yang dikenal juga dengan istilah *hermeneutika* yang bermakna „mengartikan“, „menafsirkan“ atau „menerjemah“ dan juga bertindak sebagai penafsir.⁴⁷

Dalam pengertian ini dapat dipahami sebagai proses mengubah suatu dari situasi ketidaktahuan menjadi mengerti, atau usaha mengalihkan diri dari bahasa asing yang maknanya masih gelap ke dalam bahasa kita sendiri yang maknanya lebih jelas, atau suatu proses transformasi pemikiran dari yang kurang jelas atau *ambigu* menuju ke yang lebih jelas/konkret; bentuk transformasi makna semacam ini, merupakan hal yang esensial dari pekerjaan seorang *penafsir/muffasir*.

Penemuan hukum itu selalu berkonotasi hukumnya sudah ada, sehingga tinggal bagaimana cara menerapkan dalam peristiwa konkrit. Sedangkan pembentukan hukum berkonotasi bahwa hukumnya belum ada, sehingga harus membentuk hukum yang dibutuhkan masyarakat itu agar jangan terjadi kekosongan hukum (*rechts vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Sementara penciptaan hukum berkonotasi hukumnya sudah ada tetapi tidak jelas atau kurang lengkap. Dalam tradisi Hukum Islam sesungguhnya terminologi hermeneutika telah lama dikenal dalam keilmuan Islam yang sering

⁴⁷Jazim Hamidi, *Ibid*, hlm.20

disebut dengan istilah “ilmu tafsir” (*ilm ta’wil* dan *ilm al bayan*). Bahkan dalam perkembangan dewasa ini ilmu tafsir mengalami kemajuan pesat dalam wacana keislaman, dalam perspektif yang lebih spesifik, penggunaan istilah „ilmu tafsir“ ditujukan (*dikhitobkan*) pada terminologi “hermeneutika Al Quran” sebagaimana padanan kata dari hermeneutika pada umumnya. Trem yang digunakan dalam kegiatan interpretasi dalam wacana ilmu keislaman adalah “tafsir”. Kata tafsir berasal dari bahasa Arab ; *fassara* atau *safara* yang artinya digunakan secara teknis dalam pengertian eksegese (penafsiran teks) di kalangan orang Islam sejak abad ke-5 hingga sekarang.⁴⁸ Secara epistemologi kata tafsir (*al-tafsir*) dan ta’wil (*al-ta’wil*) sering kali disinonimkan pengertiannya ke dalam „penafsiran“ atau „penjelasan“. *Al-Tafsir* berkaitan dengan interpretasi eksternal (*exoteric exege*), sedangkan *al-ta’wil* lebih merupakan interpretasi dalaman (*esoteric exege*) yang berkaitan dengan makna batin teks dan penafsiran metaforis terhadap Al Quran. Dengan kata lain *al-tafsir* suatu upaya untuk menyingkap sesuatu yang samar-samar dan tersembunyi melalui mediator, sedangkan *ta’wil* kembali ke sumber atau sampai pada tujuan, jika kembali kepada sumber menunjukkan tindakan yang mengupayakan gerak reflektif, maka makna sampai ke tujuan adalah gerak dinamis.

⁴⁸ Jazim Hamidi, *Ibid*, hlm.22

Hermeneutika yang dalam bahasa hukum Islam merupakan ilmu atau seni menginterpretasikan (*the art of interpretation*) „teks“ atau memahami sesuatu dalam pengertian memahami teks hukum atau peraturan perundang-undangan dan kapasitasnya menjadi objek yang ditafsirkan. Kata sesuatu/teks di sini bisa berupa : teks hukum, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno, ayat-ayat *ahkam* dan kitab suci ataupun berupa pendapat dan hasil ijtihad para ahli hukum (doktrin).⁴⁹

Metode dan teknik menafsirkannya dilakukan secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks dan kontekstualisasi. Secara filosofis metode bayani mempunyai tugas ontologis yaitu menggambarkan hubungan yang tidak dapat dihindari antara teks dan pembaca, masa lalu dan sekarang yang memungkinkan untuk memahami kejadian yang pertama kali (*geniun*). Urgensi kajian ini dimaksudkan tidak hanya akan membebaskan kajian-kajian hukum dari otoritarianisme para yuris positif yang elitis tetapi juga dari kajian-kajian hukum kaum strukturalis atau *behavioralis* yang terlalu empirik sifatnya. Sehingga diharapkan kajian tidak semata-mata berkebutuhan demi kepentingan profesi yang eksklusif semata-mata menggunakan paradigma *positivisme* dan metode logis formal, namun lebih dari itu agar para pengkaji hukum supaya menggali dan meneliti makna-makna hukum dari perspektif para pengguna dan / atau para pencari keadilan.

⁴⁹ Jazim Hamidi, *Ibid*, hlm. 45

Relevansi dari kajian penemuan hukum bayani mempunyai dua makna sekaligus :

Pertama, metode bayani dapat dipahami sebagai metode interpretasi atas teks-teks hukum⁵⁰ atau metode memahami terhadap suatu naskah normatif, di mana berhubungan dengan isi (kaidah hukumnya), baik yang tersurat maupun yang tersirat, atau antara bunyi hukum dan semangat hukum. Sebagaimana yang pernah diambil oleh Nabi Idris esiensinya adalah sebuah ilmu atau seni menginterpretasikan (*the art of interpretasi*) teks ketika penafsiran wahyu Tuhan/bahasa langit, sehingga dipahami oleh makhluk di bumi.

Kedua, metode bayani juga mempunyai pengaruh besar atau relevansi dengan teori penemuan hukum. Hal mana ditampilkan dalam kerangka pemahaman lingkaran spiral hermeneutika (*cyricel hermeneutics*) yaitu berupa proses timbal-balik antara kaidah-kaidah dan fakta-fakta.

Di bawah ini dapat kita lihat bagaimana proses penemuan hukum, yang dilakukan oleh ahli hukum dengan pendekatan metode bayani :

1. *Penemuan hukum bayani oleh qadhi (hakim)* : Sebelum mengambil putusan (*ex ante*) disebut “heuristika” yaitu proses mencari dan berfikir yang mendahului tindakan pengambilan putusan hukum. Pada tahap ini berbagai argumen pro-kontra terhadap suatu putusan tertentu ditimbang-timbang antara yang satu dengan yang lain,

⁵⁰ Jazim Hamidi, *Ibid*, hlm. 21

kemudian ditemukan mana yang paling tepat. Dan tahap sesudah pengambilan putusan (*ex post*) disebut “legitimasi” yang berkenaan dengan pembenaran dari putusan yang sudah diambil. Pada tahap ini putusan diberi motivasi (pertimbangan) dan argumentasi secara substansial, dengan cara menyusun suatu penalaran yang secara rasional dapat dipertanggungjawabkan. Apabila suatu putusan hukum tidak bisa diterima oleh forum hukum, maka berarti putusan itu tidak memperoleh legitimasi. Konsekuensinya, premis-premis yang baru harus diajukan, dengan tetap berpegang pada penalaran *ex ante*, untuk menyakini forum hukum tersebut agar putusan dapat diterima.

2. *Penemuan hukum bayani oleh badan legislasi.* Metode penemuan hukum ini mempunyai peran penting bagi para pembuat undang-undang dan peraturan kebijakan, sebab pembuatan hukum yang dimulai dari perencanaan, perancangan pembahasan, putusan, sampai dengan sosialisasi hukum itu sarat dengan pekerjaan interpretasi atau pemahaman hukum. Interpretasi itulah merupakan ruh dari metode bayani.
3. *Ilmuwan hukum/Fuqahak.* Ilmuwan/fuqahak berperan dalam memberikan *anotasi* (pandangan dan penilaian hukum) atas suatu peristiwa hukum di masyarakat, sehingga meningkatkan bobot dan kualitas hukum.

Selain metode bayani adalah Metode Ta'lili. Sebelumnya penulis akan menguraikan sekitar masalah „*illat*. Ulama Ushul Fiqh membicarakan masalah „illah ketika membahas *qiyas (analogy)*. „Illah merupakan rukun qiyas dan qiyas tidak dapat dilakukan bila tidak dapat ditentukan „illahnya. Setiap hukum ada „illah yang melatar belakungnya. „Illat sebagian ulama mendefinisikan sebagai suatu sifat-lahir yang menetapkan dan sesuai dengan hukum. Defenisi lain dikemukakan oleh sebagian ulama Ushul Fiqh : „Illat ialah suatu sifat khas yang dipandang sebagai dasar dalam penetapan hukum.⁵¹

Orang yang mengakui adanya „illat dalam nash, berarti ia mengakui adanya qiyas. Para ulama Ushul Fiqh memandang masalah „illat menjadi 3 golongan :⁵²

- a. Golongan pertama (Mazhab Hanafi dan Jumhur) bahwa nash-nash hukum pasti memiliki „illat, sesungguhnya sumber hukum asal adalah „illat hukum itu sendiri, sehingga ada petunjuk (*dalil*) yang menentukan lain.
- b. Golongan yang kedua sebaliknya, bahwa nash-nash hukum itu tidak ber“illat, kecuali ada dalil yang menentukan adanya „illat.
- c. Golongan ketiga ialah ulama yang menentang qiyas (*nufatul qiyas*) yang menganggap tidak adanya „illat hukum.

Dengan semakin luasnya perkembangan kehidupan dan makin dirasakan meningkatnya tuntutan pelayanan hukum dalam kehidupan

⁵¹Muhammad Abu Zahrah, 2000, *Ushul al-Fiqh*, Cet. 6, Jakarta, Pustaka Firdaus, by. Saefullah Ma`shum, hlm.364.

⁵² Muhammad Abu Zahrah, *Ibid*, hlm.365

umat Islam. Maka banyak ketentuan hukum *nash* yang harus memperhatikan jiwa yang melatarbelakanginya, jiwa itu tidak dalam aplikasinya pada suatu saat dan keadaan tertentu, ketentuan hukum yang disebutkan dalam *nash* tidak dilaksanakan. Yang dimaksud dengan jiwa yang melatar belakangi sesuatu ketentuan hukum ialah „illat hukum atau kausa hukum.⁵³

Selama „illat hukum masih terlibat, ketentuan hukum berlaku, sedang jika „illat hukum tidak tampak, ketentuan hukum pun tidak berlaku. Dalam perkembangan ilmu Hukum Islam, para fukaha melahirkan kaidah fiqh yang mengatakan : “*Hukum itu berkisar bersama „illatnya, baik ada atau tidak adanya.*”⁵⁴

Arti kaidah fiqh tersebut ialah setiap ketentuan hukum berkaitan dengan „illat (kausa) yang melatarbelakanginya ; jika „illat ada, hukum pun ada, jika „illat tidak ada, hukum pun tidak ada. Menentukan sesuatu sebagai „illat hukum merupakan hal yang amat pelik. Oleh karenanya, memahami jiwa hukum yang dilandasi iman yang kokoh merupakan keharusan untuk dapat menunjuk „illat hukum secara tepat.

Mengenai adanya kaitan antara „illat dan hukum, para fuqaha mazhab Zahiri tidak dapat menerimanya sebab yang sesungguhnya mengetahui „illat hukum hanyalah Allah dan Rasul-Nya. Manusia tidak mampu mengetahuinya secara pasti. Manusia wajib taat kepada

⁵³Ahmad Azhar Basyir, 1984, *Pokok-Pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam*, UII Pres Yogyakarta, hlm.32.

⁵⁴ Ahmad Azhar Basyir, *Ibid*, hlm. 22

ketentuan hukum nash menurut apa adanya.⁵⁵ Menetapkan adanya kaitan hukum dengan „illat yang melatarbelakangi amat diperlukan jika kita akan mengetahui hukum peristiwa yang belum pernah terjadi pada masa Nabi, yang terlihat adanya persamaan „illat hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi disebutkan dalam nash. Dengan mengetahui „illat hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi dapat dilakukan *qiyas* atau analogi terhadap peristiwa yang terjadi kemudian.

„Illat sangat penting dan sangat menentukan ada atau tidak adanya hukum dalam kasus baru sangat bergantung pada ada atau tidak adanya „illat pada kasus tersebut. Sehingga „illat dirumuskan sebagai suatu sifat tertentu yang jelas dan dapat diketahui secara obyektif (*zhahir*), dapat diketahui dengan jelas dan ada tolak ukurnya (*mundabith*) dan sesuai dengan ketentuan hukum, yang eksistensinya merupakan penentu adanya hukum. Sedangkan *hikmat* adalah yang menjadi tujuan atau maksud disyariatkannya hukum, dalam wujud kemaslahatan bagi manusia. „Illat merupakan “tujuan yang dekat” dan dapat dijadikan dasar penetapan hukum, sedangkan hikmat merupakan “tujuan yang jauh” dan tidak dapat dijadikan dasar penetapan hukum. Penemuan hukum dengan metode *ta’lil* yang merupakan sifat yang menjadi dasar hukum asal dan menjadi dasar untuk mempersamakan cabang dengan asal pada hukumnya. Mendasarkan hukum kepada „illat diharapkan melahirkan kemaslahatan, karena memang Al Quran dan As

⁵⁵ Ahmad Azhar Basyir, *Ibid*, hlm.21

Sunnah memberikan petunjuk bahwa „illat hukum adalah sifat tertentu, maka sifat itu merupakan „illat berdasarkan nash, sehingga pada dasarnya dapat diketahui bahwa ketentuan hukum itu dapat dipecahkan berdasarkan „illat hukum.

3.4. Teori Hukum Kemaslahatan

Keadilan maupun keadilan sosial merupakan katup pengaman pada setiap masyarakat dimana keadilan ini dalam hukum, kesaksian, akidah tindakan, kecintaan dan lain-lain merupakan sumber ketenteraman dan kedamaian bagi manusia⁵⁶. Di samping itu digunakan Teori maslahat, secara etimologi kata jamaknya mashalih berarti sesuatu yang baik, yang bermanfaat dan merupakan lawan dari keburukan atau kerusakan. Maslahat kadang-kadang disebut dengan istilah yang berarti mencari yang benar. Esensi maslahat adalah terciptanya kebaikan dan kesenangan dalam kehidupan manusia serta terhindar dari hal-hal yang dapat merusak kehidupan umum.⁵⁷

Menurut M. Hasballah Thaib⁵⁸, mashlahat yang dimaksud adalah kemaslahatan yang menjadi tujuan syara` bukan kemaslahatan yang semata-mata berdasarkan keinginan hawa nafsu manusia. Sebab disadari sepenuhnya bahwa tujuan dari syariat hukum tidak lain adalah

⁵⁶Abdul Manan, 2006, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, hlm.133-134

⁵⁷M.Hasballah Thalib, *Tajdid, Reaktualisasi dan Elastisitas Hukum*, (Medan: USU Pers, 2002), hlm.27

⁵⁸Ibid, Ibnu Taymiyah mengatakan bahwa mashlahat adalah pandangan mujtahid tentang perbuatan yang mengandung kebaikan yang jelas dan bukan perbuatan yang berlawanan dengan hukum syara`. Selanjutnya lihat Nasroen Haroen, *Ushul Fiqh* (Jakarta: PT Logos Wacana Ilmu, 1997), hlm.126

untuk merealisasikan kemashlahatan bagi manusia dari segala segi dan aspek kehidupan mereka di dunia dan terhindar dari berbagai bentuk yang dapat membawa kepada kerusakan.

Al-Ghazali menyatakan bahwa mashlahat adalah menarik manfaat atau menolak mudharat, dan artinya secara istilah pemeliharaan tujuan (maqashid) syara, yakni agama, akal, keturunan dan harta segala sesuatu yang mengandung nilai pemeliharaan atas pokok yang lima adalah mashlahat.⁵⁹

Mengacu kepada kepentingan dan kualitas kemashlahatan itu, para ahli mengklasifikasikan teori al mashlahat kepada tiga (3) jenis yaitu⁶⁰

- a. Mashlahat dharuriyah, kemashlahatan yang sangat dibutuhkan dalam kehidupan manusia di dunia dan kemashlahatan ini berkaitan dengan lima (5) kebutuhan pokok, yang disebut dengan Al-Mashalh Al-Kharusah, yaitu (1) memelihara agama, (2) memelihara jiwa, (3) memelihara akal, (4) memelihara keturunan dan (5) memelihara harta. Segala sesuatu yang tidak sesuai dengan kelima unsur pokok tersebut adalah bertentangan dengan tujuan syara`, karena itu tindakan tersebut dilarang tegas dalam agama.
- b. Mashlahat hajiyah, yaitu kemashlahatan pokok tersebut yang berupa keringanan demi untuk mempertahankan dan memelihara kebutuhan

⁵⁹Jamaluddin, *Analisis Hukum Perkawinan terhadap Perceraian dalam Masyarakat Kota Lhokseumawe dan Kabupaten Aceh Utara* (Medan: Disertasi Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, 2008), hlm.23

⁶⁰Kutbudin, Aibak, 2008, *Metodologi Pembaharuan Hukum Islam*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 192-194

dasar (*basic need*) manusia. Misalnya , rukhsah berupa kebolehan berbuka puasa bagi orang yang sedang musafir, kebutuhan terhadap makan untuk mempertahankan kelangsungan hidup, menuntut ilmu untuk mengasah otak dan akal, berniaga untuk mendapatkan harta. Semua ini disyariatkan untuk mendukung pelaksanaan kebutuhan lima pokok tersebut.

- c. Mashlahat tahsiniyah, yaitu kemashlahatan yang bersifat pelengkap (komplementer) berupa keleluasaan yang dapat memberikan nilai plus bagi kemashlahatan sebelumnya. Kebutuhan dalam konteks ini perlu dipenuhi dalam angka memberi kesempurnaan dan keindahan bagi manusia.

Teori kemashlahatan digunakan untuk mewujudkan kebaikan dan menghindari keburukan karena pada dasarnya tujuan hukum dalam Islam harus berdasarkan kemashlahatan, dan masyarakat mengharapkan pelaksanaan hukum dan keputusan hakim dalam menyelesaikan masalah harus dapat memberi manfaat bagi masyarakat, dalam hal ini perlindungan hukum anak hasil zina, karena pada prinsipnya:

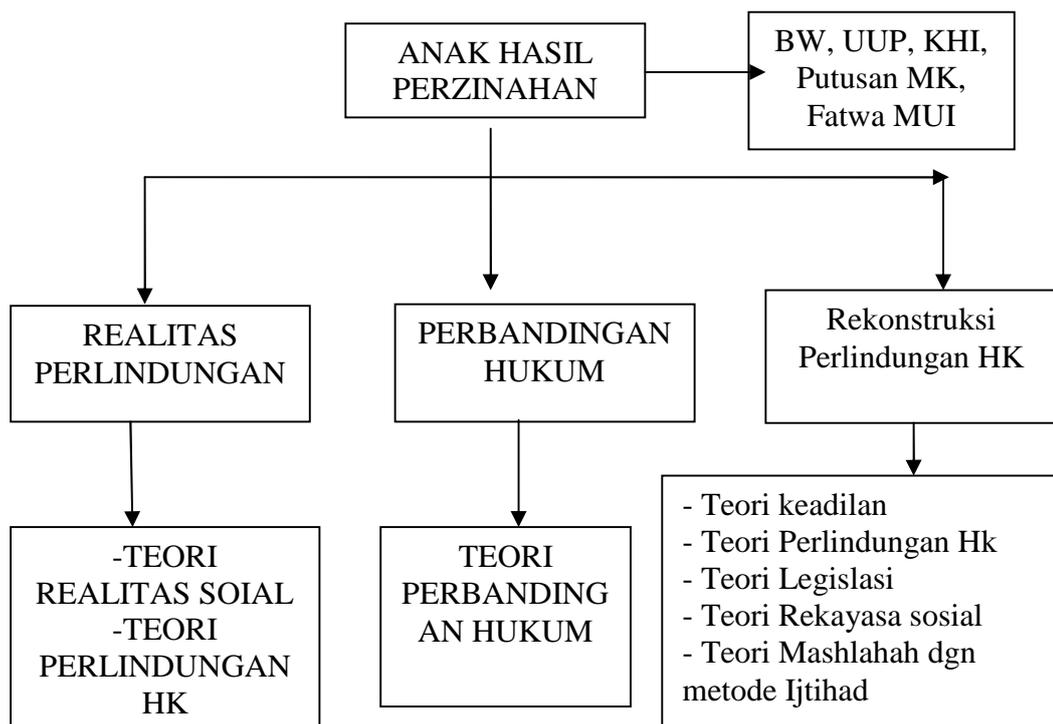
- 1). Tidak tepat dan tidak adil jika hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari hasil hubungan zina hanya memiliki hubungan perdata dengan ibunya, oleh karena itu perlu merekonstruksi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perlindungan hukum anak hasil zina (Pasal 43 ayat 1 UUP, Pasal 100 KHI, dan Pasal 283 KUH Perdata, Pasal 26 ayat 2 Undang-undang No.23 Tahun 2002 jo

Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak).

2). Tidak tepat dan tidak adil jika hukum membebaskan tanggung jawab laki-laki biologis selaku ayah dari anak hasil zina tersebut, oleh karena itu harus ada perwujudan tanggung jawab secara hukum ayah biologis dalam bentuk wajib nafkah anak atau kebutuhan hidup sampai dewasa sesuai Pasal 45 Undang-undang Perkawinan dan Pasal 80 Kompilasi hukum Islam, dan memberikan hartanya apabila dia meninggal dunia melalui wasiat wajibah yang besarnya disesuaikan dengan kemampuan tetapi tidak boleh lebih dari 1/3 bagian, serta campur tangan negara dalam mekanisme pelaksanaannya melalui wali pengawas .

F. KERANGKA PEMIKIRAN DISERTASI

**BAGAN : 1
ALUR PIKIR PENELITIAN**



1. Pengertian rekonstruksi

Rekonstruksi ialah penyusunan kembali ataupun usaha untuk memeriksa kembali kejadian yang sebenarnya terhadap suatu delik yang dilakukan dengan mengulangi kembali peragaannya sebagaimana kejadian yang sebenarnya. Hal ini dilakukan baik oleh penyidik ataupun oleh hakim untuk memperoleh keyakinan.⁶¹

Dalam Bahasa Belanda rekonstruksi disebut sebagai reconstructie yang berarti pembinaan/pembangunan baru, pengulangan suatu kejadian. Misalnya Polisi mengadakan rekonstruksi dari suatu kejahatan yang telah terjadi untuk mendapatkan gambaran yang jelas mengenai jalannya kejahatan tersebut.⁶²

Kata “rekonstruksi”, diserap dari kata asing (Inggris), yaitu kata “re” yang berarti perihal atau ulang dan kata “construction” yang berarti pembuatan atau bangunan atau tafsiran atau susunan atau bentuk atau konstruksi. Dengan demikian kata “rekonstruksi” yang dimaksud di sini ialah membangun kembali atau membentuk kembali atau menyusun kembali. Adapun yang ingin dibangun kembali atau disusun kembali ialah peraturan perundangan yang mengatur anak hasil perzinahan (Pasal 283 KUH Perdata, Pasal 100 KHI dan Pasal 143 ayat 1 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan).

2. Anak Sah

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (UU

⁶¹ Andi Hamzah, 1989, *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.88

⁶² J.C.T Simorangkir, 2007, *Kamus Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.144

Perkawinan) telah berusia 39 tahun, sejak disahkan dan diundangkan pada masa pemerintahan presiden Soeharto pada tanggal 2 Januari 1974 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1. Undang-Undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkannya⁶³.

Sebelum adanya UU Perkawinan ini, mengenai perkawinan diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Kesemua peraturan tersebut menunjukkan pluralisme hukum di Indonesia khususnya dalam bidang perdata, yang mana timbul sebagai akibat perbedaan corak dan kebudayaan penduduk Indonesia.⁶⁴ Sehingga dapat dipahami bahwa tujuan negara menerbitkan UU Perkawinan yang baru adalah untuk menciptakan unifikasi hukum dalam bidang hukum perkawinan,⁶⁵ sebagaimana tercermin di dalam Penjelasan Umum dan Konsiderans UU Perkawinan.

Perbedaan corak dan kebudayaan penduduk Indonesia (atau Hindia Belanda pada masa dahulu) mengakibatkan terbaginya penduduk menjadi 3 (tiga) golongan. Menurut ketentuan Pasal 163 *Indische Staatsregeling* (IS), penduduk Indonesia terbagi menjadi:

1. Penduduk golongan Eropa;
2. Penduduk golongan Bumi Putra;
3. Penduduk golongan Timur Asing.

Terhadap golongan-golongan penduduk tersebut berlaku hukum

⁶³ Pasal 67 UU Perkawinan

⁶⁴R. Soetojo Prawirohamidjojo, 1986, *Pluralisme dalam Perundang-Undangan Perkawinan di Indonesia*, Airlangga University Press, hlm. 14.

⁶⁵Wahyono Darmabrata, 2008, *Tinjauan Undang-Undang No.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Beserta Undang-Undang dan Peraturan Pelaksanaannya*, Jakarta: Rizkita hlm.1.

tentang perkawinan yang berbeda-beda. Dalam Penjelasan atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, perbedaannya antara lain sebagai berikut⁶⁶:

1. Bagi orang-orang Indonesia Asli yang beragama Islam berlaku hukum agama yang telah diresipir dengan Hukum Adat;
2. Bagi orang-orang Indonesia Asli lainnya berlaku Hukum Adat;
3. Bagi orang-orang Indonesia Asli yang beragama Kristen berlaku Huwelijks Ordonnantie Christen Indonesia (S. 1933 No.74);
4. Bagi orang Timur Asing Tionghoa dan Warga Negara Indonesia keturunan Tionghoa berlaku ketentuan-ketentuan KUH Perdata dengan sedikit perubahan;
5. Bagi orang-orang Timur Asing lainnya dan Warga Negara Indonesia keturunan Timur Asing lainnya tersebut berlaku Hukum Adat mereka, sedangkan;
6. Bagi orang-orang Eropa dan Warga Negara Indonesia keturunan Eropa dan yang disamakan dengan mereka berlaku KUH Perdata.

Seperti yang telah dikemukakan diatas, bahwa sebelumnya telah terjadi pluralisme hukum perdata khususnya tentang perkawinan. Tetapi sejak UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 berlaku, melalui Pasal 66 ditegaskan bahwa segala ketentuan tentang perkawinan lainnya sejauh telah diatur dalam UU Perkawinan ini dinyatakan tidak berlaku lagi.²⁸ Walaupun demikian, Pasal 66 harus ditafsirkan dengan pandangan bahwa peraturan lama tidak dihapus secara keseluruhan. Bilamana ada hal-hal yang belum diatur dalam UU Perkawinan, maka masih dapat merujuk ke peraturan lama. Kondisi ini memberikan gambaran bahwa tujuan unifikasi UU Perkawinan belum tercapai secara utuh.

Di dalam KUH Perdata dan UU Perkawinan, pengertian anak tidak diatur secara tegas. Namun kiranya untuk mendapatkan penjelasan

⁶⁶ Wahyono Darmabrata, *Ibid*, hlm. 133

mengenai anak dapat disimpulkan dari pasal-pasal yang mengatur tentang kebelum dewasaan.⁶⁷

Walaupun baik KUH Perdata, UU Perkawinan maupun KHI belum memberikan definisi yang tegas untuk istilah anak, namun untuk memperoleh gambaran yang lebih jelas, kita masih dapat merujuk pada Konvensi Hak Anak (KHA)⁶⁸. KHA di dalam Pasal 1 mendefinisikan anak secara umum sebagai manusia yang umurnya belum mencapai 18 tahun. Akan tetapi pasal tersebut juga mengakui kemungkinan adanya perbedaan atau variasi dalam penentuan batas usia kedewasaan di dalam perundangan nasional dari tiap-tiap Negara Peserta konvensi.⁶⁹ Indonesia telah menjadi Negara Peserta KHA sejak meratifikasi konvensi itu melalui Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tertanggal 25 Agustus 1990 dan mulai berlaku di Indonesia mulai 5 Oktober 1990. Sebagai Negara Peserta, berarti Indonesia berkewajiban untuk mengakui dan memenuhi hak-hak anak sebagaimana yang dirumuskan dalam KHA. Anak dapat dibedakan menjadi 2 (dua) golongan, yaitu anak sah dan anak tidak sah. Seorang anak sah (*wettig kind*) adalah anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah, sedangkan anak tidak sah adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan.⁷⁰ Anak tidak sah, sering juga disebut sebagai Anak Luar Kawin (ALK). Tetapi menurut KUH Perdata, ALK mempunyai dua pengertian, yaitu:

⁶⁷ Bab XV Buku Kesatu tentang Orang Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

⁶⁸ Convention on the Rights of the Child. Disetujui oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tanggal 20 November 1989

⁶⁹ Ima Susilowati, et.al., 2004, *Pengertian Konvensi Hak Anak*, Jakarta: Harapan Prima, hlm. 21

⁷⁰J. Satrio, 2006, *Hukum Keluarga tentang Kedudukan Anak dalam Undang-Undang*, Edisi Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.5.

1. ALK dalam arti luas (semua anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah, termasuk anak zina dan anak sumbang), dan
2. ALK dalam arti sempit (anak yang lahir diluar perkawinan yang sah yang bukan anak zina maupun anak sumbang). Mengenai anak zina, anak sumbang, dan ALK dalam arti sempit akan dibahas dalam sub bab tersendiri.

KUH Perdata dan UU Perkawinan sama-sama menganut prinsip bahwa keturunan yang sah adalah didasarkan atas suatu perkawinan yang sah.⁷¹ Definisi dari anak yang sah dijumpai dalam Pasal 42 UU Perkawinan yang berbunyi sebagai berikut “Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.” Sedang Pasal 250 KUH Perdata mengatakan bahwa “Tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan, memperoleh si suami sebagai bapaknya.”

Selanjutnya Pasal 99 Kompilasi Hukum Islam, menentukan bahwa anak sah adalah:

- (1). Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah;
- (2). Hasil pembuahan suami isteri yang di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

Kata-kata “...dilahirkan dalam atau sebagai akibat...” dari Pasal 42 UU Perkawinan dan kata-kata “...dilahirkan atau ditumbuhkan...” dari Pasal 250 KUH Perdata memberikan kita 2 (dua) macam penafsiran. Yang pertama adalah jika berpatokan pada kata “dilahirkan dalam” dan

⁷¹ J.Satrio, 2006, *Ibid*, hlm.18

“dilahirkan”, maka adalah anak tersebut lahir ketika ibu dan bapaknya sedang terikat dalam suatu ikatan perkawinan. Berdasarkan patokan ini, tidak dipermasalahkan kapan anak tersebut ditumbuhkan, dalam arti, apakah ia ditumbuhkan sebelum atau dalam suatu masa perkawinan.

Sedangkan yang kedua, yaitu kata “sebagai akibat” dan “ditumbuhkan”. Kata “ditumbuhkan” merupakan terjemahan dari kata “*verwekt*” yang bisa diartikan sebagai “dibenihkan”.⁷² Dengan demikian, bisa ditafsirkan bahwa seorang anak itu dibenihkan dalam masa perkawinan (dibenihkan “sebagai akibat” perkawinan yang sah), tetapi kemudian karena suatu sebab yang mengakibatkan perkawinan ibu dan suaminya putus⁷³, maka anak tersebut menjadi lahir diluar ikatan perkawinan.

Kedua patokan itu karena sama-sama dihubungkan dengan kata penghubung “atau”, maka bukan merupakan syarat kumulatif.⁷⁴ Demikian berarti bahwa dengan dipenuhinya salah satu dari kedua syarat itu saja sudah cukup menentukan bahwa seorang anak itu sah dari perkawinan atau tidak.

3. Anak tidak sah

3.1. Pembagian anak tidak sah

Undang-undang Perkawinan mengenal 2 (dua) macam status anak yaitu anak sah dan anak luar kawin. Mengenai anak sah dan luar

⁷² J.Satrio, 2006, *Ibid*, hlm.19

⁷³ Perkawinan bisa putus karena perceraian, baik cerai mati maupun cerai hidup (Pasal 199 KUH Perdata dan 38 UU Perkawinan).

⁷⁴ J.Satrio, *Op Cit*, hlm.20

kawin dijelaskan di dalam Pasal 42 dan 43 Undang-undang Perkawinan.

Di mana dalam Pasal 42 menyebutkan bahwa:

“Anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”.

Pasal 42 Undang-undang Perkawinan tidak menyebutkan adanya suatu tenggang waktu untuk dapat menentukan kesahan seorang anak, seperti halnya dalam hukum adat, tetapi dalam hukum Islam maupun Kitab Undang-undang Hukum Perdata ada tenggang waktu kehamilan seorang ibu untuk dapat menyatakan kesahan seorang anak. Pembuktian anak sah berdasarkan keturunan dapat dibuktikan dengan akta kelahiran. Akta kelahiran membuktikan bahwa seorang anak yang namanya disebutkan di sana adalah keturunan dari orang-orang yang disebutkan di dalamnya.⁷⁵

Dalam Pasal 55 ayat (1) dan (2) Undang-undang Perkawinan dijelaskan bahwa :

- (1) Asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran yang otentik, yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang.
- (2) Disebutkan bila akta kelahiran tersebut dalam ayat (1) Pasal ini tidak ada, maka pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat.

Sementara itu mengenai anak luar kawin dalam Pasal 43 ayat (1)

Undang-undang Perkawinan menyebutkan bahwa:

⁷⁵J Satrio, 2006, *Hukum Keluarga Tentang Kedudukan Anak Dalam Undang-undang*, Bandung, Citra Aditya Bhakti, hlm.87

“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”

Pasal 43 Undang-undang Perkawinan yang menyebutkan anak luar kawin hanya mempunyai hubungan perdata ibunya dan keluarga ibunya, ini sesuai dengan dasar pemikiran Hukum Adat yang memberikan hak dan kewajiban anak terhadap ibunya dan keluarga ibu. Hal ini merupakan ketentuan nasional berlaku bagi semua Warga Negara Indonesia baik asli maupun keturunan. Undang-undang Perkawinan dengan demikian memberikan status yang jelas dan pasti bagi seseorang anak luar kawin.

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata berlaku prinsip bahwa keturunan yang sah didasarkan atas suatu perkawinan yang sah. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 250 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, bahwa :

“Tiap-tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan, memperoleh si suami sebagai bapaknya”.

Tentang pembuktian anak sah berdasarkan keturunan, hal ini diatur dalam Pasal 261 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, yang menyatakan bahwa :

“Keturunan anak-anak yang sah dapat dibuktikan dengan akta-akta kelahiran mereka, sekedar telah dibuktikan dalam register Catatan Sipil”

Seorang anak yang lahir sebelum hari keseratus enam puluh (6 bulan) dari perkawinan, dapat diingkari oleh suami, sebagai anak luar kawin. Kecuali sebelum melakukan perkawinan suami isteri tersebut telah melakukan pengakuan secara sah terhadap anak itu. Maka dengan pengakuan terhadap anak luar kawin, terlahirlah hubungan perdata antara anak dengan ayah atau ibunya.⁷⁶

Jadi menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata anak yang lahir atau dibesarkan selama perkawinan, walaupun anak itu benih orang lain adalah anak dari suami ibunya yang terikat perkawinan. Anak yang lahir diluar perkawinan, misalnya seorang wanita yang mengandung kemudian melahirkan anak tanpa diketahui siapa bapak anak tersebut, maka anak itu hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu yang melahirkannya dan atau keluarga ibunya saja, dan tidak ada hubungan perdata dengan bapak biologisnya. Didalam Kitab Undangundang Hukum Perdata dilarang untuk menyelidiki siapa bapak anak tersebut sedangkan terhadap ibunya diperbolehkan.⁷⁷ Maka dapatlah dijelaskan bahwa didalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata tentang kedudukan anak hanyalah ditentukan tentang anak sah dan anak tidak sah sebagaimana hal ini terdapat dalam Undang-Undang Perkawinan.

⁷⁶ Hilman Hadikusuma, *Op Cit*, hlm. 133.

Menurut Hilman Hadikusuma, masyarakat Hukum Adat berbeda dari masyarakat yang modern, dimana keluarga/rumah tangga dari suatu ikatan perkawinan tidak saja terdapat anak kandung, tetapi juga terdapat anak tiri, anak angkat, anak asuh, anak akuan dan sebagainya. Kesemua anak-anak itu ada sangkut pautnya dengan hak dan kewajiban orang tuayang mengurus dan memeliharanya, begitu pula sebaliknya. Kedudukan anak-anak tersebut pengaturannya juga berlatar belakang pada susunan masyarakat adat yang bersangkutan dan bentuk perkawinan orang tua yang berlaku. Bukan tidak jadi masalah tentang sah atau tidaknya anak. Hal mana dipengaruhi oleh agama yang dianut masyarakat bersangkutan tetapi yang juga penting adalah menyangkut keturunan dan perwarisan.⁷⁸

Hukum adat tidak mengenal tenggang waktu sesudah perkawinan dengan dilahirkannya seorang anak artinya meskipun seorang anak lahir dalam waktu yang amat singkat sesudah pernikahan ibunya, maka suami tersebut tetap dianggap bapaknya.

Sementara itu mengenai kedudukan anak didasarkan Pasal 99 Kompilasi Hukum Islam, menjelaskan bahwa anak sah adalah:

- a. Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah.
- b. Hasil pembuahan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

⁷⁸ Hilman Hadikusuma, *Ibid*, hlm. 135.

Pasal 103 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa:

- (1) Asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran atau alat bukti lainnya.
- (2) Bila akta kelahiran atau alat bukti lainnya tersebut dalam ayat (1) tidak ada, maka Pengadilan Agama dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul seorang anak setelah mengadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang sah.
- (3) Atas dasar ketetapan Pengadilan agama tersebut ayat (2), maka instansi pencatat Kelahiran yang ada dalam daerah hukum Pengadilan Agama tersebut mengeluarkan akta kelahiran bagi anak yang bersangkutan.

Pencatatan ini dibutuhkan pula sebagai bukti apabila terjadi masalah dikemudian hari, oleh karenanya setiap anak yang dilahirkan sebaiknya secepatnya didaftarkan sehingga mendapatkan akta kelahiran, yang dibuat di kantor catatan sipil, sesuai dengan Keputusan Presiden Nomor 12 Tahun 1983 tentang Penataan dan Peningkatan Pembinaan dan Penyelenggaraan Catatan Sipil.

Pasal 100 Kompilasi Hukum Islam, menyebutkan bahwa:

“Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya”.

Agar seorang anak dianggap anak sah dari suami ibunya, maka harus lahir sekurang-kurangnya enam bulan sesudah pernikahan atau didalam tenggang masa iddah (4 bulan 10 hari) sesudah perkawinan terputus.⁷⁹

Seseorang anak yang lahir dalam tenggang waktu 6 bulan setelah pernikahan atau setelah perkawinannya terputus adalah anak

⁷⁹ Wiryono, Prodjodikoro, *Op Cit*, hlm. 60.

tidak sah artinya anak tersebut tidak mempunyai hubungan dengan ayahnya, tetapi anak tersebut tetap mempunyai hubungan dengan ibu yang melahirkannya. Sedangkan kedudukan anak di dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 jo Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak di atur dalam Pasal 27, dimana disebutkan bahwa:

- (1) Identitas diri setiap anak harus diberikan sejak kelahirannya.
- (2) Identitas sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dituangkan dalam akta kelahiran.
- (3) Pembuatan akta kelahiran didasarkan pada suatu keterangan dari orang yang menyaksikan dan/atau membantu proses kelahiran.
- (4) Dalam hal anak yang proses kelahirannya tidak diketahui keberadaannya, pembuatan akta kelahiran untuk anak tersebut didasarkan pada keterangan orang yang menemukannya.

Di dalam Pasal 28 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 jo Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak disebutkan juga bahwa:

- (1) Pembuatan Akta kelahiran menjadi tanggung jawab pemerintah yang dalam pelaksanaannya diselenggarakan serendah-rendahnya pada tingkat kelurahan/desa.
- (2) Pembuatan akta kelahiran sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus diberikan paling lambat 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal diajukan permohonan.
- (3) Pembuatan akta kelahiran sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak dikenai biaya.
- (4) Ketentuan mengenai tata cara dan syarat-syarat pembuatan akta kelahiran sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), diatur dengan peraturan perundang-undangan.

Surat/akta lahir membuktikan bahwa seorang anak yang namanya disebutkan di sana adalah anak dari orang yang disebutkan dalam akta kelahiran yang bersangkutan paling tidak dari perempuan yang

melahirkan anak itu, yang namanya disebutkan di sana. Akta kelahiran juga menyebutkan bahwa anak yang bersangkutan lahir pada hari dan tanggal tertentu. Saat kelahiran dihubungkan dengan status perkawinan dari perempuan yang melahirkan anak itu, menentukan hubungan anak itu dengan suami dari ibu anak itu.⁸⁰

Anak Luar Kawin” harus dibedakan dengan istilah “anak yang lahir diluar perkawinan”.⁸¹ Anak yang dilahirkan sesudah perkawinan orang tua biologinya bubar disebut sebagai “anak yang lahir diluar perkawinan”, dan secara hukum masih anak sah. Sedangkan “Anak Luar Kawin (baik dalam arti luas maupun arti sempit) adalah anak yang dilahirkan ketika sang ibu dan ayah belum menikah secara sah.

Anak yang lahir diluar perkawinan disebut sebagai *natuurlijk kind*, Anak tersebut dapat diakui atau tidak diakui oleh ayah.⁸² ALK dalam arti luas meliputi 3 (tiga) macam anak, yaitu anak zina, anak sumbang dan ALK dalam arti sempit. ALK yang boleh diakui hanyalah ALK dalam arti sempit. Setelah proses pengakuan (*erkenning*), barulah lahir hubungan keperdataan antara ayah dan anak tersebut.

⁸⁰Tan Thong Kie, 2000, *Studi Notariat Serba Serbi Praktek Notaris*, Jakarta, PT Ichtar Van Hoeve, hlm.18

⁸¹ J.Satrio, 2006, *Op Cit*, hlm.5

⁸² Sejak adanya Pasal 43 UU Perkawinan, pengakuan oleh Ibu sudah tidak diperlukan lagi karena secara otomatis anak luar kawin akan mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya.

3.1.1. Anak zina

Istilah anak zina (*overspel*)⁸³ dapat ditemukan dalam Buku Kesatu KUH Perdata Pasal 283 yang berbunyi sebagai berikut: “Sekalian anak yang dibenihkan dalam zinah ataupun dalam sumbang, sekali-kali tak boleh diakui, kecuali terhadap yang terakhir ini apa yang ditentukan dalam Pasal 273.”

Kendati tidak ada definisi dari istilah anak zina secara tegas dalam KUH Perdata, oleh J. Satrio anak zina dirumuskan sebagai anak-anak yang dilahirkan dari hubungan luar nikah antara seorang laki-laki dan seorang perempuan dimana salah satu atau kedua-duanya, terikat perkawinan dengan orang lain.⁸⁴ Sedangkan oleh Tan Thong Kie⁸⁵, anak zina adalah anak yang dlahirkan atau dibenihkan dari hubungan seorang pria dan seorang wanita yang keduanya atau salah satunya terikat pernikahan dengan orang lain. Anak zina tidak dapat diakui. Patokan untuk menetapkan seorang anak adalah anak zina atau bukan, adalah dengan memperhatikan kapan anak itu dibenihkan dan bukan kapan kelahirannya. Dengan kata lain, pada saat pembenihan terjadi, sekurang- kurangnya salah satu dari laki-laki

⁸³Prawirohamidjojo, R. Soetojo, 1988, *Pluralisme Dalam Perundang-Undangan Perkawinan di Indonesia*, Surabaya: Airlangga University Press, hlm. 106.

⁸⁴J. Satrio, *Op Cit.*, hlm.103

⁸⁵Tan Thong Kie, 2007, *Studi Notariat beberapa mata pelajaran dan Serba-Serbi Praktek Notaris*, cet.1, Ichtar Baru van Hoeve, Jakarta, hlm. 122.

atau perempuan yang membenihkan anak tersebut harus sedang terikat perkawinan dengan orang lain.

Istilah zina ternyata juga dijumpai dalam hukum Islam. Berbeda dengan KUH Perdata, istilah yang digunakan dalam hukum Islam bukanlah “anak zina”, melainkan “anak hasil zina”. Perbedaan penggunaan istilah tersebut secara otomatis memberikan pengertian yang berbeda pula, namun kerap disamakan oleh masyarakat pada umumnya.

Sebagaimana disebutkan sebelumnya bahwa anak zina adalah anak-anak yang dilahirkan dari hubungan luar nikah antara seorang laki-laki dan seorang perempuan dimana salah satu atau kedua-duanya, terikat perkawinan dengan orang lain. Perhatikan kata-kata “terikat perkawinan dengan orang lain”. Patokan KUH Perdata adalah adanya keterikatan perkawinan dengan orang lain. Sedangkan, anak hasil zina dalam hukum islam dapat terjadi karena:⁸⁶

1. Pergaulan antara pria dan wanita yang belum menikah yang perkawinannya tidak dilarang (tidak mempunyai hubungan darah);
2. Pergaulan antara laki-laki dan wanita yang belum menikah atau sudah menikah atau perkawinan yang dilarang karena masih memiliki hubungan darah.

⁸⁶Fuad Fachruddin, 1985, *Masalah Anak dalam Hukum Islam (Anak Kandung, Anak Tiri, Anak Angkat dan Anak Zina)*, Cet. 1, Jakarta: CV. Pedoman Ilmu Jaya, hlm. 91.

Pendapat yang sama juga dikemukakan oleh ahli hukum lain, yang menulis sebagai berikut “...dalam hukum Islam, melakukan hubungan seks antara wanita dan pria tanpa diikat oleh akad nikah yang sah disebut zina, sehingga anak yang lahir tidak dianggap anak sah, tetapi dikategorikan sebagai anak zina. Hubungan tersebut tidak dibedakan apakah pelakunya masih gadis, bersuami atau janda, jejak, beristri atau duda.”⁸⁷

Jika dipahami secara seksama, dapat ditarik kesimpulan bahwa yang dikatakan sebagai “anak zina” dalam hukum Islam adalah anak yang pada pokoknya lahir sebagai akibat dari pembenihan oleh seorang laki-laki dan perempuan yang tidak terikat dalam perkawinan yang sah, tanpa memandang apakah perkawinannya dilarang, atau apakah perkawinannya tidak dilarang, dan atau apakah salah satunya terikat perkawinan dengan orang lain atau tidak. Sehingga penulis simpulkan bahwa anak zina dalam hukum Islam dapat dipersamakan dengan ALK dalam arti luas dalam KUH Perdata.

Anak zina yang dimaksud dalam KUH Perdata tersebut tidak berhak mewarisi, tetapi oleh undang-undang mereka diberikan hak menuntut pemberian nafkah hidup seperlunya.

⁸⁷Muhammadiyah Amin, 2000, *Kedudukan Anak di Luar Nikah (Sebuah Analisis Perbandingan Menurut KUH Perdata, Hukum Islam, dan KHI)*, artikel diambil dari Buku Bacaan Pendalaman Hukum Perorangan dan Kekeluarga Islam, Buku B, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hlm.57

Berapa besarnya nafkah tersebut adalah tergantung dari ibu dan ayahnya. Hak semacam ini juga dimiliki oleh anak sumbang.

Perbedaan antara anak luar kawin dan anak zina terletak pada saat pembuahan atau hubungan badan yang menimbulkan kehamilan, yaitu apakah pada saat itu salah satu atau keduanya (maksudnya laki-laki dan perempuan yang mengadakan hubungan badan di luar nikah) ada dalam ikatan perkawinan dengan orang lain atau tidak, sedangkan mengenai kapan anak itu lahir tidak relevan. Anak zina adalah anak yang lahir dari hubungan zina, artinya anak-anak yang dilahirkan dari hubungan luar nikah antara seorang laki-laki dan seorang perempuan di mana salah satu atau kedua-duanya, terikat perkawinan dengan orang lain.

3.1.2. Anak sumbang

Dalam KUH Perdata ada dua macam anak luar kawin, yaitu anak luar kawin yang dapat diakui dan anak luar kawin yang tidak dapat diakui. Anak luar kawin mempunyai dua pengertian yaitu

- a. Anak luar kawin yang dapat diakui ialah anak yang lahir di luar perkawinan yang sah.⁸⁸

⁸⁸Omar Salim, 2006., *Dasar-dasar Hukum Waris di Indonesia*, PT Reineka Cipta, Jakarta, hlm.69

Menurut Pasal 280 KUH Perdata antara anak luar kawin dan orang tuanya mempunyai hubungan hukum (hubungan hukum perdata) apabila si bapak dan si ibu mengakuinya.

Pengakuan dapat dilakukan secara autentik (Pasal 281 KUH Perdata) atau secara tegas dan tidak boleh disimpulkan.⁸⁹ Adanya pengakuan ini, status anak luar kawin tersebut diakui antara lain dalam pemberian izin kawin, kewajiban timbal balik dalam pemberian nafkah, perwalian, hak memakai nama, mewaris, dan sebagainya. Setelah adanya pengakuan dari orang tuanya, maka menurut KUH Perdata pengakuan tersebut harus ada pengesahan dengan cara:

1). Perkawinan orang tuanya. Menurut Pasal 285 KUH Perdata pengesahan karena perkawinan orang tua, yaitu bilamana seorang anak dibenihkan di luar perkawinan, menjadi anak sah apabila sebelum perkawinan orang tuanya telah mengakui anak luar kawin itu sebagai anaknya. Pengakuan itu dapat dilakukan sebelum perkawinan atau sekaligus dalam akte perkawinannya.⁹⁰

2). Surat pengesahan (Pasal 275 KUH Perdata).

b. Anak luar kawin yang tidak dapat diakui ada dua golongan, yaitu:

⁸⁹ J.satrio, 1988, *Asas-Asas Hukum Perdata*, Purwokerto, Hersa, hlm.168

⁹⁰ J.Satrio, *Ibid*, hlm.168

- 1). Anak zina (*overspeleg Kind*), yaitu anak yang lahir dari hubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan dimana salah satu atau keduanya terikat dalam ikatan perkawinan yang sah dengan pihak lain.
- 2). Anak sumbang (*Bloed Schenneg*/darah yang kotor), dalam bukunya Tan Thong Kie, adalah anak yang dilahirkan atau dibenihkan dari hubungan seorang pria dan seorang wanita yang satu sama lain tidak dapat menikah karena larangan undang-undang⁹¹. Sedangkan menurut J.Satrio, anak sumbang adalah anak-anak yang dilahirkan dari hubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan, yang antara keduanya berdasarkan ketentuan undang-undang ada larangan untuk saling menikahi.⁹², karena terdapat hubungan darah, misalnya kakak dengan adik.⁹³

Anak-anak tersebut menurut Pasal 283 KUH Perdata, bahwa anak yang dilahirkan karena perzinahan atau penodaan darah (incest, sumbang), tidak boleh diakui tanpa mengurangi ketentuan Pasal 273 mengenai anak penodaan darah, yaitu tidak dapat diakui.

Pasal 867 KUH Perdata menentukan, bahwa ketentuan-ketentuan tersebut di atas ini tidak berlaku bagi anak-anak

⁹¹ Tan Thong Kie, *Op Cit*, hlm. 122

⁹² J. Satrio, 2006, *Op Cit*, hlm. 103.

⁹³ Benyamin Asri, *Op Cit*, hlm.12

yang lahir dari perzinahan atau sumbang. Undang-undang hanya memberikan nafkah seperlunya kepada mereka.

Berdasarkan Pasal 867 KUH Perdata, mereka tidak dapat mewaris dari orang yang membenihkannya, namun undang-undang memberikan kepada mereka hak menuntut pemberian nafkah seperlunya terhadap boedel (warisan yang berupa kekayaan saja), nafkah ditentukan menurut si ayah atau si ibu serta jumlah dan keadaan para pewaris yang sah.⁹⁴

3.1.3. Anak luar kawin yang dapat diakui

Menurut KUH Perdata ada dua (2) macam anak luar kawin, yaitu anak luar kawin yang dapat diakui atau anak luar kawin dalam arti sempit, yaitu anak yang dilahirkan dari hubungan laki-laki dan perempuan dimana mereka tidak dalam ikatan perkawinan dan tidak ada halangan untuk melangsungkan perkawinan, dan anak luar kawin yang tidak dapat diakui atau anak luar kawin dalam arti yang luas, meliputi anak zina yaitu anak yang dilahirkan dari hubungan laki-laki dan perempuan dimana salah satu atau keduanya masih terikat dalam tali perkawinan yang sah, kemudian anak sumbang yaitu anak yang dilahirkan dari hubungan laki-laki dan perempuan dimana antara mereka ada larangan (Undang-Undang) untuk melakukan perkawinan karena hubungan darah yang terlalu dekat. Anak luar

⁹⁴ Ali Afandi, *Op Cit.* hlm.43.

kawin yang dapat diakui adalah anak luar kawin dalam arti yang sempit, yaitu anak yang dilahirkan dari hubungan laki-laki dan perempuan dimana mereka tidak dalam ikatan perkawinan dan tidak ada halangan untuk melangsungkan perkawinan .⁹⁵

ALK dalam arti sempit (untuk selanjutnya apabila tidak disebutkan lain maka “ALK” berarti “ALK dalam arti sempit”) yang dimaksud disini adalah ALK sebagaimana dimaksud pada Pasal 280 KUH Perdata. ALK didefinisikan oleh J.Satrio sebagai anak yang dilahirkan dari hasil hubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan yang kedua-duanya tidak terikat perkawinan dengan orang lain dan tidak ada larangan untuk saling menikahi.⁹⁶

ALK tidak sama dengan anak zina maupun anak sumbang. Sekalipun anak zina dan anak sumbang merupakan ALK dalam arti bukan anak sah, tetapi kalau dibandingkan dengan Pasal 280 dan Pasal 283 KUH Perdata dapat diketahui bahwa antara ALK dengan anak zina dan anak sumbang adalah berbeda. KUH Perdata menganut prinsip bahwa hubungan suami-istri yang dilakukan oleh laki- laki dan perempuan yang sama-sama tidak terikat perkawinan dengan orang lain adalah tidak dianggap

⁹⁵ Sudarsono, *Loc Cit*, hlm.190

⁹⁶ J. Satrio, *Op Cit*, hlm. 104.

sebagai zina, dan karenanya ALK yang lahir dari hubungan ini dapat diakui.⁹⁷

Menurut Pasal 280 KUH Perdata dengan pengakuan terhadap anak luar kawin timbullah hubungan perdata antara anak dan bapak/ibunya. Apabila seorang ALK tidak memperoleh pengakuan dari orang tuanya, maka ia tidak akan memiliki hubungan keperdataan baik dengan bapak maupun ibu biologisnya. Ketentuan ini kemudian menjadi tidak berlaku lagi dengan adanya Pasal 43 UU Perkawinan. Sejak UU Perkawinan berlaku pada tanggal 2 Januari 1974, seorang ALK secara otomatis mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya.

Kedudukan ALK di dalam hukum adalah lebih rendah (*inferior*) di banding dengan anak sah. Pemberian sanksi pembedaan kedudukan hukum ALK dengan anak sah adalah merupakan upaya mewujudkan tujuan melindungi lembaga perkawinan sebagai lembaga yang suci.⁹⁸ Perbedaan kedudukan hukum yang sangat mencolok itu diharapkan dapat mengurangi munculnya anak luar kawin. Salah satu perbedaan kedudukan ALK dengan anak sah tercermin dari ketentuan bahwa anak sah adalah berada dibawah kekuasaan orang tuanya (Pasal 299 KUH Perdata), sedangkan ALK yang telah diakui sah hanya berada di

⁹⁷Muhammadiyah Amin, *Op Cit*, hlm. 1.

⁹⁸J. Satrio, *Op Cit*, hlm. 6.

bawah perwalian sebagaimana diatur dalam Pasal 306 KUH Perdata.

3.2. Anak hasil perzinahan

Anak hasil zina, adalah Anak yang lahir tanpa perkawinan, artinya anak yang dilahirkan dari hubungan laki-laki dan perempuan dimana salah satu atau keduanya masih terikat dalam tali perkawinan yang sah dengan orang lain. Inklusif anak yang lahir atas pertemuan ovum dengan sperma dari pasangan suami istri yang menikah secara sah keberadaan anak melalui Bayi Tabung, namun anak tersebut ketika dalam masa kandungan dititipkan kepada rahim selain ibunya yang sah. Anak yang lahir demikian tidak sah secara materiil juga tidak sah secara formil.⁹⁹

Dari pengertian anak hasil zina tersebut diatas, jelas sekali bahwa frasa “ luar perkawinan “ sangat beda pengertiannya dengan frasa “ tanpa perkawinan “ yang membuahkan anak zina.

Sebagai batasan operasional disertasi penulis bahwa yang dimaksud anak hasil zina adalah anak yang lahir dari hasil hubungan laki-laki dan perempuan di luar perkawinan sebagai akibat hubungan zina, tanpa memandang apakah salah satu atau keduanya terikat perkawinan dengan orang lain atau tidak, dimana bapak biologisnya diketahui secara jelas.

⁹⁹Chatib Rasyid, *Makalah, Anak Lahir Di Luar Nikah (Secara Hukum) Berbeda Dengan Anak Hasil Zina, Kajian Yuridis*, Terhadap Putusan MK No.46/PUU-VIII/2010, hlm. 6.

4. Pengakuan anak luar kawin

Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan bahwa anak yang lahir diluar kawin hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya saja. Artinya, si anak tidak mempunyai hubungan hukum terhadap ayahnya, baik yang berkenaan dengan biaya kehidupan dan pendidikannya maupun warisan. Bagi mereka yang tunduk kepada hukum perdata, atas persetujuan ibu, seorang bapak dapat melakukan Pengakuan Anak.

Pengakuan Anak merupakan pengakuan yang dilakukan oleh bapak atas anak yang lahir di luar perkawinan yang sah menurut hukum. Pada dasarnya, pengakuan anak bisa dilakukan baik oleh ibu maupun bapak, tetapi karena berdasarkan UU Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 43 yang pada intinya menyatakan bahwa anak yang lahir di luar perkawinan tidak mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya, maka untuk mendapatkan hubungan perdata yang baru, seorang ayah dapat melakukan Pengakuan Anak.

Meskipun ada ketentuan yang memungkinkan seorang laki-laki atau bapak melakukan pengakuan anak, namun pengakuan itu hanya bisa dilakukan dengan persetujuan ibu. Pasal 284 KUH Perdata menyatakan bahwa suatu pengakuan terhadap anak luar kawin, selama hidup ibunya, tidak akan diterima jika si ibu tidak menyetujui. Pasal 278 KUH Pidana mengatur tentang ancaman pidana bagi orang yang mengakui anak luar kawin yang bukan anaknya.

Ketentuan mengenai pengakuan anak luar kawin diatur dalam KUH Perdata:

Pasal 280 menyatakan bahwa dengan pengakuan yang dilakukan terhadap anak luar kawin, timbullah hubungan perdata antara si anak dan bapak atau ibunya. KUH.Perdata juga memungkinkan seorang bapak melakukan pengakuan anak pada saat atau setelah perkawinan dilangsungkan. Seperti yang ditetapkan dalam Pasal 273, yang menyatakan bahwa anak yang dilahirkan di luar kawin, --selain karena perzinahan atau dosa darah--, dianggap sebagai anak sah, apabila bapak dan ibunya itu kemudian menikah, dan sebelum perkawinan diselenggarakan, anak tersebut diakui oleh bapak ibunya. Ketentuan lain mengenai pengakuan anak luar kawin diatur dalam pasal 281 sampai dengan 286 KUH Perdata.

Pengakuan anak luar kawin bisa dilakukan bilamana anak luar kawin yang dimaksud adalah akibat adanya hubungan seorang laki-laki dan perempuan yang statusnya adalah:

- Kedua pihak masih lajang (tidak dalam ikatan perkawinan yang sah) Akibat adanya perkosaan.
- Kedua pihak sudah melakukan perkawinan, tetapi lalai mengakui anak luar kawinnya, maka atas surat pengesahan dari Presiden, pengakuan dapat dilakukan.

Pengakuan anak yang dilarang (Pasal 282 KUH Perdata):

Oleh anak yang belum dewasa, atau belum mencapai usia 19 tahun; (Catatan: Khusus bagi perempuan yang melakukan pengakuan, diperbolehkan meski ia belum mencapai usia 19 tahun).

- Dilakukan dengan paksaan, bujuk rayu, tipu dan khilaf;
- Ibu dari anak tersebut tidak menyetujui;
- Terhadap anak yang dilahirkan akibat hubungan antara pihak yang masih terikat perkawinan (zinah) maupun anak sumbang kecuali mendapat dispensasi dari Presiden. (Anak sumbang adalah anak yang lahir dari hubungan antara dua orang yang dilarang menikah satu sama lain).

Kewajiban seorang bapak ini berkaitan dengan hubungan perdata yang sudah terjalin setelah ada Pengakuan Anak, yakni: memberi nafkah kepada anak yang diakui, menjadi wali dari anak yang diakui, saat dibutuhkan mewariskan hartanya kepada anak yang diakuinya.

Pengakuan terhadap anak luar kawin, dapat dilakukan dengan¹⁰⁰ :

4. 1. Pengakuan sukarela

Pengakuan yang dimaksud dalam Pasal 280 KUH Perdata dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara, yaitu pengakuan secara sukarela dan pengakuan terpaksa. Sebelumnya, pengakuan dapat dibuat baik oleh ibu maupun ayahnya. Namun sejak adanya hubungan keperdataan antara ALK dengan ibunya yang terjadi secara otomatis, maka akta pengakuan anak oleh ibunya menjadi tidak diperlukan lagi, dan hanya perlu dibuat oleh seorang ayah dalam bentuk akta pengakuan anak oleh ayahnya.

Pengakuan sukarela yaitu : suatu pengakuan yang dilakukan oleh seseorang dengan cara yang ditentukan undang-undang, bahwa ia

¹⁰⁰ <http://www-apik-or-id/fac.htm>, diakses tanggal 13 Oktober 2014 pukul 13 WIB

adalah bapaknya (ibunya) seorang anak yang telah dilahirkan di luar perkawinan). Dengan adanya pengakuan, maka timbulah hubungan Perdata antara si anak dan si bapak (ibu) yang telah mengakuinya sebagaimana diatur dalam Pasal 280 KUHPerdata.

Pengakuan sukarela dapat dilakukan dengan cara-cara yang ditentukan dalam Pasal 281 KUHPerdata, yaitu :

- a. Dalam akta kelahiran si anak. Menurut Pasal 281 ayat (1) KUH.Perdata, untuk dapat mengakui seorang anak luar kawin bapak atau ibunya dan atau kuasanya berdasarkan kuasa otentik harus menghadap di hadapan pegawai catatan sipil untuk melakukan pengakuan terhadap anak luar kawin tersebut.
- b. Pengakuan terhadap anak luar kawin dapat pula dilakukan pada saat perkawinan orang tuanya berlangsung yang dimuat dalam akta perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 281 ayat (2) Jo Pasal 272 KUH.Perdata. Pengakuan ini akan berakibat si anak luar kawin akan menjadi seorang anak sah.
- c. Pengakuan terhadap anak luar kawin dapat dilakukan dalam akta oteintik seperti akta notaris sebagaimana diatur dalam Pasal 281 ayat (1) KUH.Perdata.
- d. Dengan akta yang dibuat oleh pegawai catatan sipil, yang dibutuhkan dalam register kelahiran catatan sipil menurut hari Penanggalannya sebagaimana diatur dalam Pasal 281 ayat (2) KUHPerdata.

4. 2. Pengakuan Paksaan

Pengakuan anak luar kawin dapat pula terjadi secara paksaan, yakni dapat dilakukan oleh si anak yang lahir di luar perkawinan itu, dengan cara mengajukan gugatan terhadap bapak atau ibunya kepada Pengadilan Negeri, agar supaya anak luar kawin dalam arti sempit itu diakui sebagai anak bapak atau ibunya, ketentuan ini diatur dalam Pasal 287-289 KUH.Perdata.

Anak luar kawin yang dapat diakui adalah anak luar kawin dalam arti sempit, yaitu anak yang terlahir dari ibu dan bapak yang tidak terikat perkawinan yang sah baik di antara mereka maupun dengan orang lain (tidak tergolong anak zina atau anak sumbang).

5. Pengesahan anak luar kawin

5.1. Pengesahan Anak karena Perkawinan Orang Tuanya

Pengesahan seorang anak luar kawin adalah alat hukum (*rechtsmiddel*) untuk memberi kepada anak itu kedudukan (status) sebagai anak sah. Pengesahan itu terjadi dengan dilangsungkannya perkawinan orangtua si anak atau dengan “surat pengesahan”, setelah si anak diakui lebih dahulu oleh kedua orang tuanya.¹⁰¹

Pasal 272 KUH.Perdata menyebutkan bahwa anak luar kawin akan menjadi anak sah apabila :

- a. Orang tuanya kawin.

¹⁰¹ Ko Tjay Sing, *Op Cit*, hlm. 406

b. Sebelum mereka kawin, mereka telah mengakui anaknya atau pengakuan ini dilakukan dalam akta perkawinan.

Dengan demikian, anak yang diakui oleh orang tuanya sebelum mereka kawin, apabila orang tuanya kemudian kawin, sebegitu juga anak luar kawin yang diakui dalam akta perkawinan, demi hukum menjadi anak sah.

Lain perbuatan hukum tidak diperlukan, Menurut Ko Tjay Sing pengakuan tersebut tidak hanya "pengakuan suka-rela", melainkan juga "pengakuan paksaan" yaitu keputusan hakim, dalam mana telah ditentukan bahwa seorang adalah bapak atau ibunya seorang anak, harus dianggap sebagai pengakuan dalam sebagaimana dimaksud dalam Pasal 272 KUH.Perdata.¹⁰²

Anak zinah tidak boleh atau tidak mungkin diakui secara sah, dengan demikian anak zinah tidak mungkin menjadi anak sah. Anak sumbang juga tidak boleh diakui, kecuali apa yang ditentukan dalam Pasal 273 KUH.Perdata (Pasal 283 KUH.Perdata). Apabila kepada orang tuanya diberikan dispensasi oleh Menteri Kehakiman untuk kawin (Pasal 31 KUH.Perdata), dan anak sumbang itu diakui dalam akta perkawinan, maka anak itu menjadi anak sah. Anak sumbang tidak boleh diakui sebelum perkawinan orang tuanya dilangsungkan (Pasal 283 KUH.Perdata).

¹⁰² Ko Tjay Sing, *Ibid*, hlm 407

Pengakuan anak setelah perkawinan antara bapak dan ibunya dilangsungkan, tidak memberi kepada anak itu status sebagai anak sah. Pengundang-undang khawatir, bahwa pengakuan anak dilakukan untuk mengangkat anak orang lain sebagai anaknya sendiri (adopsi). KUH.Perdata kita tidak mengenal lembaga adopsi dan demikian mengadopsi anak menurut KUH.Perdata tidak mungkin.¹⁰³

5.2. Pengesahan Anak dengan surat pengesahan, setelah si anak diakui lebih dahulu oleh kedua orang tuanya

Berdasarkan Pasal 274 KUH.Perdata dapat diketahui bahwa apabila orang tuanya sebelum atau tatkala mereka berkawin, telah melalaikan mengakui anak-anaknya luar kawin, sehingga anak-anak luar kawin tidak menjadi anak sah, maka kelalaian ini masih dapat dibetulkan dengan surat pengesahan yang diberikan oleh Menteri Kehakiman. Sebelum memberikan surat pengesahan ini, Menteri Kehakiman akan minta nasehat lebih dahulu dari Mahkamah Agung.

Kelalaian tersebut bisa mempunyai bermacam-macam sebab. Kebanyakan kelalaian terjadi karena kedua orang tua tidak mengetahui, bahwa sebelum atau tatkala mereka melangsungkan perkawinan, mereka harus mengakui anak-anak mereka luar kawin, agar anak-anak itu menjadi anak-anak sah. Bisa juga oleh karena si bapak waktu ia kawin belum mencapai umur 19 tahun dan dengan demikian tidak boleh

¹⁰³ Sudarsono, *Op Cit*, hlm, 409

mengakui anak.¹⁰⁴ Surat pengesahan dapat diberikan, setelah orang tuanya si anak anak melangsungkan perkawinan dan setelah perkawinan itu mereka mengakui anaknya. Jadi pengakuan anak masih diperlukan. Surat pengesahan tidak menggantikan pengakuan, hanya membetulkan kesalahan, bahwa pengakuan tidak dilakukan sebelum atau tatkala perkawinan dilangsungkan.

Anak luar kawin juga dapat disahkan dengan surat pengesahan dari Kementerian Kehakiman, apabila perkawinan yang telah dirancangan oleh karena salah satu dari mereka meninggal dunia (Pasal 275 sub 1 KUH.Perdata). Dalam hal ini, surat pengesahan hanya dapat diberikan, apabila kedua orang tuanya telah mengakui anak luar kawinnya. Undang-undang tidak menentukan bagaimanakah harus dibuktikan, bahwa parkawinan benar telah dirancang. Tidak perlu, bahwa keinginan untuk kawin sudah dilaporkan kepada pegawai catatan sipil.

Sanak keluarga dari si ibu dan si bapak atau kenalan-kenalannya dapat didengar keterangannya. Pengesahan secara yang dimaksudkan dalam Pasal 275 sub 1 KUH.Perdata juga dapat dilakukan, apabila ibu si anak termasuk dalam golongan Indonesia atau golongan yang dipersamakan dengan itu (yaitu yang tidak takluk pada hukum keluarga barat) dan ibu tersebut telah meninggal, atau apabila menurut pertimbangan Menteri Kehakiman ada keberatan-keberatan penting

¹⁰⁴ Sudarsono, *Ibid.* , hlm. 190

terhadap perkawinan antara si bapak dan si ibu (Pasal 275 sub 2 KUHPerdara).

Pasal 274 KUH.Perdata menyebutkan bahwa pengesahan dilakukan dengan surat pengesahan yang diberikan oleh Presiden. Presiden, sebelum memberikan keputusan akan meminta pertimbangan dari Mahkamah Agung dan Mahkamah Agung, sebelum memberikan pertimbangannya kalau dipandang perlu dapat memanggil keluarga sedarah dari pemohon, untuk didengar pendapat mereka tentang permohonan pengesahan yang diajukan oleh yang bersangkutan.

Mahkamah Agung juga bisa memerintahkan Pengadilan yang ada di bawahnya untuk mendengar pendapat dari keluarga sedarah pemohon, terutama apabila para anggota keluarga tersebut tinggal di tempat yang jauh dari tempat tinggal pemohon. Selanjutnya Mahkamah Agung dapat memerintahkan agar permohonan itu diumumkan dalam Berita Negara.

Maksudnya tidak lain agar mereka yang berkepentingan diberikan kesempatan untuk mengajukan perlawanan terhadap permohonan tersebut.¹⁰⁵

Permohonan pengesahan anak dapat dilakukan oleh kedua orang tuanya dan atau salah seorang dari mereka yang hidup terlama.¹⁰⁶

Akibat hukum dari pengesahan dalam hal orang tuanya kawin dan pengesahan terjadi karena perkawinan itu atau karena surat

¹⁰⁵J. Satrio, 2006, *Loc Cit*, hlm. 183.

¹⁰⁶ J. Satrio, *Ibid*, hlm. 184.

pengesahan dari Menteri Kehakiman, maka bagi yang disahkan itu berlaku ketentuanketentuan undang-undang yang sama, seolah-olah anak itu dilahirkan dalam perkawinan, yang berarti anak tersebut memperoleh kedudukan yang sama seperti anak-anak yang dilahirkan sepanjang perkawinan.

Anak-anak itu memperoleh status anak sah, tidak hanya terhadap orang tuanya melainkan terhadap sanak keluarga orang tua itu. Dalam undangundang tidak ditentukan, mulai kapan pengesahan itu berlaku. Dapat dianggap, bahwa pengesahan itu dan akibat-akibatnya mulai berlaku sejak orang tua si anak melangsungkan perkawinan. Dalam hal pengesahan dilakukan dengan surat pengesahan yang diberikan Menteri Kehakiman setelah orang tuanya kawin, maka pengesahan itu mempunyai kekuatan surut sampai hari perkawinan dilangsungkan. Akibatnya adalah, bahwa si anak atas warisan yang jatuh meluang sebelum perkawinan tersebut dilangsungkan hanya mempunyai hak sebagai anak luar kawin.¹⁰⁷

Dalam hal orang tua si anak tidak kawin, karena salah satu dari mereka telah meninggal dunia, maka pengesahan tidak mempunyai akibat-akibat penuh, yaitu pengesahan dala hal pewarisan tak akan merugikan anak-anak sah dahulu dan pengesahan dalam hal pewarisan

¹⁰⁷ Ko Tjai Sing, *Op Cit*, hlm.110.

tidak berlaku terhadap para keluarga sedarah lainnya, kecuali sekedar keluarga sedarah yang telah menyetujui pemberian pengesahan.¹⁰⁸

Menurut Ko Tjai Sing undang-undang tidak menyebutkan, apakah pengesahan anak dapat ditentang oleh para pihak yang berkepentingan. Pengesahan anak luar kawin hanya dapat dimintakan oleh orang tuanya atau salah satu dari mereka apabila yang lain sudah meninggal dunia. Surat pengesahan tidak dapat diminta oleh si anak atau keturunannya atau orang lain. Pendapat umum yang diikuti, pengesahan anak batal, apabila pengakuan anak itu dinyatakan tidak sah oleh hakim atas tuntutan pihak yang berkepentingan. Lebih lanjut Ko Tjai Sing menjelaskan bahwa hal di atas adalah sesuatu yang logis, mengingat pengakuan merupakan syarat mutlak bagi pengesahan. Jadi pengesahan anak dapat juga ditentang. Walaupun ada perbedaan pendapat, harus dianggap, bahwa juga pengesahan dengan surat pengesahan yang telah diberikan Menteri Kehakiman tidak sah, apabila pengakuan anak dinyatakan tidak sah oleh pengesahan oleh Menteri Kehakiman hanya mungkin, apabila anak telah diakui yaitu telah diakui secara sah. Jadi pengakuan yang tidak sah mengakibatkan tidak sahnya pengesahan yang diberikan oleh Menteri Kehakiman.¹⁰⁹ Apabila orang tua si anak tidak kawin, karena salah satu dari mereka meninggal dunia maka pengesahan tidak mempunyai akibat penuh.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ko Tjai Sing, *Ibid*, hlm. 411.

¹⁰⁹ Ko Tjai Sing, *Ibid.*, hlm. 409-410

¹¹⁰ Soedarsono, *Loc Cit*, hlm.190

G. METODE PENELITIAN DISERTASI

Metodologi adalah suatu sarana pokok pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, oleh karena itu penelitian bertujuan untuk mengungkapkan kebenaran secara sistimatis, metodologis dan konsisten dengan mengadakan analisis dan konstruksi.¹¹¹

Penelitian, pada hakekatnya mencakup kegiatan pengumpulan data, yang semuanya dilaksanakan secara sistimatis dan konsisten. Data ialah gejala yang akan dicari untuk diteliti, gejala yang diamati oleh peneliti. Agar dalam penulisan disertasi ini memenuhi kriteria sebagai karya ilmiah serta mengarah kepada obyek kajian dan sesuai dengan tujuan yang dimaksud, maka penulis menggunakan metode antara lain:

1. Paradigma

Pengertian paradigma menurut Patton (1978) dalam Tahir¹¹² adalah:

“A paradigm is a world view, a general perspective , a way of breaking down the complexity of the real world. As such, paradigms are deeply embedded in the socialization of adherents and practitioners: paradigms tell them what is important, legitimate, and reasonable. Paradigms are also normative, telling the practitioner what to do without the necessity of long existential or epistemological consideration. But it is this aspect of paradigms that constitutes both their strength and their weakness-their strength in that it makes action possible, their weakness in that the very reason for action is hidden in the unquestioned assumptions of the paradigm.”

Paradigma adalah pedoman yang menjadi dasar bagi para saintis dan peneliti di dalam mencari fakta-fakta melalui kegiatan penelitian yang dilakukannya.¹¹³

¹¹¹Soerjono Soekamto dan Sri Mamudji (a).1990. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta, Rajawali Pers, hlm.1

¹¹²Tahir, Muh, 2011. *Pengantar Metodologi Penelitian Pendidikan*.Makassar: Universitas Muhammadiyah Makassar, hlm.58

Deddy Mulyana dalam Tahir ¹¹⁴ mendefinisikan paradigma sebagai suatu kerangka berpikir yang mendasar dari suatu kelompok saintis (ilmuwan) yang menganut suatu pandangan yang dijadikan landasan untuk mengungkap suatu fenomena dalam rangka mencari fakta.

Paradigma menurut Guba dan Lincoln mengajukan tipologi yang mencakup empat paradigma: positivisme, postpositivisme, kritisal, dan konstruktivisme/konstruktivistik. Dikemukakan oleh Guba, bahwa setiap paradigma membawa implikasi metodologi masing-masing.¹¹⁵

Paradigma yang digunakan dalam disertasi ini adalah paradigma konstruktivisme. Paradigma ini memandang bahwa kenyataan itu hasil konstruksi atau bentukan dari manusia itu sendiri. Kenyataan itu bersifat ganda, dapat dibentuk, dan merupakan satu keutuhan. Kenyataan ada sebagai hasil bentukan dari kemampuan berpikir seseorang. Pengetahuan hasil bentukan manusia itu tidak bersifat tetap tetapi berkembang terus. Oleh karena itu paradigma konstruktivisme berpandangan bahwa pengetahuan itu bukan hanya merupakan hasil pengalaman terhadap fakta, tetapi juga merupakan hasil konstruksi pemikiran subjek yang diteliti. Pengenalan manusia terhadap realitas sosial berpusat pada subjek dan bukan pada objek, hal ini berarti bahwa ilmu pengetahuan bukan hasil

¹¹³ Arifin, Zainal, 2012, *Penelitian Pendidikan Metode dan Paradigma Baru*. Bandung: Rosdakarya, hlm. 146

¹¹⁴ Tahir, Muh, *Op Cit*, hlm. 59

¹¹⁵ [Http://www.scribd.com/doc/15252080/Paradigma-Konstruktivisme-Paradigma-Kritisal](http://www.scribd.com/doc/15252080/Paradigma-Konstruktivisme-Paradigma-Kritisal)

pengalaman semata, tetapi merupakan juga hasil konstruksi oleh pemikiran.¹¹⁶

Maksud dipakainya paradigma konstruktivistik dalam disertasi ini ialah untuk menghasilkan suatu rekonstruksi pemikiran serta teori baru dalam perlindungan hukum hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan berbasis nilai keadilan, dimana hasil dari penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam rangka merekonstruksi Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 43 ayat 1, Kitab Undang-undang Hukum Perdata (B.W Indonesia) Pasal 283, dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 100.

2. Metode pendekatan

Metode pendekatan yang dipilih dalam disertasi ini adalah metode pendekatan yuridis sosiologis, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka, tetapi juga penelitian hukum empiris, yaitu penelitian yang didasarkan pada penelitian hukum yang bekerja di masyarakat.¹¹⁷

Menurut Abdul Kadir Muhamad, penelitian hukum sosiologis adalah penelitian yang mengutamakan penelitian hukum yang hidup sehari-hari di masyarakat. Dengan kata lain penelitian hukum sosiologis mengungkapkan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat melalui perbuatan yang dilakukan oleh masyarakat. Perbuatan ini berfungsi ganda,

¹¹⁶ Arifin, Zainal. *Op Cit*, hlm.140

¹¹⁷ Soerjono Soekamto dan Sri Mamudji (a). *Ibid*, hlm.15

yaitu sebagai pola terapan dan sekaligus menjadi bentuk normatif hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat.¹¹⁸

3. Sumber data

Sumber data dalam disertasi ini berupa data primer dan data sekunder.

- a. Data primer, yaitu data yang diperoleh melalui penelitian lapangan dengan cara interview atau wawancara dengan menggunakan daftar pertanyaan, yang merupakan proses tanya jawab kepada responden penelitian untuk memperoleh keterangan yang lebih jelas, sehingga dapat melengkapi atau mendukung data sekunder. Para responden yang diwawancara adalah: ibu kandung dari anak hasil zinah, kepala desa.
- b. Data sekunder, yaitu data yang diperoleh melalui penelitian kepustakaan, dengan ini penulis berusaha menelusuri dan mengumpulkan bahan tersebut dari dokumen, buku-buku literatur, peraturan perundang-undangan yang berlaku khususnya Kompilasi Hukum Islam (KHI), Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata), dan peraturan perundangan lainnya.¹¹⁹

1). Bahan hukum primer

Bahan hukum primer ialah hukum yang mengikat dari sudut norma dasar dan peraturan perundang-undangan. Bahan hukum primer bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas, mempunyai

¹¹⁸Abdul Kadir Muhammad, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Bandung, PT Citra Aditya Bhakti, hlm.82

¹¹⁹Peter Mahmud Marzuki, 2006, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana, hlm.141

kekuatan mengikat bagi pihak-pihak yang berkepentingan, berupa peraturan perundang-undangan (UUD NRI Tahun 1945, KUH. Perdata, Kompilasi Hukum Islam/KHI, Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, UU Nomor 23 Tahun 2002 jo Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014, UU Nomor 4 Tahun 1979, PP Nomor 9 Tahun 1975), Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, Fatwa MUI Nomor 11 Tahun 2012.

2). Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder ialah bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer yang berupa (hasil penelitian, karya ilmiah) yang memiliki relevansinya dengan topik yang sedang penulis kaji sehingga dapat melengkapi pembahasan yang lebih detail.

3). Bahan hukum tertier

Bahan hukum yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang berupa kamus hukum, kamus Inggris-Indonesia, Kamus Umum Bahasa Indonesia, majalah, internet, jurnal yang akan dianalisis dengan tujuan untuk lebih memahami dalam disertasi ini.

4. Teknik pengumpulan data

Teknik mengumpulkan data primer yang digunakan dalam disertasi ini, adalah melalui observasi dan wawancara. Observasi merupakan penelitian yang dilakukan secara langsung kepada objek yang diteliti

dengan melakukan wawancara kepada nara sumber penelitian yaitu ibu kandung dari anak hasil zinah, dan kepala desa Gandatapa. Sedangkan teknik mengumpulkan data sekunder yang digunakan, adalah secara dokumentatif. Teknik ini dilakukan dengan cara mengumpulkan data-data dari penelusuran literatur-literatur, peraturan perundang-undangan, Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, Fatwa MUI Nomor 11 Tahun 2012, internet, jurnal dan sumber lainnya yang relevan dengan disertasi ini.¹²⁰

5. Teknik analisa data

Analisa merupakan suatu proses mengorganisasikan dan mengurutkan data ke dalam pola, kategori dan susunan uraian dasar, sehingga dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan suatu hipotesis kerja seperti disarankan oleh data.¹²¹

Dalam penelitian hukum sosiologis, maka analisis data pada hakekatnya berarti kegiatan untuk mengadakan sistimatisasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis. Sistimatisasi berarti membuat klasifikasi terhadap bahan hukum tertulis tersebut, untuk memudahkan pekerjaan analisis dan konstruksi.¹²²

Analisis data yang digunakan adalah secara kualitatif induktif, yang diartikan sebagai kegiatan menganalisis data secara komprehensif, yaitu data sekunder dari berbagai kepustakaan dan literatur baik yang berupa

¹²⁰ Sumandi Suryabrata, 1998, *Metodologi Penelitian*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, hlm.16.

¹²¹ Lexy J Meleong, 2002, *Metode Penelitian Kualitatif*, Bandung, Remaja Rosdakarya, ,hlm.101.

¹²² Soerjono Soekanto, *Op Cit*, hlm.251

buku, peraturan perundang-undangan, disertasi, tesis, hasil penelitian atau karya ilmiah lainnya. Analisis data dilakukan setelah terlebih dahulu diadakan pemeriksaan, pengelompokan, pengolahan dan evaluasi sehingga diketahui reliabilitas data tersebut, lalu dianalisis secara kualitatif untuk menyelesaikan permasalahan yang ada.

Adapun tahap-tahap dalam melakukan analisis secara kualitatif adalah

- a. Mengumpulkan bahan-bahan hukum yang relevan dengan permasalahan yang diteliti.
- b. Memilih kaidah-kaidah hukum atau doktrin yang sesuai dengan penelitian.
- c. Mensistimatisasikan kaidah-kaidah hukum, azas, atau doktrin.
- d. Menjelaskan hubungan-hubungan antara berbagai konsep, pasal atau doktrin yang ada.
- e. Menarik kesimpulan dengan pendekatan induktif.¹²³

Dengan demikian kegiatan analisis data ini diharapkan akan dapat memberikan kesimpulan dari permasalahan dan tujuan penelitian disertasi yang benar dan akurat serta dapat dipresentasikan dalam bentuk induktif.

¹²³Amirudin dan Zainal Asikin, 2004, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta, PT Raja Grafindo Persada, hlm.45

H. SISTIMATIKA PENULISAN DISERTASI

Untuk memperoleh bentuk penyusunan disertasi yang sistimatis, maka penulis membagi disertasi ke dalam lima bab, masing-masing terdiri dari sub-bab secara lengkap. Penulis dapat menggambarkan sebagai berikut:

- 1). Bab I, berisi pendahuluan. Untuk menggambarkan pembahasan pada bab-bab selanjutnya secara lebih komprehensif; penulis membagi bab ini ke dalam sub-bab yang berisi latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan dan manfaat penelitian disertasi, kerangka teori disertasi, kerangka pemikiran disertasi, metode penelitian disertasi, sistimatika penelitian disertasi.
- 2). Bab II, merupakan bab kajian teori yang memuat pembahasan mengenai:
 - a. Kedudukan anak dalam perkawinan, yang didalamnya akan diuraikan asas perkawinan dan syarat sahnya perkawinan,
 - b. Perspektif hukum tentang anak : pengertian dan macamnya, yang di dalamnya akan diuraikan pengertian anak, pembagian anak baik dalam arti sempit maupun luar kawin, anak hasil zina, pengakuan dan pengesahan.
 - c. Anak hasil perkawinan menurut Hukum di Indonesia
 - d. Perlindungan hukum anak untuk mewujudkan keadilan
- 3). Bab III, merupakan bab yang akan membahas realitas perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan dalam sistem hukum Indonesia. Di sini akan membahas profil anak hasil perzinahan, ketiadaan perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan.

- 4). Bab IV, merupakan bab yang akan membahas menjawab permasalahan bagaimana kelemahan-kelemahan perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan saat ini.
- 5). Bab V, merupakan bab yang akan membahas hasil penelitian untuk membangun konsep baru berupa ketentuan yang diberikan kepada masyarakat (ibu dan anak) dalam rangka merekonstruksi perlindungan hukum atas hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan yang berbasis nilai keadilan. Di sini akan membahas: a. Perlindungan hukum hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan menurut Pancasila dan UUD NRI tahun 1945. b. Perlindungan hukum hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan di berbagai Negara asing (pengertian anak sah dan tidak sah di berbagai negara, pengaturan anak luar kawin di berbagai Negara, serta perlindungan hak-hak keperdataan anak luar kawin di berbagai negara).c. Rekonstruksi perlindungan hukum hak-hak keperdataan anak hasil perzinahan yang berbasis nilai keadilan. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, Pasal 100 KHI, Pasal 283 KUH.Perdata, Pasal 62 ayat (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 jo Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014.
- 6). Bab VI adalah bab penutup, yang akan memuat simpulan hasil disertasi, implikasi kajian disertasi, dan saran-saran.

I. ORISINALITAS DISERTASI

Berdasarkan pengetahuan dari penelusuran penulis atas hasil-hasil penelitian yang ada, penelitian yang berkaitan dengan anak hasil zina ini adalah:

Tabel : 1
Bahan Pembanding Hasil Penelitian

No	Penulis	Judul Tesis	Kesimpulan Tesis
1.	Ahmad Canggih Ghulam Halim. Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta 2012	Kedudukan anak hasil pernikahan yang tidak sah menurut putusan Mahkamah Konstitusi dan fatwa Ulama Indonesia	1. Yang dimaksud anak yang lahir di luar nikah ialah anak yang lahir dari perkawinan menurut agama, tetapi tidak tercatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, dalam arti kata sah secara materiil tetapi tidak secara formil. Tidak termasuk anak yang lahir tanpa perkawinan (anak zina) karena anak zina sama sekali tidak tersentuh dengan perkawinan. 2. Untuk melegalkan anak yang lahir diluar perkawinan secara hukum adalah dengan terlebih dahulu melakukan pengesahan (isbat nikah) di Pengadilan dan dilanjutkan dengan pengesahan anak di pengadilan yang sama. Dengan telah adanya pengesahan anak dari Pengadilan, maka anak yang lahir di luar perkawinan sudah seutuhnya sama dengan anak yang lahir dalam atau akibat

			<p>perkawinan yang sah.</p> <p>3. Anak yang lahir tanpa perkawinan (anak hasil zina) tidak dapat dilegalkan secara hukum, karena disamping tidak ada lembaga pengesahan zina juga perbuatan zina adalah merupakan perbuatan yang melanggar hukum yang tidak layak mendapat legalisasi hukum.</p> <p>4. Walaupun anak hasil zina tidak layak mendapat legalisasi hukum bukanlah penerima dosa warisan, karena hukuman bagi pelaku zina tidak diwariskan pada anak biologisnya, namun Undang-undang tetap melindungi melalui UU Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, dan diperlakukan sama dengan anak Indonesia lainnya dalam hal perlindungan anak baik kedudukannya maupun hak-hak lainnya, sehingga tidak benar anak hasil zina dinyatakan terlantar. Jika kita perhatikan secara umum anak yang terlantar itu kebanyakan anak lahir secara sah yang orang tuanya miskin, bukan anak hasil perzinahan saja.</p> <p>5. Jika pengertian anak lahir diluar pernikahan sama dengan anak lahir</p>
--	--	--	---

		<p>tanpa perkawinan (anak zina), maka berarti anak yang lahir di Indonesia menjadi anak sah semuanya dan perkawinan tidak lagi memerlukan Undang-undang karena kawin atau tidak kawin, jika punya anak tetap sama-sama menjadi anak sah. Dengan demikian sudah terjadi tsunami hukum perkawinan di Indonesia.</p> <p>6. Kelahiran anak diperoleh dari perkawinan yang sah, dan dapat juga diperoleh dari perbuatan tanpa perkawinan (perzinahan). Perkawinan itu adalah ibadah, jika lahir anak, maka anaknya menjadi anak sah, sebaliknya perzinahan perbuatan maksiat, jikal lahir anak maka anaknya menjadi anak zina (tidak sah), itu jelas sekali perbedaannya. Dapatkah diterima akal antara ibadah dan maksiat itu sama? Dan hasilnya juga sama yaitu sama-sama anak sah? Pada gilirannya setan akan protes: mengapa hasil karya kami bangsa setan yang selalu mendorong untuk berbuat zina tidak diperhitungkan sebagai perbuatan maksiat? Aku diperlakukan secara tidak adil! Kawanku akan banyak hilang</p>
--	--	---

			dineraka nanti, yang akhirnya setan-setan berdoa: Ya Allah perlakukanlah kami (bangsa setan) secara adil, jadikanlah orang-orang yang berzina menjadi kawan kami yang setia, janglah kawan-kawan kami di neraka nanti dikurangi gara-gara pemahaman yang salah terhadap Putusan MK Nomor 46/PUU-VII/2010 tanggal 17 Februari 2012.
2.	Indah Setia Rini Program Pascasarjana Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro Semarang 2009.	Pelaksanaan pengesahan anak luar kawin menurut KUH Perdata setelah berlakunya Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (Studi kasus terhadap perkara nomor 70/Pdt.P/2005/PN Tng) di PN Tangerang	1. Putusan Pengadilan Negeri Tangerang dalam perkara nomor 74/Pdt.P/2005/PN.TNG tentang pengesahan anak luar kawin setelah berlakunya UU Nomor 1 tahun 1974 telah sesuai dengan ketentuan KUH Perdata. 2. Akibat hukum pengesahan anak luar kawin menurut KUH Perdata: a. Dalam hal orang tuanya kawin (Pasal 272, 273, 274 KUH Perdata) dan pengesahan terjadi karena perkawinan itu atau karena surat pengesahan dari Menteri Kehakiman, maka bagi anak yang yang disahkan itu berlaku ketentuan undang-undang yang sama seolah-olah anak itu dilahirkan dalam perkawinan (Pasal 277 KUH

			<p>Perdata), yang berarti anak itu memperoleh kedudukan (status) yang sama seperti anak-anak yang dilahirkan sepanjang perkawinan. Anak itu jadi memperoleh status dari anak-anak sah, tidak hanya terhadap orang tuanya, melainkan juga terhadap keluarga orang tua itu.</p> <p>b. Dalam hal orang tuanya tidak kawin, maka pengesahan tersebut tidak mempunyai akibat hukum penuh, yaitu pengesahan dalam hal perkawinan tidak akan merugikan anak-anak sah terdahulu dan pengesahan dalam pewarisan tidak berlaku terhadap para keluarga sedarah lainnya, kecuali sekedar keluarga sedarah dari bapak dan atau ibu si anak yang telah memnyetujui pemberian surat pengesahan.</p> <p>3. Hambatan timbul dalam pengesahan anak luar kawin, yaitu permohonan pengesahan anak luar kawin dari suatu perkawinan tidak yang dicatatkan menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, tidak dapat</p>
--	--	--	---

			dilakukan apabila kedua orang tua biologisnya tersebut telah meninggal dunia.
3.	Ayu Yulia Sari. Universitas Sumatra Utara	Analisis Yuridis kedudukan anak luar kawin berdasarkan KHI dan KUH. Perdata	<p>1. Terdapat perbedaan prinsip atau kriteria terhadap anak luar nikah antara KHI dan KUH Perdata. Anak luar nikah dalam KHI meliputi: anak zina, anak mula, nah dan anak syubhat. Sedangkan anak luar kawin menurut KUH Perdata meliputi: anak zina, anak sumbang dan anak luar kawin yang lain.</p> <p>2. Terdapat perbedaan kedudukan terhadap anak luar nikah antara KHI dan KHU Perdata. Dalam KHI anak luar nikah hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Sedangkan dalam KUH Perdata dikenal adanya pengakuan dan pengesahan terhadap anak di luar perkawinan, dalam KUH Perdata anak luar kawin dibagi dua yaitu anak luar kawin yang diakui dan anak luar kawin yang tidak diakui. Apabila anak luar kawin tersebut telah diakui oleh ayah yang membenihkannya, maka kedudukan anak luar kawin tersebut akan sama dengan anak sah.</p>

			<p>3. Akibat hukum anak luar nikah menurut KHI adalah anak luar nikah tersebut tidak berhak memperoleh hubungan nasab, nafkah, hak-hak waris (pewarisan), hadhanah (pemeliharaan/pengasuhan anak), dan perwalian dari ayah yang membenihkannya, melainkan kepada ibunya. Sedangkan dalam KUH Perdata apabila anak luar kawin tersebut telah diakui, maka anak luar kawin tersebut berhak memperoleh hubungan nasab, nafkah, hak-hak waris (pewarisan), hadhanah (pemeliharaan/pengasuhan anak), dan perwalian dari ayah yang membenihkannya. Yang menjadi wali nikah bagi anak luar nikah adalah wali hakim.</p>
--	--	--	--