

**DASAR HUKUM HAKIM MAHKAMAH KONSTITUSI
DALAM MEMUTUSKAN PERKARA NO.46/PUU-
VIII/2010 TENTANG STATUS HUKUM ANAK
DI LUAR NIKAH (PERSPEKTIF HUKUM
ISLAM DAN HAK ASASI MANUSIA)**

Habib Shulton Asnawi

Dosen Institut Agama Islam Maarif NU (IAIM NU)

Metro Lampung

E-mail: habibshulton.doktor@yahoo.co.id

Abstract

Indonesia ratified Convention on The Rights of The Child namely The International Convention on The Protection against The Rights of Children in 1990. But, it is not have a positive effect and significant to meet , respect and protection the rights of children. Especially the rights of children out of wedlock (the results of unregistered marriages, the results of adultery / cheating) have an injustice and discrimination. This is caused by the application of Article 43 Law No. 1 1974 about the marriages. Sons wedlock arranged in this requirement for this is not quite inadequate in provide legal protection and tend to discriminatory. Hence, the applicant proposed judicial review on Article 43 Law No. 1 1974 about the marriages that is held in opposition to The Constitution (1945 Constitution). The Constitutional Court as an institution of the state have taken a step in deciding on the case by the judgment of The Constitutional Court no.46 / PUU-VIII / 2010. Hence, focus on this writing is what legal basis the judge in the constitutional court would plead for No.46 / PUU-VIII / 2010 about the legal status of child out of wedlock reviewed from the perspective of Islamic law and human rights.

Keyword: Legal Basis Judge The Constitutional Court, The Legal Status Of Children Out Marriage, Islamic Law And Human Rights

Abstrak

Indonesia telah meratifikasi Convention on The Rights of The Child yaitu Konvensi Internasional tentang Perlindungan terhadap Hak-Hak Anak pada tahun 1990. Namun hal ini, belum mempunyai dampak positif dan signifikan bagi pemenuhan, penghormatan dan perlindungan hak-hak anak. Khususnya hak-hak anak di luar perkawinan (anak hasil nikah siri, hasil zina/selingkuh) mengalami ketidak-adilan dan diskriminasi. Hal ini disebabkan oleh penerapan Pasal 43 UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Kedudukan anak luar nikah yang diatur dalam ketentuan tersebut selama ini tidak cukup memadai dalam memberikan perlindungan hukum dan cenderung diskriminatif. Oleh karena itu, Pemohon mengajukan judicial review terhadap Pasal 43 UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang dianggap bertentangan dengan Konstitusi (UUD 1945). Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga Negara telah mengambil langkah dalam memutuskan perkara tersebut dengan putusan mahkamah konstitusi No.46/PUU-VIII/2010. Oleh karena itu, fokus dalam tulisan ini adalah apa dasar hukum hakim mahkamah konstitusi dalam memutuskan perkara No.46/PUU-VIII/2010 tentang status hukum anak di luar nikah ditinjau dari perspektif hukum Islam dan hak asasi manusia.

Kata Kunci: Dasar Hukum Hakim Mahkamah Konstitusi, Status Hukum Anak diluar Nikah, Hukum Islam dan HAM

A. Pendahuluan

Anak merupakan amanah dan karunia dari Tuhan yang memiliki harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya.¹

¹ Lilik Mulyadi, "Seraut Wajah Terhadap Eksistensi UU. No 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak: Normatif, Praktik dan Permasalahannya", disampaikan dalam Seminar Nasional dengan tema "Menyongsong Berlakunya UU. No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak: *Probem dan Solusinya*", pada hari Selasa 26 Maret 2013 di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta: hlm. 2.

Anak tidak saja masa depan melainkan adalah masa kini. Di masa depan kualitas anak ditentukan oleh apa yang kita perbuat di masa kini. Artinya, ketika dunia atau bangsa berharap di masa depan ada peradaban manusia yang lebih baik dari masa kini pemerintah tidak boleh terlambat untuk melindungi hak-hak anak dari perlakuan diskriminatif, kekerasan, tindakan eksploitatif serta ketidak-adilan.² Perlindungan terhadap hak-hak anak merupakan bentuk pembelaan terhadap hak asasi manusia (HAM).³

Dari filosofis hak anak tersebut, maka sebagai upaya perlindungan (to protect) terhadap hak anak Dunia menetapkan Deklarasi Anak 1979 yang kemudian diadopsi oleh PBB menjadi Konvensi Hak Anak/KHA yaitu Convention on The Rights of The Child Tahun 1989 dan telah diratifikasi, disetujui atau ditandatangani oleh 192 negara.⁴ Indonesia telah meratifikasi KHA pada Tahun 1990 dengan Keppres No. 36 Tahun 1990 dan 12 Tahun kemudian

² Dengan peran anak yang begitu penting ini, hak anak telah secara tegas dinyatakan dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 hasil amandemen, dimana Negara menjamin setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

³ Istilah perlindungan tercakup didalamnya unsur penegakan (enforcement). Perlindungan itu dapat berarti individual complaints; inter state complaints; state reporting; inquiry and investigation; fact-finding; human rights monitoring. Sedangkan penegakan (inforcement) dapat mencakup expulsion from internasional, organization; economic; sanctions humanitarian intervention; internasional; internasional tribunal; redaction or suspension of development corporation, Lihat, Manfred Nowak, Introduction to the International Human Rights Regime, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003), hlm. 28.

⁴ Sari Murti Widiyastuti, "Perlindungan Terhadap Anak yang Berhadapan dengan Hukum Antara Harapan dan Kenyataan" disampaikan dalam Seminar Nasional dengan tema "Menyongsong Berlakunya UU. No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak: Problem dan Solusinya", pada hari Selasa 26 Maret 2013 di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, hlm. 1.

Indonesia telah berhasil menghadirkan UU. No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (UUPA).⁵

Meskipun Indonesia yang telah meratifikasi Konvensi tersebut namun dalam kenyataan belum mempunyai dampak yang positif dan signifikan bagi pemenuhan, penghormatan dan perlindungan hak-hak anak di Indonesia.⁶ Khususnya adalah hak-hak anak yang lahir di luar perkawinan (yaitu anak hasil nikah siri, hasil zina/selingkuh) mengalami ketidak-adilan, diskriminasi serta pelanggaran terhadap HAM anak. Tentu hal ini sangat bertentangan dengan konsep negara Indonesia yaitu sebagai negara hukum.⁷

Ciri dari negara hukum diantaranya adalah adanya jaminan terhadap perlindungan HAM.⁸ Ketidak-adilan serta pelanggaran HAM terhadap anak di luar perkawinan atau anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah diantaranya adalah: Anak mengalami kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan kedua orang tuanya, beban psikologis disebabkan oleh masyarakat dicap sebagai anak haram/anak hasil zina. Secara sosial, anak juga harus menanggung perlakuan tidak

⁵Habib Shulton Asnawi, "Perdagangan Perempuan dan Anak "Human Trafficking" di Indonesia Sebagai Tindak Pidana dan Melanggar HAM", *Jurnal Judicia "Studi Hukum"*, Vol. 1, No. 1, Januari, 2013, hlm. 98.

⁶ Siti Musdah Mulia, *Islam dan Hak Asasi Manusia: Konsep dan Implementasi*, (Yogyakarta: Naufan Pustaka, 2010), hlm. 254.

⁷ Negara hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Pengertian negara hukum merupakan terjemahan dari *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Pada paham *rechtsstaat* dan *the rule of law*, terdapat sedikit perbedaan, meskipun dalam perkembangannya dewasa ini tidak dipermasalahkan lagi perbedaan antara keduanya, karena pada dasarnya kedua konsep itu mengarahkan dirinya pada suatu sasaran yang utama, yaitu pengakuan terhadap hak asasi manusia (HAM). Lihat, Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia*, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987), hlm. 72.

⁸ Frans Magnis Suseno, *Etika Politik Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1999), hlm. 295-298.

adil dan stigma di masyarakat akibat ketiadaan ayah dalam status silsilahnya.⁹

Apalagi jika dikaitkan dengan ketiadaan relasi perdata dengan ayah biologisnya, eksistensi anak sebagai warga negara tereduksi secara sistematis. Ini bisa dilihat dari UU. No. 23 Tahun 2006 yang mensyaratkan pembuatan Akta Kelahiran seorang anak harus disertai dokumen perkawinan resmi dari negara. Ketidadaan Akta Kelahiran, seorang anak akan mengalami kendala ketika harus memperoleh akses pendidikan, pelayanan kesehatan, bantuan sosial, dan beberapa jasa pelayanan publik lainnya.¹⁰

Tanpa adanya Akta Kelahiran tentu ini akan berimplikasi anak tidak mendapatkan “hak waris” hal ini sangat merugikan hak anak.¹¹ Dalam kasus perkawinan ‘tidak sah’, anak tidaklah layak menyandang status bersalah, baik secara hukum negara maupun norma agama, karena kelahirannya di luar kehendaknya sendiri. Hal demikian, akibat penerapan pasal 43 (ayat 1) UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pengaturan mengenai kedudukan anak luar nikah yang diatur dalam ketentuan Pasal 43 UU. No. 1 Tahun 1974 selama ini tidak cukup memadai dalam memberikan perlindungan hukum dan cenderung diskriminatif, status anak di luar nikah atau anak yang

⁹ Padahal selain Konvensi Internasional tentang Hak-hak Anak konsep keadilan serta kesetaraan telah ditegaskan dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) 1948, didalamnya termuat bahwa hak dan kebebasan sangat perlu dimiliki oleh setiap orang tanpa diskriminasi, termasuk tidak melakukan diskriminasi berdasarkan status sosial. Lihat: Habib Shulton Asnawi, “Politik Hukum Kesetaraan Kaum Perempuan dalam Organisasi Masyarakat Islam di Indonesia”, Jurnal Musawa UIN Sunan Kalijaga, Vol. 11, No. 1, Januari 2012, hlm. 68-69.

¹⁰ Tri Hendra Wahyudi, “Negara Harus Melindungi Hak Anak” http://www.E:\MAHKAMAH_KONSTITUSI\artikel_detail-50225.html, diunduh 12 Desember 2015.

¹¹ Syafran Sofyan, “Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010: Tentang Status Anak Luar Kawin”, http://www.E:\Mahkamah_Konstitusi\Putusan_MK\1715.html, diunduh 12 Desember 2015.

dilahirkan diluar perkawinan yang sah hanya memiliki hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya tanpa adanya tanggung jawab dari ayah biologisnya. Sehingga pada kenyataannya seorang anak harus ikut menanggung kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan kedua orang tuanya.

Oleh karena itu, pemohon Machica Mochtar yaitu artis yang menikah secara siri dengan Mantan Menteri Sekretaris Negara di Era Orde Baru Moerdiono, mengajukan judicial review ke Mahkamah Konstitusi terhadap Pasal 43 UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Machica memohonkan agar pasal 2 ayat (2) yang mengatur masalah pencatatan perkawinan dan pasal 43 ayat (1) yang mengatur status keperdataan anak luar kawin dinyatakan bertentangan dengan konstitusi (UUD 1945) dan harus dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum dengan segala akibatnya. Aisyah Mochtar alias Machica binti H. Mochtar Ibrahim meminta puteranya Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono agar diakui sebagai anak almarhum Moerdiono. Putusan ini tentunya menimbulkan pro dan kontra di masyarakat, bagi pihak yang mendukung menilai putusan ini merupakan terobosan hukum yang progresif dalam melindungi hak-hak anak, baik anak hasil di luar pernikahan atau anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah. Sedangkan bagi pihak yang kontra mengkhawatirkan putusan ini merupakan afirmasi dan legalisasi terhadap pernikahan siri maupun perbuatan zina atau pergaulan bebas.

Namun, membiarkan pasal 43 (ayat 1) UU. No. 1 Tahun 1974 ini tetap berlaku, sama artinya negara membiarkan penelantaran sistemik terhadap anak-anak di luar nikah. Hal ini tentu pelanggaran HAM. Negara dianggap tidak konsisten dan cenderung berlawanan dengan pilihan meratifikasi konvensi PBB tentang hak-hak anak Tahun 1989. Kewajiban negara yang meratifikasi kovenan hak anak, selain memberikan laporan yang regular terhadap

implementasi perlindungan anak di Indonesia ke PBB, membuat UU Perlindungan Anak yang berdasar atas konvensi hak anak 1989, juga ‘menertibkan’ UU dan peraturan lain yang bertentangan dengan norma yang termaktub dalam konvensi hak anak Tahun 1989 tersebut.

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga Negara telah mengambil langkah dalam memutuskan perkara tersebut dengan putusan mahkamah konstitusi No.46/PUU-VIII/2010 tentang Status Hukum Anak di Luar Nikah. Mahkamah Konstitusi mengabulkan permohonan pemohon. Oleh karena itu, dari latar belakang masalah di atas maka tulisan ini akan menganalisis dasar hukum hakim mahkamah konstitusi dalam memutuskan perkara No.46/PUU-VIII/2010 tentang status hukum anak di luar nikah ditinjau dari perspektif hukum Islam dan hak asasi manusia.

B.Duduk Perkara Putusan Mahkamah Konstitusi No.46/PUU-VIII/2010

Tanggal 20 Desember 1993, di Jakarta telah berlangsung pernikahan antara pemohon (Hj. Aisyah Mochtar alias Mochica binti H.Mochtar Ibahim) dengan seorang laki-laki bernama Drs.Moerdiono, dengan wali nikah almarhum H.MoCHTAR Ibrahim, disaksikan oleh 2 orang saksi, masing-masing bernama almarhum KH. M. Yusuf Usman dan Risman, dengan mahar berupa seperangkat alat shalat, uang 2.000 Riyal (mata uang Arab), satu set perhiasan emas, berlian dibayar tunai dan dengan ijab yang diucapkan oleh wali tersebut dan qobul diucapkan oleh laki-laki bernama Drs.Moerdiono. Moerdiono seorang suami yang sudah beristri menikah lagi dengan istri kedua, Hj. Aisyah Mokhtar, dengan akad nikah secara Islam tetapi tidak di hadapan PPN/KUA Kec. Yang berwenang sehingga tidak dicatat dalam buku akta nikah dan tidak memiliki kutipan akta nikah.

Dari perkawinan tersebut dilahirkan seorang anak laki-laki yang bernama Muhammad Iqbal Ramdhan bin Moerdiono.¹²

Pasal 2 ayat (2) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan menyatakan bahwa, tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.” Kemudian Pasal 43 ayat (1) UUP tersebut mengatakan bahwa: Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan Ibunya dan keluarga Ibunya. Oleh sebab itu, Hj. Aisyah maupun Iqbal merasa dirugikan hak konstitusionalnya oleh tuntutan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 Ayat (1) UU NO 1 Tahun 1974 Tentang perkawinan tersebut karena perkawinan Hj. Aisyah tidak diakui menurut hukum dan anaknya (Iqbal) tidak mempunyai hubungan perdata dengan ayahnya (Moerdiono) dan keluarga ayahnya. Para pemohon yang berkedudukan sebagai perorangan warga negara Indonesia mengajukan permohonan pengujian ketentuan Pasal2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, yang pada intinya:¹³

1. Bahwa menurut para pemohon, ketentuan Pasal 2 Ayat (2) dan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan menimbulkan ketidakpastian hukum yang mengakibatkan kerugian bagi para pemohon, khususnya yang berkaitan dengan kasus perkawinan dan status anak yang dihasilkan dari hasil perkawinan pemohon
2. Bahwa hak konstitusional para pemohon telah dicerai oleh norma hukum dalam Undang-undang Perkawinan. Norma hukum ini jelas tidak adil dan merugikan karena perkawinan pemohon 1 adalah sah dan sesuai dengan

¹² Dr.H.Chatib Rasyid,SH.,MH. (Ketua PTA BANDUNG),
 “Putusan MK No.46/PUU-VIII/2010”,file:///D:/Putusan%20MK%20No%2046_PUUVIII_2010%20-%20HIMA%20Ahwal%20Syakhsiyah%20UIN%20SGD.htm. Akses 22.04.2016

¹³ Ibid.

Rukun nikah dalam Islam. Merujuk ke norma konstitusional yang termaktub dalam Pasal 28 B ayat (1) UUD 1945 maka perkawinan pemohon 1 yang dilangsungkan sesuai Rukun nikah adalah sah tetapi terhalang oleh Pasal 2; UU Perkawinan, akibatnya menjadi tidak sah menurut norma hukum. Akibatnya, pemberlakuan norma hukum ini berdampak terhadap status hukum anak (Pemohon II) yang dilahirkan dari perkawinan pemohon 1 menjadi anak diluar nikah berdasarkan ketentuan norma hukum dalam Pasal 34 Ayat (1) Undang-undang Perkawinan. Disisi lain, perlakuan diskriminatif ini sudah barang tentu menimbulkan permasalahan karena status seorang anak di muka hukum menjadi tidak jelas dan sah.

3. Menurut pemohon, ketentuan a quo telah menimbulkan perlakuan yang tidak sama di hadapan hukum serta menciptakan perlakuan yang bersifat diskriminatif, karena itu menurut para pemohon ketentuan a quo dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 28 B ayat (1) dan (2) serta Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945.

Dari pertimbangan tersebut maka Mahkamah Konstitusi mengabulkan uji materiil UU Perkawinan (UU No.1 Tahun 1974) yang diajukan Hj. Aisyah Mochtar alias Machica yang meminta puteranya Muhammad Iqbal Ramadhan bin Moerdiono agar diakui sebagai anak almarhum Moerdiono, mantan Menteri Sekretaris Negara di era Presiden Soeharto. Pasal 43 ayat 1 UU Perkawinan dikabulkan karena hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapat perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan

di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya.¹⁴

Komisi perlindungan anak Indonesia (KPAI) mengungkapkan hampir 50 juta anak di Indonesia tidak memiliki akta kelahiran karena berbagai sebab antara lain karena pernikahan tidak sah atau tercatat di atau kawin siri, angka ini hampir separuh dari total jumlah anak dibawah 5 tahun yang ada di Indonesia. KPAI sangat mengapresiasi putusan MK beberapa waktu lalu yang mengabulkan permohonan uji materiil atas pasal anak diluar pernikahan sah dalam UU perkawinan.¹⁵

C. Dasar Hukum Mahkamah Konstitusi dalam Memutuskan Perkara No.46/PUU-VIII/2010

1. Perspektif Hak Asasi Manusia (HAM)

Dasar hukum Mahkamah Konstitusi (MK) dalam memutuskan perkara No. 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak diluar nikah, MK mengambil kebijakan dan pertimbangan yang menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang berbunyi "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya" ayat ini sangat bertentangan dengan UUD 1945.

Serta tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca,

¹⁴ Syafran Sofyan, S.H., Sp.N., M.Hum, " Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Status Anak Diluar Nikah", <file:///D:/PUTUSAN%20MAHKAMAH%20KONSTITUSI%20TENTANG%20STATUS%20ANAK%20LUAR%20KAWIN.htm>. Akses 22-04-2016.

¹⁵ Ibid.

"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".¹⁶

MK mendasarkan kepada prinsip "equality before the Law" yaitu prinsip "persamaan di hadapan hukum" prinsip ini terkandung di dalam UUD 45 Pasal 28B ayat (1) dan (2) serta Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum". Hal ini tentu sejalan dengan asas-asas negara hukum yang meliputi 5 (lima) hal, salah satu diantaranya adalah prinsip persamaan dihadapan hukum (equality before the Law) prinsip ini dalam negara hukum bermakna bahwa pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu, atau memdiskriminasikan orang atau kelompok orang tertentu.

Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga negara. Dengan demikian hukum atau perundang-undangan harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status setiap anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah menurut peraturan perundang-undangan.

¹⁶ Lihat Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak Diluar Nikah.

Prinsip “equality before the Law” atau persamaan dihadapan hukum memang sangat penting, karena realitas yang ada menunjukkan bahwa anak yang dilahirkan diluar nikah senantiasa mendapatkan perlakuan diskriminatif dan penuh dengan ketidak-adilan. Anak juga harus menanggung stigma di masyarakat akibat ketiadaan ayah, anak di juluki anak kharam, anak semak-semak serta berbagai julukan negatif lainnya. Ditambah jika dikaitkan dengan ketiadaan relasi perdata dengan ayah biologisnya. Hal ini kaitannya dengan pembuatan Akta Kelahiran seorang anak harus disertai dokumen perkawinan resmi dari negara. Ketiadaan Akta Kelahiran, seorang anak akan mengalami kendala ketika harus memperoleh hak warisan, hak akses pendidikan, pelayanan kesehatan, bantuan sosial, dan beberapa jasa pelayanan publik lainnya.

Prinsip equality before the law merupakan makna filosofis yang terkandung di dalam konsep hak asasi manusia (HAM). Anak memiliki HAM yang melekat di dalam diri anak, yang tidak dapat dikurangi dan dicabut oleh siapapun dan dalam keadaan apapun. Anak wajib dilindungi dari bentuk eksploitasi, diskriminasi dan bentuk ketidak-adilan lainnya. Pengakuan perlindungan terhadap HAM anak, termuat di dalam Konvensi Hak Anak yang mana negara Indonesia juga telah meratifikasinya.¹⁷ Pasal 2 Konvensi Hak Anak (KHA) secara tegas menyatakan:¹⁸

“Negara-negara peserta akan menghormati dan menjamin hak-hak yang ditetapkan dalam Konvensi ini terhadap setiap anak dalam wilayah hukum mereka tanpa diskriminasi dalam bentuk apapun, tanpa memandang ras,

¹⁷ KHA merupakan perjanjian Internasional yang secara universal paling banyak diratifikasi. Indonesia merupakan salah satu negara yang pertama kali meratifikasi Konvensi ini. Oleh karena itu, Indonesia memiliki komitmen untuk melaksanakan seluruh rangkaian hak-hak yang tercantum dalam pasal-pasal dari konvensi tersebut.

¹⁸ Siti Musdah Mulia, “Islam dan Hak Asasi Manusia”. hlm. 257-258.

warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pandangan politik, asal-usul bangsa, suku bangsa atau social, harta kekayaan, cacat, atau walinya yang sah menurut hukum”.

Pemahaman isi konvensi tersebut juga sudah diakomodir dalam Pasal 52 s/d 66 UU. No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Dengan ungkapan lain, keadilan dan perlindungan hukum harus diberikan kepada semua anak-anak tanpa membedakan status pernikahan orang tua mereka: Apakah orang tua mereka menikah atau tidak menikah sama saja. Yang penting setiap anak memiliki hak yang sama, yakni hak perkembangan anak, hak untuk terbebas dari perlakuan diskriminatif, hak untuk menghargai pendangannya, hak untuk mendapatkan perlakuan yang terbaik bagi dirinya (*best interest of the child*) dan yang terpenting adalah hak untuk hidup, hak kelangsungan hidup.¹⁹

Hasil dari putusan ini menimbulkan konsekuensi adanya hubungan nasab anak luar nikah dengan bapak biologisnya; adanya hak dan kewajiban antara anak luar nikah dan bapak biologisnya, baik dalam bentuk nafkah, waris dan lain sebagainya. Hal ini tentunya berlaku apabila terlebih dahulu dilakukan pembuktian melalui ilmu pengetahuan dan teknologi seperti tes DNA dan lain sebagainya yang menyatakan bahwa benar anak diluar nikah tersebut memiliki hubungan darah dengan laki-laki

¹⁹ Hak untuk hidup (*right to live*) yang terdapat dalam anak adalah hak yang mendasar bersifat universal. Hak untuk hidup (*rights to livei*) merupakan katagori *non-derogable rights*. *Non derogable rights* yaitu hak asasi manusia (HAM) yang tidak dapat dicabut, ditunda atau dikurangi pemenuhannya dalam situasi apapun atau keadaan apapun. *Non-derogable rights* ini dirumuskan dalam Perubahan UUD 1945 yang menyatakan sebagai berikut: “Hak untuk hidup, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak di tuntutan atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun”. Lihat, Habib Shulton Asnawi, “Hak Asasi Manusia Islam dan Barat” *Jurnal Supremasi Hukum*, Vol. 1, No. 1, Juni 2012, hlm. 32-33.

sebagai ayah biologisnya itu. Penulis sepakat dengan apa yang diungkapkan oleh Moh. Mahfud MD bahwa aturan hukum tetaplah harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status anak yang dilahirkan dan hak-haknya, tak kurang dan tak lebih, meskipun keabsahan perkawinan orang tuanya masih dipersengketakan.

Dari analisis sebagaimana di atas, maka putusan MK tentang status keperdataan anak diluar nikah, maka jika ditinjau dari perspektif Hukum HAM, baik Hukum HAM internasional maupun Hukum HAM nasional tidak bertentangan, justru dasar hukum MK dalam perkara sebagaimana di atas, sejalan dengan makna filosofis serta prinsip-prinsip HAM, yakni keadilan, persamaan di depan hukum serta bebas dari perlakuan diskriminasi. Putusan MK sejalan dengan hukum konstitusi Indonesia (UUD 1945) yakni Pasal 28 B ayat (2) UUD 1945 “Negara menjamin setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”.

Menurut hemat penulis, bahwa anak merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari berlangsungnya hidup manusia dan keberlangsungan sebuah Bangsa dan Negara. Anak tidak saja masa depan melainkan adalah masa kini. Di masa depan kualitas anak ditentukan oleh apa yang kita perbuat di masa kini. Artinya, ketika dunia berharap di masa depan ada peradaban manusia yang lebih baik dari masa kini maka Negara sebagai pelindung tidak boleh terlambat untuk mensejahterakan dan melindungi hak-hak anak.²⁰

Oleh karena itu, aturan hukum tetaplah harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil

²⁰ Habib Shulton Asnawi, “Perdagangan Perempuan dan Anak “Human Trafficking”, hlm. 98.

terhadap status anak yang dilahirkan dan hak-haknya, meskipun keabsahan perkawinan orang tuanya masih dipersengketakan, atau bahkan tanpa adanya perkawinan. Dalam perspektif Hak Asasi Manusia (HAM), tiap-tiap anak pada hakekatnya adalah tetap anak dari kedua orang tuanya, terlepas apakah dia lahir dalam sebuah ikatan perkawinan yang sah secara hukum positif atau di luar perkawinan yang semacam itu.

Sehingga setiap anak berhak memperoleh layanan dan tanggung jawab yang sama dalam perwalian, pemeliharaan, pengawasan, serta berbagai pelayanan yang diberikan negara pada tiap warganya. Hak semacam ini melekat kepada tiap individu yang lahir ke muka bumi. Kesemua hak tersebut harus dijamin oleh negara dengan piranti hukum yang ada serta aparatus penyelenggaranya, tanpa memandang status perkawinan orang tua si anak. Hal ini sesuai dengan UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dan UU Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan yang menyangkut HAM.

2. Perspektif Hukum Islam

Tujuan agama Islam dalam menetapkan hukum-Nya adalah untuk merealisasikan kemashlahatan umum, dengan jalan mengambil segala yang bermanfaat dan mencegah atau menolak yang madharat yaitu yang tidak berguna bagi hidup dan kehidupan.²¹ Serta mencegah kerusakan pada manusia dan mendatangkan kemashlahatan bagi mereka, artinya mengarahkan mereka kepada kebenaran, keadilan, dan kebijakan, serta menerangkan jalan yang harus dilalui oleh manusia.²²

²¹ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam "Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1996), hlm. 53.

²² Amrullah Ahmad, *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 104.

Kemashlahatan yang ingin diwujudkan oleh syari'at Islam adalah kemashlahatan yang universal (luas) tidak terbatas, baik dari sisi jumlah dan macamnya. Kemashlahatan itu berbentuk mendatangkan manfaat atau keberuntungan, maupun dalam bentuk melepaskan manusia dari kemadharatan atau kecelakaan yang akan menyimpannya.²³ Sebagaimana dalam Firman Allah SWT.

ذَٰلِكَ الْكِتَابُ لَا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ²⁴

Secara global, tujuan syariat dalam menetapkan hukum-hukum-Nya adalah untuk kemashlahatan manusia seluruhnya, baik kemashlahatan di dunia, maupun kemashlahatan dihari akhir kelak (kekal).²⁵ Sebagaimana Firman Allah SWT.

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ²⁶

Teori pendekatan kemashlahatan tersebut dalam hukum Islam disebut sebagai “Maqasyid as-Syari’ah”²⁷ atau biasa disebut sebagai tujuan-tujuan hukum Islam, tujuan hukum Islam adalah untuk kemashlahatan dan melindungi harkat dan martabatnya sebagai manusia. Dalam konteks tulisan ini maka putusan MK dengan perkara No. 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak

²³ Amir Syarifudin, Ushul Fiqih Jilid 1, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997), hlm. 53.

²⁴ Al-Baqarah [2]: 2

²⁵ Ismail Muhammad Syah, Filsafat Hukum Islam, (Jakarta: Bumi Aksara, 1999), hlm. 65.

²⁶ Al-Anbiya [21]:107.

²⁷ Secara bahasa, maqashid syari’ah terdiri dari dua kata yakni, maqashid dan syari’ah. Maqashid adalah bentuk jamak dari maqshid yang berarti kesengajaan atau tujuan, syari’ah berarti jalan menuju sumber air. Jalan menuju sumber air ini dapat pula dikatakan sebagai jalan kearah sumber pokok kehidupan. Totok, Kamus Ushul Fiqih (Jakarta: Dana Bakti Wakaf, 2005), hlm.97. Ibnu al-Qayyim Al Jauziyah “Menegaskan bahawa syariah itu berdasarkan kepada hikmah-hikmah dan masalah-masalah untuk manusia baik di dunia maupun di akhirat. Perubahan hukum yang berlaku berdasarkan perubahan zaman dan tempat adalah untuk menjamin syariah dapat mendatangkan kemaslahatan kepada manusia”. Lihat: Ibn Qayyim al-Jauziyyah, I’lam al-Muwaqqi’in, Beirut, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, tahun 1996 jilid 3 hlm 37

diluar nikah jika ditinjau dari pendekatan Maqasyid as-Syari'ah maka putusan MK tersebut telah sejalan dengan tujuan-tujuan hukum Islam. MK mengambil pertimbangan dan memutuskan perkara tersebut benar berdasarkan perspektif hukum Islam, yakni sebagai upaya untuk kemashlahatan anak dan berupaya untuk melindungi hak-hak anak yang lahir diluar nikah.

Maqashid al-syari'ah merupakan salah satu konsep penting dalam kajian hukum Islam. Karena begitu pentingnya maqashid al-syari'ah tersebut, para ahli teori hukum menjadikan maqashid al-syari'ah sebagai sesuatu yang harus dipahami oleh mujtahid yang melakukan ijtihad. Yang menjelaskan bahwa, kemashlahatan menjadi tujuan syari'at.²⁸

Inti dari teori maqashid al-syari'ah adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindarkan keburukan, atau menarik manfaat dan menolak madharat. Istilah yang sepadan dengan inti dari maqashid al-syari'ah tersebut adalah maslahat, karena penetapan hukum dalam Islam harus bermuara kepada maslahat. Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah."

²⁸Kemashlahatan dalam konsep *maqshâshid syarî'ah* yang harus dilindungi sebagaimana yang digariskan oleh ahli ushul fiqh terbagi kepada tiga tingkatan yaitu: 1). Dlarû riyah, 2). Hâ jjiyah dan 3). Tahsî niyah. Dalam fiqh aulawiyât kita dituntut untuk mendahulukan dlarû riyah dari pada yang hâ jjiyah. Demikian halnya jika terjadi gesekan antara hâ jjiyah dan tahsî niyah, kita dituntut untuk mendahulukan hâ jjiyah daripada tahsî niyah.

D. Membongkar Positivisme Hukum Pasal 34 UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Dalam perspektif Hak Asasi Manusia (HAM), tiap-tiap anak pada hakekatnya adalah tetap anak dari kedua orang tuanya, terlepas apakah dia lahir dalam sebuah ikatan perkawinan yang sah secara hukum positif atau di luar perkawinan yang semacam itu. Sehingga setiap anak berhak memperoleh layanan dan tanggung jawab yang sama dalam perwalian, pemeliharaan, pengawasan, serta berbagai pelayanan yang diberikan negara pada tiap warganya. Hak semacam ini melekat kepada tiap individu yang lahir ke muka bumi. Semua hak tersebut harus dijamin oleh negara dengan piranti hukum yang ada serta aparatur penyelenggaranya, tanpa memandang status perkawinan orang tua si anak.

Namun, akibat dari pemibaran serta pengabdian terhadap Pasal 34 UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan hak asasi anak menjadi terbelenggu dan terabaikan. Status hukum bagi anak diluar nikah dalam UU Perkawinan dinyatakan bernasab hanya kepada ibunya dan keluarga ibunya. Prinsip yang sama juga dipakai dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tentang Hukum Perkawinan. Konsekuwensi logis dari paraturan itu, maka dalam Akta Kelahiran pun dituliskan hanya nama ibunya. Hal ini diperparah lagi bahwa beberapa Akta Kelahiran juga menyebutkan secara eksplisit "*anak diluar nikah*". Pencantuman kalimat terakhir ini merupakan tindakan yang tidak berperikemanusiaan.²⁹

Hal ini diakibatkan adanya pembiaran, pelanggaran dan pengabdian terhadap Pasal 34 UUP tersebut. Oleh karena itu membongkar positivistik-legalistik terhadap UUP tersebut merupakan sebuah langkah yang tepat, sebagai upaya menghormati (to respect), melindungi (to protect) dan memenuhi (to fulfill) hak-hak anak. Pengertian

²⁹ Siti Musdah Mulia, "*Islam dan Hak Asasi Manusia*". hlm. 257.

positivistik/positivisme hukum adalah: Suatu paham atau paradigma yang menuntut harus dilepaskannya pemikiran metayuridis mengenai hukum, hukum harus eksis, dalam alamnya yang objektif sebagaimana norma-norma yang positif. Dalam hubungannya dengan aturan hukum tertulis sebagai sumber hukum, positivisme hukum menganggap bahwa memang tiada hukum lain kecuali perintah penguasa yang telah dituliskan dalam hukum tersebut.³⁰

Selain itu, paradigma positivisme hukum menolak ajaran yang bersifat ideologis dan hanya menerima hukum sebagaimana adanya, yaitu dalam bentuk peraturan-peraturan yang ada. Aliran positivisme hukum ini berpendapat hendaknya “Keadilan harus dikeluarkan dari ilmu hukum”. Faham ini menghendaki suatu gambaran tentang hukum yang bersih dalam abstraksinya dan ketat dalam logikanya dan karenanya menyampingkan hal-hal yang bersifat ideologis yang dianggapnya irasional.³¹

Paradigma positivisme hukum inilah yang melekat dalam pemikiran para penegak hukum di Indonesia khususnya para hakim-hakim di Indonesia. Sehingga apapun bunyinya pasal 34 UUP tersebut itulah yang harus dijalankan, tanpa melihat akibat jika Pasal tersebut tetap diterapkan, paradigma ini mengabaikan kemashlahatan yang ada di sosial masyarakat, paradigma ini lebih mengedepankan teks daripada konteks kemashlahatan manusia. Sehingga akibatnya keadilan menjadi terabaikan.

Moh. Mahfud MD, mengatakan bahwa penegak hukum khususnya hakim-hakim di Indonesia, selama ini masih didominasi oleh paradigma dan cara berfikir positivistik-legalistik. Proses penegakan hukum dijalankan sedemikian rupa dengan perspektif peraturan hukum semata. Akibatnya,

³⁰ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: Gramedia Press, 2004), hlm. 113.

³¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1991), hlm. 272.

ketentuan hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) menjadi patokan paling utama dalam ber hukum. Yang terjadi jika tetap menggunakan cara berpikir semacam ini terbukti membuat proses penegak hukum menjadi gersang, kering dari moralitas.³²

Penegakan UUP khususnya Pasal 34 sejauh ini terhegemoni oleh cara-cara ber hukum yang bersifat legal-positivistik. Padahal hukum belum tentu tegak oleh adanya peraturan undang-undang. Hukum tidak serta merta menjadi baik oleh karena telah dirumuskan dengan baik melainkan akan benar-benar teruji pada saat dilaksanakan. Oleh karena itu, penegakan hukum terhadap Pasal 34 UUP tentang status anak diluar nikah, harus dimaknai secara progresif.

Namun terkait dengan penolakan kebijakan MK terhadap putusan tersebut yang berkembang dimasyarakat, yakni jika kita memberikan perlindungan kepada hak-hak anak diluar nikah itu sama artinya memberikan kesempatan bagi meraknya pergaulan bebas yang akan membawa kepada dekadensi moral bangsa.³³ Pernyataan ini sungguh sangat keliru. Sebab ada dua isu yang berbeda: anak diluar nikah dan pergaulan bebas. Pembelaan terhadap anak diluar nikah merupakan konsekuensi dari penegakan serta perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM).³⁴ Hak asasi manusia

³² Moh. Mahfud MD, Negara Hukum Indonesia: Gagasan dan Realita di Era Reformasi, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional “Dinamika Implementasi Negara Hukum Indonesia dan Tantangannya di Era Reformasi”, yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Sabtu 8 September 2012 di Yogyakarta, hlm. 8.

³³ Penolakan atas putusan MK ini diantaranya dilayangkan oleh Majelis Mujahidin Indonesia dan sebagian ulama MUI di beberapa daerah, yang mengatakan MK terlalu arogan dan mengabaikan syari’at Islam. MMI menilai putusan MK ini justru akan melegalkan perzinahan dan tindakan asusila lainnya. Kritikan serupa dilontarkan oleh kalangan Muslimat NU.

³⁴ Pengertian hak asasi manusia (HAM) sendiri secara etimologis, merupakan terjemahan langsung dari human rights dalam bahasa Inggris, “droits de l’home” dalam bahasa Perancis, dan menselijke rechten dalam bahasa Belanda. Namun ada juga yang menggunakan istilah HAM sebaga

adalah hak-hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia.³⁵

Dari pengertian di atas kemudian lahirlah paham persamaan kedudukan dan hak antara umat manusia berdasarkan prinsip keadilan, persamaan, yang memberikan pengakuan bahwa manusia mempunyai hak dan kewajiban yang sama tanpa membedakan jenis kelamin, ketidaksempurnaan fisik, ras suku, agama dan status sosial.³⁶ Anak-anak sebagai manusia adalah makhluk Tuhan yang bermartabat dan patut dihormati apapun jenis kelamin, ras, warna kulit, suku, agama, gender, termasuk apapun status pernikahan orang tuanya, menikah atau tidak menikah. Anak diluar nikah tidak selamanya lahir akibat pergaulan bebas, boleh jadi karena seorang perempuan mengalami eksploitasi seksual, seperti perkosaan, incest dan sebagainya.

Di Indonesia, sebagian besar perempuan yang melakukan nikah siri adalah di bawah umur. Pada 2009, sedikitnya ada 2,5 juta perkawinan. Dari jumlah itu, sekitar 34,5%-nya atau sekitar 600 ribu pasangan merupakan

terjemahan dari basic rights dan fundamental rights dalam bahasa Inggris, serta *grondrechten* dan *fundamental rechten* dalam bahasa Belanda. Lihat, Marbangun Hardjowirogo, HAM dalam Mekanisme-mekanisme Perintis Nasional, Regional dan Internasional, (Bandung: Patma, 1977), hlm. 10. Kemudian secara terminologis, HAM lazimnya diartikan sebagai hak-hak dasar atau hak-hak pokok yang dibawa manusia sejak lahir, sebagai anugerah atau karunia dari Allah Yang Maha Kuasa. Lihat juga, Philipus M. Hadjon, Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia, (Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987), hlm. 39.

³⁵ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, (Cornell University Press, Ithaca and London, 2003), hlm. 7-21. Juga Maurice Cranston, *What are Human Rights?*, New York: Taplinger, 1973, hlm. 70.

³⁶ Udiyo Basuki, "Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia (Ulasan terhadap Beberapa Ketentuan UUD 1945)" *Jurnal Asy-Syir'ah* Vol. 8 Tahun 2001, hlm. 96.

pasangan yang menikah di usia dini dan ini pasti tidak tercatat dalam administrasi negara karena menyalahi batas usia perkawinan. Dari data ini, bisa disimpulkan, meskipun UU Nomor 1/1974 secara formal diterapkan, toh faktanya masih banyak perkawinan tak resmi yang terjadi.³⁷

Jika negara atau kelompok yang merasa berkepentingan untuk melarang perkawinan tak resmi dan perilaku seks bebas, maka pelaku perbuatan itulah yang harusnya dihukum, bukan anak hasil perilaku tersebut. Dalam hukum positif, adalah sesat jika melandaskan putusan hukum pada seseorang atas dosa asal yang dia warisi.³⁸ Oleh karena itu, pembongkaran positivisme hukum atau reformasi hukum Pasal 34 UUP yang dilakukan oleh MK tentang status anak diluar nikah adalah sebuah langkah yang sangat tepat. Putusan MK ini menjadi pintu masuk mengembalikan peran negara yang digariskan dalam konstitusi yakni pembelaan terhadap HAM anak.

E. Metode “Progresivisme Hukum” dalam Memaknai Pasal 34 UU. No. 1 Tahun 1974

Indonesia adalah negara hukum yang selama ini diatur dalam Penjelasan UUD 1945, dalam Amandemen UUD 1945 telah diangkat ke dalam UUD 1945 Pasal 1 ayat (3), “Negara Indonesia *adalah Negara Hukum*”. Kalimat tersebut menunjukkan bahwa negara Indonesia merdeka akan dijalankan berdasarkan hukum, dalam hal ini adalah UUD sebagai aturan hukum tertinggi. Konsep negara hukum

³⁷ Tri Hendra Wahyudi, “Negara Harus Membela Hak-hak Anak”, http://www.file:///G:/karyaku/karya./putusan_mk/artikel_detail-50225-Umum-Negara_Harus_Melindungi_Hak_Anak_28. Html, diunduh 01-Desember, 2015.

³⁸ Jika para pengkritik ini serius dengan isu yang mereka bela, lebih tepat dan strategis jika mereka mendorong penyelesaian pembahasan RUU Hukum Materiil Peradilan Agama Bidang Perkawinan atau dikenal juga dengan RUU Nikah Siri yang sejak Tahun 2004 sudah masuk Prolegnas.

tersebut untuk membentuk pemerintahan negara yang bertujuan, baik untuk melindungi HAM.³⁹

Namun, sampai saat ini hukum di negara hukum ini justru sering menuai kritikan ketimbang pujian. Banyak kritikan terhadap hukum, baik pembuatan maupun penegakannya, ini jelas tidak menunjukkan peran hukum sebagaimana harapan yang dituangkan di dalam UUD 1945. Pada kenyataannya, hukum memang telah ditegakkan, namun hukum tersebut seringkali diskriminatif sifatnya, tidak equal. Akibatnya, keadilan yang menjadi tujuan akhir hukum seringkali tidak tercapai, karena yang terjadi adalah semata-mata tegaknya hukum. Padahal, hukum hanya sekedar instrumen penegakan keadilan. Jika hukum tegak namun tidak ada keadilan, maka tujuan hukum belumlah dapat dikatakan terwujud.⁴⁰

Satjipto Raharjo, menyerukan agar hukum harus kembali pada makna filosofi dasarnya yaitu hukum untuk kepentingan manusia bukan sebaliknya. Hukum bertugas untuk melayani manusia, bukan manusia melayani hukum.⁴¹ Hukum tidak ada untuk dirinya melainkan untuk sesuatu yang luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia.⁴² Inilah filosofi hukum progresif sebagai upaya membongkar positivistik-legalistik terhadap pemaknaan hukum.

Hukum progresif ditunjukkan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum dan menolak status-quo, serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak

³⁹ Udiyo Basuki, "Perlindungan HAM dalam Negara Hukum Indonesia: Studi Ratifikasi Konvensi Hak-hak Disabilitas (Convention on The Rights of Persons with Disabilities)" *Jurnal SOSIO-RELIGIA*, Vol. 10, No.1, Februari-Juni 2012, hlm. 23-24.

⁴⁰ Moh. Mahfud MD, *Negara Hukum Indonesia*, hlm. 8.

⁴¹ Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif: Sebuah Seketsa Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: GENTA Publishing, 2009), hlm. 1.

⁴² Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006, hlm). 188.

bernurani, melainkan institusi yang bermoral. Hukum progresif bisa disebut sebagai “hukum yang pro-rakyat” dan “hukum pro- keadilan”.⁴³

Hukum progresif sebagaimana telah diungkap di atas, menghendaki kembalinya pemikiran hukum pada falsafah dasarnya yaitu hukum untuk manusia. Manusia menjadi penentu dan titik orientasi dari keberadaan hukum. Karena itu, hukum tidak boleh menjadi institusi yang lepas dari kepentingan pengabdian untuk mensejahterakan manusia. Para pelaku hukum dituntut untuk mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum. Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami oleh rakyat dan bangsanya. Kepentingan rakyat baik kesejahteraan dan kebahagiaannya harus menjadi titik orientasi dan tujuan akhir dari penyelenggaraan hukum. Dalam konteks ini, term hukum progresif nyata menganut ideologi hukum yang pro keadilan dan hukum yang pro rakyat.⁴⁴

Paradigma hukum progresif ini sangat sejalan dengan garis politik hukum UUD 1945. Mengggali rasa keadilan substantif merupakan salah satu pesan UUD 1945 yang menegaskan prinsip penegakkan keadilan dalam proses peradilan. Jadi yang harus dilakukan oleh penegak hukum bukan pada semata pada kepastian hukum, akan tetapi kepastian hukum yang adil. Secara lebih konkrit, hal tersebut termanifestasi dalam irah-irah putusan pengadilan. Dituliskan disana, putusan dibuat “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” bukan “Demi Kepastian Hukum Berdasarkan Undang-undang.” Inilah dasar kuat yang menjustifikasi hakim membuat putusan untuk menegakkan keadilan meski jika terpaksa melanggar ketentuan formal yang menghambat keadilan.

⁴³ Satjipto Raharjo, Hukum Progresif: Sebuah Seketsa, hlm. 2.

⁴⁴ Bernard L. Tanya, dkk, Teori Hukum : Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hlm. 212.

Bagi lembaga pengadilan, moralitas hakim mutlak diperlukan untuk menjaga putusan benar-benar menjadi alat untuk mencapai keadilan. Atas dasar itu pula, bagi hakim, proses penegakkan hukum tidak patut direduksi hanya sekedar supremasi hukum tertulis, terlebih lagi hanya supremasi kalimat dalam undang-undang, melainkan supremasi keadilan. Namun demikian, bukan berarti hakim boleh seenaknya melanggar atau menerobos ketentuan undang-undang. Dalam hal undang-undang sudah mengatur secara pasti dan dirasa adil, maka hakim tetap wajib berpegang pada undang-undang. Penekanannya disini adalah prinsip bahwa berdasarkan sistem hukum dan konstitusi di Indonesia, hakim diperbolehkan membuat putusan yang keluar dari undang-undang jika undang-undang itu membelenggunya dari keyakinan untuk menegakkan keadilan.⁴⁵

Proses penegakkan hukum tetap dan wajib berdasarkan undang-undang akan tetapi tidak serta merta pasrah terbelenggu undang-undang demi hukum yang berkeadilan. Para penegak hukum harus punya keberanian melakukan rule breaking dan keluar dari rutinitas penerapan hukum, tidak berhenti pada menjalankan hukum secara apa adanya, melainkan melakukan tindakan kreatif, beyond the call law. Untuk itu, setiap hakim harus memiliki kesungguhan moral untuk menegakkan aturan hukum sebagai alat penuntun menuju keadilan. Hal ini sejalan dengan konsep negara hukum Indonesia.⁴⁶

Hanya dengan cara seperti inilah, hukum bisa dirasakan manfaatnya. Oleh karena itu, maka dibutuhkan pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam format kepentingan-kepentingan sosial yang pada dasarnya memang harus dilayaninya. Pada akhirnya, anutan negara hukum harus

⁴⁵ Moh. Mahfud MD, Negara Hukum Indonesia, hlm. 19.

⁴⁶ Ibid., hlm. 20.

dimaknai kedalam orientasi untuk membahagiakan rakyatnya dengan tidak bertumpu pada bunyi pasal-pasal undang-undang semata. Perumusan Pasal 34 UUP berangkat dari konsep atau sumber hukum Islam (fiqih). Hukum Islam dalam hal ini adalah fiqih oleh beberapa mayoritas kalangan umat Islam dianggap abadi karena konsep fiqih ini bersumber dari Tuhan. Sehingga fiqih ini bersifat final dan haram hukumnya untuk merubahnya.

Konsep fiqih yang dijadikan rujukan dalam perumusan Pasal 34 UUP tentang status anak dilaur nikah berbunyi “Bahwa anak hasil zina hanya memiliki hubungan dengan ibunya”. Hal ini diperkuat dengan Hadis yang menyatakan bahwa “Anak adalah bagi yang empunya hamparan (suami), dan bagi pezina batu (tidak berhak mendapat anak yang dilahirkan dari hubungan di luar nikah melainkan diserahkan kepada ibunya” (HR. Bukhari-Muslim, Malik dan Abu Daud).

Sehingga wajar jika Pasal 34 UUP tetap dipertahankan, karena hukum Islam mengatakan jelas seperti itu, sehingga golongan yang menolak putusan MK tentang status anak diluar nikah, mengatakan bahwa jika merubah Pasal 34 UUP sama artinya melanggar perintah Allah SWT. Menurut mereka, hukum Islam mencari landasannya pada wahyu Tuhan melalui Nabi sebagaimana terdapat dalam al-Qur’an dan Hadis. Karena bersifat ilahiah atau diwahyukan oleh Tuhan, maka sumber-sumber ini diyakini bersifat suci, final dan internal, sehingga statis dan tidak menerima perubahan.⁴⁷

Golongan yang menolak keputusan MK karna menganggap hukum Islam bersifat final dan tidak menerima perubahan sebagian dianut oleh golongan revivalisme Islam. Golongan ini memiliki berbagai corak atau gerakan baik mulai yang moderat hingga yang radikal, dari yang politis

⁴⁷ Muhammad Khalid Mas’ud, *Islamic Legal Philosophy: A Study of Abu Ishaq al-Syatibi’s Life and Thought*, (New Delhi: International Islamic Publisher, 1989), hlm. 21.

hingga yang politis sekalipun.⁴⁸ Golongan ini menyatakan harus mengembalikan teks kepada karakter ideologis yang statis, ahistoris, inklusif dan tekstualis. Paradigma pemikiran ini mengajak kepada ajaran Islam yang murni, dengan artian bahwa hukum Islam haruslah diterapkan sesuai dengan bunyi teksnya.⁴⁹

Paradigma positivistik-legalistik hukum Islam inilah yang seharusnya dihilangkan. Karena sesungguhnya pengertian fiqh adalah pemahaman atau apa yang dipahami dari Syari'ah atau al-nusus al-muqaddasah. Dengan demikian, fiqh merupakan hukum Islam yang mengandung ciri intelektual manusia. Oleh karenanya fiqh ini bersifat relatif dan temporal.⁵⁰

Secara teologis, hukum Islam adalah sistem hukum yang bersifat ilahiah sekaligus transenden. Akan tetapi, mengingat hukum tersebut diperuntukkan untuk mengatur manusia baik dalam hubungan vertikal dengan Tuhannya maupun dalam hubungan horizontal dengan sesama manusia dan lingkungannya. Maka pada tingkat sosial, hukum Islam tidak dapat menghindarkan diri dari sebuah kenyataan dari “perubahan” yang menjadi karakter dasar kehidupan sosial. Sebagaimana telah ditegaskan dalam teori hukum Islam mengatakan bahwa “Berubahnya suatu hukum sesuai dengan perubahan zaman, tempat dan keadaan”.

Langkah politik hukum MK dalam mereformasi Pasal 34 UU. No. 1 Tahun 1974 yang berbunyi “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan

⁴⁸ M. Nurdin Zuhdi, “Kritik Terhadap Pemikiran Gerakan Keagamaan Kaum Revivalisme Islam di Indonesia”, *Akademika Jurnal Pemikiran Islam*, Vol. XVII, No. 2, Desember 2012, hlm. 126.

⁴⁹ Yang dimaksud ajaran Islam yang murni adalah Islam yang ada pada zama 1500 Tahun yang lalu. Baik pemikiran maupun pratek keagamaannya haruslah dikembalikan pada zaman Rosulullah. *Ibid.*, hlm. 126.

⁵⁰ Iskandar Usman, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), hlm. 104.

perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya' **menjadi** '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*” merupakan sebuah langkah politik hukum yang progresif.

MK telah mendobrak sekat-sekat positivisme hukum yang sekian lama telah membelenggu keadilan serta hak-hak asasi anak. Politik hukum MK tersebut telah sesuai dengan amanat konstitusi Indonesia. Oleh karena itu, hakim-hakim peradilan di Indonesia harus menggunakan putusan MK dalam memutus perkara terkait hak anak pada hubungan perdata dengan ayah biologisnya. Selain itu, pemerintah harus mensosialisasikan putusan MK lintas sektor karena membawa implikasi yang sangat luas.

F. Kesimpulan

Dasar hukum pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan perkara No. 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak diluar nikah adalah bahwa Pasal 43 UU. No. 1 Tahun 1974 yang berbunyi “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” bertentangan dengan UUD 1945. Mahkamah Konstitusi dalam memutuskan perkara tersebut juga mendasarkan kepada prinsip “equality before *the Law*” yaitu prinsip “persamaan di hadapan hukum”. Prinsip ini terkandung di dalam UUD 45 Pasal 28B ayat (1) dan (2) serta Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi: “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”. Hal terpenting adalah bahwa keputusan Mahkamah Konstitusi tersebut sejalan dengan prinsip-prinsip hak asasi manusia (HAM) baik hukum HAM internasional

maupun hukum HAM nasional. Pembelaan terhadap anak diluar nikah merupakan konsekuensi dari penegakan serta perlindungan terhadap HAM, sedangkan anak diluar nikah tidak selamanya lahir akibat pergaulan bebas, boleh jadi karena seorang perempuan mengalami eksploitasi seksual, seperti perkosaan, incest dan sebagainya. Selain itu pertimbangan mahkamah konstitusi tersebut sejalan dengan prinsip dan asas dalam hukum Islam (*Maqasyid as-Syari'ah*) yakni melindungi hak-hak anak dan kemashlahatan anak.

Penegakkan Pasal 34 UUP selama ini didominasi oleh paradigma dan cara berfikir positivistik-legalistik. Pada kenyataannya, Pasal 34 UUP memang telah ditegakkan, namun hukum tersebut seringkali diskriminatif sifatnya, tidak equal. Cara berfikir semacam ini terbukti membuat proses penegakkan hukum menjadi gersang, kering dari moralitas. Akibatnya, keadilan yang menjadi tujuan akhir hukum seringkali tidak tercapai. Padahal, hukum hanya sekedar instrumen penegakan keadilan. Oleh karena itu, upaya Mahkamah Konstitusi dalam merubah Pasal 34 berdasarkan makna filosofi hukum yang sebenarnya yaitu “hukum untuk kepentingan manusia bukan sebaliknya”. Karena itu, hukum tidak boleh menjadi institusi yang lepas dari kepentingan pengabdian untuk mensejahterakan manusia. *Wallahu a'lam bishawab*.

Daftar Pustaka

Buku:

Abdul Ghafur Ansory, dan Sobirin Malian, 2008, Membangun Hukum Indonesia, dalam Mahfud MD, Politik Hukum Hak Asasi Manusia Di Indonesia, Yogyakarta: Total Media.

Cranston, Maurice, 1973, What are Human Rights?, New York: Taplinger

- Darji Darmodiharjo dan Shidarta, 2004, Pokok-pokok Filsafat Hukum, Jakarta: Gramedia Press.
- Frans Magnis Suseno, 1994, Etika Politik: Prinsip-prinsip Dasar Kenegaraan Modern, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Frans Magnis Suseno, 1999, Etika Politik Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Iskandar Usman, 1994, Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Jack Donnely, 2003, Universal Human Rights in Theory and Practice, Cornell University Press, Ithaca and London.
- Manfred Nowak, 2003, Introduction to the International Human Rights Regime, Leiden, Martinus Nijhof Publishers.
- Marbangun Hardjowirogo, 1977, HAM dalam Mekanisme-mekanisme Perintis Nasional, Regional dan Internasional, Bandung: Patma.
- Moh. Mahfud MD, 1999, Amandemen Konstitusi Menuju Reformasi Tata Negara, Yogyakarta: UII Press.
- Moh. Mahfud MD, 1999, Pergulatan Politik Hukum di Indonesia, Yogyakarta: Gamamedia.
- Moh. Mahfud MD, 2010, Politik Hukum di Indonesia, Jakarta: Rajawali Press.
- Muhammad Khalid Mas'ud, 1989, Islamic Legal Philosophy: A Study of Abu Ishaq al-Syatibi's *Life and Thought*, New Delhi: International Islamic Publisher.

Muntoha, dalam Eko Riyadi dan Supriyanto (ed.), 2007, “Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia: Kajian Multi Perspektif, Yogyakarta: PUSHAM UII.

Philipus M Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia*, Surabaya: PT Bina Ilmu.

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak Diluar Nikah.

Satjipto Rahardjo, 1991, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bhakti.

Satjipto Rahardjo, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas.

Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif: Sebuah Seketsa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: GENTA Publishing.

Siti Musdah Mulia, 2010, *Islam dan Hak Asasi Manusia: Konsep dan Implementasi*, Yogyakarta: Naufan Pustaka.

Sri Hastuti Puspitasari, 2007, “Perlindungan HAM dalam Struktur Ketatanegaraan Republik Indonesia, dalam, Eko Riyadi dan Supriyanto Abdi (Ed.), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia “Kajian Multi Perspektif”*, Yogyakarta: PUSHAM UII.

Tanya Bernard L. dkk, 2010, *Teori Hukum : Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing.

Todung Mulya Lubis, 1986, *Bantuan Hukum dan Kemiskinan Struktural*, Jakarta: LP3ES.

Jurnal dan Tesis:

Habib Shulton Asnawi, 2011, “Politik Hukum Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia Kaum Perempuan Di Indonesia (Studi Tentang Upaya Mewujudkan

Keadilan dan Kesetaraan Gender Kaum Perempuan di Bidang Kesehatan Era Pemerintahan Susilo Bambang Yudhoyono/SBY” dalam Tesis Program Pascasarjana (S2) Ilmu Hukum UII Yogyakarta.

Habib Shulton Asnawi, 2012, “Hak Asasi Manusia Islam dan Barat” *Jurnal Supremasi Hukum*, Vol. 1, No. 1 Juni.

Habib Shulton Asnawi, 2012, “Politik Hukum Kesetaraan Kaum Perempuan dalam Organisasi Masyarakat Islam di Indonesia”, *Jurnal Musawa UIN Sunan Kalijaga*, Vol. 1, No. 1, Januari.

Habib Shulton Asnawi, 2013, “Perdagangan Perempuan dan Anak “Human Trafficking” di Indonesia Sebagai Tindak Pidana dan Melanggar HAM”, *Jurnal Judicia “Studi Hukum”*, Vo. 1, No. 1, Januari.

M. Nurdin Zuhdi, 2012, “Kritik Terhadap Pemikiran Gerakan Keagamaan Kaum Revivalisme Islam di Indonesia”, *Jurnal Akademika*, Vol. XVII, No. 2, Desember.

Moh. Mahfud MD, 2007, “Politik Hukum dalam Perda Berbasis Syari’ah”, *Jurnal Hukum “IUS QUIA IUSTIUM”*, Vol. 14, No. 1, Januari.

Peri Pirmansyah, 2007, “Politik Hukum Amandemen UUD 1945 dan Sistem Pemerintahan”, dalam *Jurnal Hukum “Ius Quia Iustum”*, Vol. 14, No. 1. Januari.

Udiyo Basuki, 2001, “Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia (Ulasan terhadap Beberapa Ketentuan UUD 1945)” *Jurnal Asy-Syir’ah* Vol. 8 Tahun.

Udiyo Basuki, 2012, “Perlindungan HAM dalam Negara Hukum Indonesia: Studi Ratifikasi Konvensi Hak-hak Disabilitas (Convention on The Rights of Persons with Disabilities)” *Jurnal SOSIO-RELIGIA*, Vol. 10, No.1, Februari-Juni.

Makalah:

Lilik Mulyadi, 2013, “Seraut Wajah Terhadap Eksistensi UU. No 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak: Normatif, Praktik dan Permasalahannya”, disampaikan dalam Seminar Nasional dengan tema “Menyongsong Berlakunya UU. No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak: *Probem dan Solusinya*”, pada hari Selasa 26 Maret, di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta.

Moh. Mahfud MD, 2012, Negara Hukum Indonesia: Gagasan dan Realita di Era Reformasi, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional “Dinamika Implementasi Negara Hukum Indonesia dan Tantangannya di Era Reformasi”, yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Sabtu 8 September di Yogyakarta.

Sari Murti Widiyastuti, 2013, “Perlindungan Terhadap Anak yang Berhadapan dengan Hukum Antara Harapan dan Kenyataan” disampaikan dalam Seminar Nasional dengan tema “Menyongsong Berlakunya UU. No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak: *Probem dan Solusinya*”, pada hari Selasa 26 Maret di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta.

Internet/Media Online:

Syafran Sofyan, “Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, Tgl 13 FEB. 2012, Tentang Status Anak Luar Kawin” <http://www.E:\Mahkamah Konstitusi\Putusan MK\1715.html>, diunduh 12 Desember 2015.

Tri Hendra Wahyudi, “Negara Harus Melindungi Hak Anak” http://www.E:MAHKAMAH KONSTITUSI/artikel_detail-50225, html, diunduh 12 Desember 2015.

