

# **Politik Hukum Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak di Luar Nikah: Upaya Membongkar Positivisme Hukum Menuju Perlindungan HAM**

**Habib Shulton Asnawi**

Dosen Fakultas Hukum Universitas Proklamasi 45 Yogyakarta  
Jl. Proklamasi No. 1 Babarsari Yogyakarta  
e-Mail: habibshulton.doktor@yahoo.co.id

Naskah diterima: 05/03/2013 revisi: 16/04/2013 disetujui: 10/05/2013

## **Abstrak**

Perlindungan hak asasi manusia (HAM) dalam UUD yang pernah berlaku di Indonesia membuktikan bahwa salah satu syarat bagi suatu negara hukum adalah adanya jaminan atas HAM. Penegasan Indonesia negara hukum diatur dalam Amandemen UUD 1945 Pasal 1 ayat (3) "Negara Indonesia adalah Negara Hukum". Wujud negara hukum terhadap perlindungan HAM telah di implementasikan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) dalam Putusan No. 46/PUU- VIII/2010 tentang Status Anak diluar Nikah. Politik hukum putusan tersebut berusaha melindungi hak-hak anak. Selain itu, berupaya membongkar positivistik-legalistik hukum, yang selama bertahun-tahun telah membelenggu terhadap keadilan dan HAM. Namun, dalam masyarakat Indonesia politik hukum MK tersebut menuai pro-kontra. Oleh karena itu, diperlukan sosialisasi secara luas terkait putusan MK tersebut, bahwa langkah politik hukum MK telah berada pada jalan konstitusi yang benar, mewujudkan cita negara hukum dan demokrasi demi kehidupan kebangsaan dan bernegara yang bermartabat. Putusan MK ini sebuah pilihan bijaksana serta langkah maju di bidang hukum bagi pembelaan hak-hak anak yang telah lama terbelenggu Pasal 43 UU. N0. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Agar putusan ini berjalan efektif pemerintah harus segera merespon dengan menetapkan peraturan-peraturan penunjang yang dapat diimplementasikan oleh Kementerian Agama dan Kementerian Dalam Negeri.

**Kata kunci:** MK No. 46/PUU-VIII/2010, Politik Hukum, HAM, Positivisme Hukum, Keadilan

### Abstract

*Protection of human rights (human rights) in the Constitution applies in Indonesia ever prove that one of the requirements for a state law is the guarantee of human rights. Indonesia assertion of law set forth in the 1945 amendment of Article 1 paragraph (3) "State of Indonesia is the Rule of Law". The form states have laws on the protection of human rights in implementation by the Constitutional Court (MK) in Decision No. 46/PUU-VIII/2010 on the Status of Child Marriages outside. Political decisions of law sought to protect the rights of the child, in addition to trying to dismantle the positivistic-legalistic law, which for year's had been shackled for justice and human rights. However, in Indonesia the law of the Constitutional Court reap the political pros and cons. Therefore, it is necessary socialization broadly relevant decision of the Court, the Court of law that political action are on the correct constitution, embodying the rule of law and democratic ideals for the sake of our nationhood and nation's dignity. Constitutional Court's decision is a wise choice and a step forward in the field of law for the defense of children's rights that have long shackled Article 43 of the Act. NO. 1 of 1974 on Marriage. To be effective this decision the government should immediately respond with a set of supporting regulations that can be implemented by the Ministry of Religious Affairs and Ministry of Interior.*

**Keywords:** MK No. 46/PUU-VIII/2010, Politics Law, Human Rights, Legal Positivism, Justice.

## PENDAHULUAN

Perlindungan (*to protect*) terhadap hak anak telah ditetapkan dalam Deklarasi Anak 1979 yang kemudian diadopsi oleh PBB menjadi Konvensi Hak Anak/KHA (*Convention on The Rights of The Child*) Tahun 1989 dan telah diratifikasi, disetujui atau ditandatangani oleh 192 negara.<sup>1</sup> Indonesia telah meratifikasi KHA pada Tahun 1990 dengan Keppres No. 36 Tahun 1990 dan 12 Tahun kemudian Indonesia telah berhasil menghadirkan UU. No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (UUPA).<sup>2</sup> Hal demikian didasarkan pada pemikiran bahwa anak merupakan amanah/karunia dari Tuhan yang memiliki harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya.<sup>3</sup> Perlindungan terhadap hak-hak anak merupakan bentuk pembelaan terhadap hak asasi manusia (HAM).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 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: Probem dan Solusinya", pada hari Selasa 26 Maret 2013 di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya Yogyakarta, h. 1.

<sup>2</sup> Habib Shulton Asnawi, "Perdagangan Perempuan dan Anak "Human Trafficking" di Indonesia Sebagai Tindak Pidana dan Melanggar HAM", *Jurnal Judicia "Studi Hukum"*, Vo. 1, No. 1, Januari, 2013, h. 98.

<sup>3</sup> Lilik Mulyadi, "Seraut Wajah Terhadap Eksistensi UU. No 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak: Normatif, Praktis 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: h. 2.

<sup>4</sup> Istilah perlindungan tercapuk didalamnya unsur penegakan (*enforcement*). Perlindungan itu dapat berarti *individual complaints; inter state cimplaints; state reporting; inquiry and investigation; fact-finding; human rights monitoring*. Sedangkan penegakan (*inforcement*) dapat mencakup *expulsion from internasional, organization; economic; sanctions humanitarian intervention; internasional; internasioan tribunal; redaction or suspension of development cooperation*, Lihat, Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers,

Namun, kenyataannya Indonesia yang telah meratifikasi Konvensi tersebut belum mempunyai dampak yang positif dan signifikan bagi pemenuhan, penghormatan dan perlindungan hak-hak anak.<sup>5</sup> Khususnya hak-hak anak di luar perkawinan atau anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah (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.<sup>6</sup>

Ciri dari negara hukum diantaranya adalah adanya jaminan terhadap perlindungan HAM.<sup>7</sup> 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 adil dan stigma di masyarakat akibat ketiadaan ayah dalam status silsilahnya.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

Tanpa adanya Akta Kelahiran tentu ini akan berimplikasi anak tidak mendapatkan "hak waris" hal ini sangat merugikan hak anak.<sup>10</sup> 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

---

2003, h. 28.

<sup>5</sup> Siti Musdah Mulia, *Islam dan Hak Asasi Manusia: Konsep dan Implementasi*, Yogyakarta: Naufan Pustaka, 2010, h. 254.

<sup>6</sup> 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. Hadjion, *Perlindungan Hukum Bagi Masyarakat Indonesia*, Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987, h. 72.

<sup>7</sup> Frans Magnis Suseno, *Etika Politik Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1999, h. 295-298.

<sup>8</sup> 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, h. 68-69.

<sup>9</sup> Tri Hendra Wahyudi, "Negara Harus Melindungi Hak Anak" [http://www.E:\MAHKAMAH KONSTITUSI\artikel\\_detail-50225.html](http://www.E:\MAHKAMAH KONSTITUSI\artikel_detail-50225.html), diunduh 12 Desember 2012.

<sup>10</sup> Syafran Sofyan, "Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010: Tentang Status Anak Luar Kawin", <http://www.E:\Mahkamah Konstitusi\ Putusan MK1715.html>, diunduh 12 Desember 2012.

di luar nikah atau anak yang 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.

Namun, Mahkamah Konstitusi membuat kebijakan/politik hukum baru yang revolusioner. MK mengabulkan permohonan pengujian pasal yang diajukan oleh Machica Mochtar, artis yang menikah secara siri dengan Mantan Menteri Sekretaris Negara di Era Orde Baru Moerdiono. 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 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.

Oleh karena itu, dari latar belakang masalah di atas maka tulisan ini hendak menjelaskan *pertama* bagaimana politik hukum Putusan MK No.46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak di Luar Nikah; *kedua*, bagaimana upaya membongkar positivistik-legalistik hukum khususnya Pasal 34 UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan sebagai upaya perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM).

## PEMBAHASAN

### 1. Konsep Politik Hukum Kaitannya dengan Hak Asasi Manusia (HAM)

Moh. Mahfud MD mendefinisikan politik hukum sebagai kebijakan hukum (*legal policy*) yang akan atau telah dilaksanakan secara nasional oleh pemerintah Indonesia yang meliputi: *Pertama*, pembangunan hukum yang beruntukan pembuatan dan pembaruan terhadap materi-materi hukum agar dapat sesuai dengan kebutuhan. *Kedua*, pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada termasuk penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para penegak hukum. Dari pengertian tersebut terlihat bahwa politik hukum mencakup proses pembuatan dan pelaksanaan hukum yang dapat menunjukkan sifat dan kearah mana hukum akan dibangun dan ditegakkan.<sup>11</sup>

Sedangkan Frans Magnis Suseno, mendefinisikan politik hukum sebagai “kebijakan” dasar penyelenggara negara dalam bidang hukum yang akan, sedang dan telah berlaku, yang bersumber dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat untuk mencapai tujuan neara yang di cita-citakan. Kata kebijakan disini berkaitan dengan adanya strategi yang sistematis, terinci dan mendasar. Dalam merumuskan dan menetapkan hukum yang telah dan akan dilakukan tetap memperhatikan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat dan kesemuanya itu diarahkan dalam rangka mencapai keadilan.<sup>12</sup>

Namun, politik hukum sering berperan sekedar sebagai alat legitimasi suatu rezim dan dijadikan retorika belaka untuk mendapatkan pengakuan konstitusional, bahkan lebih jauh lagi disiapkan untuk membuat kekuasaannya menjadi abadi. Sebab, dalam banyak hal politik hukum dibuat hanya karena harus dibuat (*by will*), bukan dibuat untuk memenuhi cita rasa keadilan (*by justice*) dan melindungi hak-hak asasi rakyat (*by facilitative*). Selain itu, proses politik hukum terkadang bersifat *nonparticipatie*, artinya hanya mereka yang terbatas dan terpilih yang mempunyai otoritas pembuatan konsepsi politik hukum itu saja tanpa melibatkan segala unsur kelompok-kelompok sosial dalam masyarakat.<sup>13</sup>

Dalam politik hukum terdapat konfigurasi politik yang secara garis besar terbagi dalam dua golongan. Yaitu konfigurasi politik hukum yang bersifat “*demokratis responsive*” dan konfigurasi politik yang bersifat “*konservatif otoriter*”. Mahfud MD mendefinisikan konfigurasi politik hukum demokratis adalah susunan sistempolitik yang membuka kesempatan (peluang) bagi

<sup>11</sup> Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Press, 2010, h. 17.

<sup>12</sup> Frans Magnis Suseno, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Dasar Kenegaraan Modern*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1994, h. 310-314.

<sup>13</sup> Todung Mulya Lubis, *Bantuan Hukum dan Kemiskinan Struktural*, Jakarta: LP3ES, 1986, h. 111-112.

partisipasi rakyat secara penuh untuk ikut aktif menentukan kebijakan umum.<sup>14</sup> Konfigurasi politik hukum demokrasi membuka peluang bagi yang berperannya potensi rakyat secara maksimal untuk aktif menentukan kebijakan negara.

Di dalam konfigurasi politik ini, pemerintah lebih merupakan komite yang harus melaksanakan kehendak masyarakat yang merumuskan secara demokratis, badan perwakilan dan partai politik berfungsi secara oprasional dan lebih aktif menentukan dalam pembuatan kebijakan negara.<sup>15</sup> Hasil produk politik hukum ini mencerminkan rasa keadilan dan memenuhi harapan masyarakat.

Sedangkan konfigurasi politik hukum otoriter adalah susunan sistem politik yang lebih menekankan negara, berupa sangat aktif serta mengambil seluruh inisiatif dalam pembuatan kebijakan negara, konfigurasi ini ditandai oleh dorongan elit kekuasaan untuk pemaksaan persatuan, penghapusan, oposisi terbuka, dominasi pemimpin negara untuk menentukan kebijaksanaan negara dan dominasi kekuasaan politik oleh elite politik yang kekal serta dibalik semua itu ada suatu doktrin yang membenarkan konsentrasi keuasaan.<sup>16</sup> Hasil produk politik hukum konservatif otoriter ini adalah produk hukum yang isinya (materi muatannya) lebih mencerminkan visi sosial elit politik, lebih mencerminkan keinginan pemerintah, bersifat positivis-instrumentalis, yakni masyarakat menjadi alat pelaksanaan ideologi negara.<sup>17</sup>

Politik hukum seyogyanya mematuhi asas-asas hukum yang diyakini bahwa sistem politik hukum yang baik akan menghasilkan produk hukum yang adil. Namun dalam prakteknya bukan perkara yang mudah tegaknya supremasi hukum, ada hambatan-hambatan yang dijumpai baik langsung maupun tidak langsung. Konfigurasi hukum tergantung keadaan situasi politik disaat itu, karena politiklah yang *determinan* atas hukum karena hukum adalah produk politik.<sup>18</sup>

Kaitannya dengan HAM, maka politik hukum HAM diartikan sebagai kebijakan hukum (*legal policy*) tentang HAM, yang mencakup kebijakan negara tentang bagaimana hukum tentang HAM itu telah dibuat dan bagaimana pula seharusnya hukum tentang HAM itu untuk membangun masa depan yang lebih baik dan berkeadilan. Khususnya dalam tulisan ini adalah membangun masa depan anak-anak di luar nikah atau anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah dengan prinsip keadilan dan kesetaraan. Dengan menyesuaikan

<sup>14</sup> Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: Gamamedia, 1999, h. 51.

<sup>15</sup> Peri Pirmansyah, "Politik Hukum Amandemen UUD 1945 dan Sistem Pemerintahan", *Jurnal Hukum "Ius Quia Iustum"*, Vol. 14, No. 1, Januari 2007, h. 25.

<sup>16</sup> *Ibid.*, hlm. 26.

<sup>17</sup> Habib Shulton Asnawi, "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, 2011, h. 9-12.

<sup>18</sup> Moh. Mahfud MD, *Amandemen Konstitusi Menuju Reformasi Tata Negara*, Yogyakarta: UII Press, 1999, h. 29.

pengertian tersebut, maka politik hukum perlindungan HAM khususnya mengenai hak-hak anak di luar nikah atau anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah, yakni mencakup kebijakan negara tentang bagaimana politik hukum HAM itu dibentuk, dan bagaimana pula bentuk implementasi dari peraturan HAM tersebut.

Perlindungan HAM telah menjadi salah satu program pemerintah sejalan dengan proses reformasi dan pemantapan kehidupan berdemokrasi yang sedang berlangsung.<sup>19</sup> Bangsa Indonesia melalui wakil-wakilnya di MPR telah mengambil suatu sikap yang lebih tegas dalam rangka perlindungan HAM dengan mengesahkan ketetapan No. XVII/MPR/1998 mengenai HAM yang memuat Piagam HAM, diikuti dengan perubahan kedua UUD 1945 yang memasukkan pasal-pasal yang secara rinci dan tegas mengatur tentang perlindungan HAM. Untuk lebih melindungi HAM, Pemerintah telah mengesahkan Undang Undang HAM No.39 Tahun 1999 dan Undang-Undang No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.<sup>20</sup>

Dalam konteks nasional persoalan perlindungan HAM amat penting dalam hukum, terutama erat kaitannya dengan peran pemerintah sebagai penyelenggara negara dalam melindungi hak-hak rakyat. Dalam sistem ketatanegaraan perlindungan HAM paling utama harus dalam konstitusi, sebab hal itu merupakan materi muatan konstitusi yang tidak dapat diabaikan.<sup>21</sup> Muatan HAM dalam konstitusi menunjukkan dua makna perlindungan:<sup>22</sup>

- a. Makna bagi penguasa negara, artinya negara dalam menjalankan kekuasaannya, negara dibatasi oleh adanya hak-hak warga negaranya;
- b. Makna bagi warga negara, artinya agar ada jaminan perlindungan yang kuat dalam hukum dasar negara, sehingga warga negara dapat menjadikan konstitusi sebagai instrument untuk mengingatkan penguasa negara/ pihak lain supaya tidak melanggar HAM.

Besar tidaknya negara menyediakan instrumen hukum terhadap persoalan HAM minimal diukur dengan banyaknya regulasi tentang HAM, baik berupa undang-undang maupun Konvensi Internasional tentang HAM yang telah diratifikasi dan diimplementasikan pada suatu negara. Hal yang

<sup>19</sup> Perlindungan terhadap HAM bukan hanya terhadap pelanggaran yang dilakukan oleh negara, namun juga terhadap pelanggaran atau tindakan yang dilakukan oleh entitas atau pihak lain (non negara) yang akan mengganggu perlindungan hak yang disebut, khususnya adalah hak-hak anak yang dilahirkan diluar perkawinan atau hak-hak anak yang dilahirkan dalam perkawinan tidak sah (nikah sirin). Oleh karena itu, jika terdapat pelanggaran maka, negara memberi sanksi terhadap pihak ketiga yang melanggar hak individu lain (anak yang dilahirkan diluar pernikahan) termasuk di dalamnya memastikan tersedianya peraturan untuk memberi perlindungan hak-hak individu yang bersangkutan

<sup>20</sup> Habib Shulton Asnawi, "Politik Hukum Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia Kaum Perempuan Di Indonesia"... *op.cit.*, h. 30.

<sup>21</sup> Sri Hastuti Puspitasari, "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, 2007, h. 165-166.

<sup>22</sup> Muntoha, dalam Eko Riyadi dan Supriyanto (ed.) "Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia: Kajian Multi Perspektif, Yogyakarta: PUSHAM UII, 2007, h. 257-258.

tak kalah pentingnya adalah upaya Mahkamah Konstitusi (MK) dalam politik hukumnya sebagaimana Putusan No.46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak di Luar Nikah, kebijakan MK tersebut adalah upaya perlindungan terhadap HAM, khususnya HAM anak. Oleh karena itu, politik hukum yang benar-benar dalam upaya perlindungan HAM merupakan sebuah keniscayaan.

## 2. Pola Pikir dan Pijakan Politik Hukum

Moh. Mahfud MD mengatakan bahwa jika hukum dijadikan “alat” untuk meraih cita-cita dan mencapai tujuan bangsa dan negara maka politik hukum diartikan sebagai arah yang harus ditempuh dalam pembuatan, penegakan hukum atau mereformasi hukum guna mencapai cita-cita dan tujuan bangsa dan negara. Dengan kata lain, politik hukum adalah sebagai upaya menjadikan hukum sebagai proses pencapaian cita-cita dan tujuan negara. Dengan arti yang demikian maka politik hukum harus berpijak pada pola pikir atau kerangka dasar sebagai berikut:<sup>23</sup>

1. Politik hukum harus selalu mengarah kepada cita-cita bangsa yakni masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila.
2. Politik hukum harus ditunjukkan untuk mencapai tujuan negara yakni:
  - a. Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia.
  - b. Memajukan kesejahteraan umum.
  - c. Mencerdaskan kehidupan bangsa.
  - d. Melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan perdamaian abadi dan keadilan sosial.
3. Politik hukum harus dipandu oleh nilai-nilai Pancasila sebagai dasar negara. Salah satunya adalah, menghargai dan melindungi hak-hak asasi manusia (HAM) tanpa diskriminasi.

## 3. Politik Hukum Putusan MK No.46/PUU-VIII/2010 Tentang Status Anak di Luar Nikah

Kebijakan atau politik hukum mempunyai pengertian “*arahan atau garis*” resmi yang dijadikan dasar pijak dan cara untuk membuat dan melaksanakan hukum dalam rangka melindungi (*to protect*) HAM. Adanya politik hukum HAM adalah untuk mengawal tugas pemerintah dalam mengimplementasikan konstitusi yang berisikan pengakuan, perlindungan dan upaya pemenuhan HAM ke dalam berbagai regulasinya.<sup>24</sup> Kebijakan atau politik hukum MK tentang status anak diluar nikah Putusan No. 46/PUU-VIII/2010, MK mengambil kebijakan dan pertimbangan yang menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang

<sup>23</sup> Moh. Mahfud MD, “Politik Hukum dalam Perda Berbasis Syari’ah”, *Jurnal Hukum “IUS QUIA IUSTIUM”*, Vol. 14, No. 1, Januari 2007, h. 8-9.

<sup>24</sup> Abdul Ghafur Ansory dan Sobirin Malian, *Membangun Hukum Indonesia*, dalam Mahfud MD, *Politik Hukum Hak Asasi Manusia Di Indonesia*, Yogyakarta: Total Media, 2008, h. 259

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, "*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*".<sup>25</sup>

Politik hukum MK tersebut 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.

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

<sup>25</sup> Lihat Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Status Anak Diluar Nikah.

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.

Politik hukum atau kebijakan MK tersebut juga didasarkan pada Konvensi Hak Anak yang mana negara Indonesia juga telah meratifikasinya.<sup>26</sup> Pasal 2 Konvensi Hak Anak (KHA) secara tegas menyatakan: <sup>27</sup>

*“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, 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 UU HAM No. 39 Tahun 1999 Pasal 52 s/d 66. 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 pendapatnya, hak untuk mendapatkan perlakuan yang terbaik bagi dirinya (*best interest of the child*) dan yang terpenting adalah hak untuk hidup, hak kelangsungan hidup.<sup>28</sup>

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 sebagai ayah biologisnya itu. Penulis sepakat dengan apa yang diungkapkan oleh Moh. Mahfud MD bahwa aturan hukum tetaplah harus memberi perlindungan dan kepastian

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Siti Musdah Mulia, *“Islam dan Hak Asasi Manusia”...op.cit. h. 257-258.*

<sup>28</sup> Hak untuk hidup (*right to live*) yang terdapat dalam anak adalah hak yang mendasar bersifat universal. Hak untuk hidup (*rights to live*) merupakan kategori *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 tuntut 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, h. 32-33.

hukum yang adil terhadap status anak yang dilahirkan dan hak-haknya, tak kurang dan tak lebih, meskipun keabsahan perkawinan orang tuanya masih dipersengketakan.

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.<sup>29</sup> Hal ini sejalan dengan 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*".

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

#### **4. Membongkar Positivisme Hukum Pasal 34 UU. No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan: Upaya Perlindungan HAM**

Politik hukum putusan MK ini menjadi pintu masuk mengembalikan peran negara yang digariskan dalam konstitusi: Yakni melindungi segenap warga negara Indonesia, termasuk anak di dalamnya. 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.

<sup>29</sup> Habib Shulton Asnawi, "Perdagangan Perempuan dan Anak "Human Trafficking"..., *op.cit.* h. 98.

Sehingga setiap anak berhak memperoleh layanan dan tanggung jawab yang sama dalam perwalian, pemeliharaan, pengawasan, serta berbagai pelayanan yang diberikan negara pada tiaparganya. 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 aparaturnya, tanpa memandang status perkawinan orang tua si anak.

Namun, akibat dari pembaruan 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. Konsekuensi logis dari peraturan 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.<sup>30</sup>

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 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.<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Siti Musdah Mulia, "*Islam dan Hak Asasi Manusia*"...*op.cit.* h. 257.

<sup>31</sup> Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, Jakarta: Gramedia Press, 2004, h. 113.

<sup>32</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1991, h. 272.

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, ketentuan hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) menjadi patokan paling utama dalam berhukum. Yang terjadi jika tetap menggunakan cara berpikir semacam ini terbukti membuat proses penegak hukum menjadi gersang, kering dari moralitas.<sup>33</sup>

Penegakan UUP khususnya Pasal 34 sejauh ini terhegemoni oleh cara-cara berhukum 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.<sup>34</sup> Pernyataan ini sungguh sangat keliru. Sebab ada dua isu yang berbeda: anak diluar nikah dan pergaulan bebas. Pembelaan terhadap anak diluar nikah merupakan konsekuwensi dari penegakan serta perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM).<sup>35</sup> Hak asasi manusia adalah hak-hak yang

<sup>33</sup> 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, h. 8.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 terjemahan dari *basic raights* 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, h. 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, h. 39.

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.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup> 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 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.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup> 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.

## 5. Memaknai Hukum Secara Progresif

Indonesia adalah negara hukum yang selama ini diatur dalam Penjelasan UUD 1945, dalam Amandemen UUD 1945 telah diangkat ke dalam UUD 1945

<sup>36</sup> Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2003, h. 7-21. Juga Maurice Cranston, *What are Human Rights?*, New York: Taplinger, 1973, h. 70.

<sup>37</sup> Udiyo Basuki, "Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia (Ulasan terhadap Beberapa Ketentuan UUD 1945)" *Jurnal Asy-Syir'ah* Vol. 8 Tahun 2001, h. 96.

<sup>38</sup> 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](http://www.file:///G:/karyaku/karya./putusan%20mk/artikel_detail-50225-Umum-Negara_Harus_Melindungi_Hak_Anak_28.html), diunduh 01-Desember, 2012.

<sup>39</sup> Jika para pengkritik ini serius dengan isu yang mereka bela, lebih tepat dan strategis jika mereka mendorong penyelesaian pembahasan RUU Hukum Materil Peradilan Agama Bidang Perkawinan atau dikenal juga dengan RUU Nikah Siri yang sejak Tahun 2004 sudah masuk Prolegnas.

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 tersebut untuk membentuk pemerintahan negara yang bertujuan, baik untuk melindungi HAM.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup>

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.<sup>42</sup> Hukum tidak ada untuk dirinya melainkan untuk sesuatu yang luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia.<sup>43</sup> 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 bernurani, melainkan institusi yang bermoral. Hukum progresif bisa disebut sebagai “*hukum yang pro-rakyat*” dan “*hukum pro-keadilan*”.<sup>44</sup>

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.

<sup>40</sup> 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, h. 23-24.

<sup>41</sup> Moh. Maftud MD, *Negara Hukum Indonesia...op.cit.* h. 8.

<sup>42</sup> Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif: Sebuah Seketsa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: GENTA Publishing, 2009, h. 1.

<sup>43</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006, h. 188.

<sup>44</sup> Satjipto Raharjo, *Hukum Progresif: Sebuah Seketsa...op.cit.* h. 2.

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.<sup>45</sup>

Paradigma hukum progresif ini sangat sejalan dengan garis politik hukum UUD 1945. Menggggali 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.

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.<sup>46</sup>

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.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum : Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010, h. 212.

<sup>46</sup> Moh. Mahfud MD, *Negara Hukum Indonesia...op.cit.* h. 19.

<sup>47</sup> *Ibid.*, h. 20.

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 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.<sup>48</sup>

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 hingga yang politis sekalipun.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Muhammad Khalid Mas'ud, *Islamic Legal Philosophy: A Study of Abu Ishaq al-Syatibi's Life and Thought*, New Delhi: International Islamic Publisher, 1989, h. 21.

<sup>49</sup> M. Nurdin Zuhdi, "Kritik Terhadap Pemikiran Gerakan Keagamaan Kaum Revivalisme Islam di Indonesia", *Akademika Jurnal Pemikiran Islam*, Vol. XVII, No. 2, Desember 2012, h. 126.

<sup>50</sup> 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.*, h. 126.

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.<sup>51</sup>

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 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.

## KESIMPULAN

Politik hukum MK 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. Politik hukum MK tersebut

<sup>51</sup> Iskandar Usman, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994, h. 104.

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 Politik Hukum MK tersebut telah sejalan sebagaimana yang tertuang di dalam Konstitusi, yaitu negara Indonesia adalah negara hukum. Konsep negara hukum adalah adanya jaminan terhadap perlindungan HAM. Ketidak-adilan terhadap anak di luar perkawinan atau anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah merupakan pelanggaran HAM.

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 MK 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.

Kelompok yang menolak Putusan MK dengan menyatakan bahwa *"Jika memberikan perlindungan kepada hak-hak anak diluar nikah itu sama artinya memberikan kesempatan bagi meraknya pergaulan bebas atau zina"*. Pandangan ini sungguh keliru. Pembelaan terhadap anak diluar nikah merupakan konsekuensi dari penegakan serta perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM), sedangkan anak diluar nikah tidak selamanya lahir akibat pergaulan bebas, boleh jadi karena seorang perempuan mengalami eksploitasi seksual, seperti perkosaan, incest dan sebagainya. Jika 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. Oleh karena itu, para pelaku hukum khususnya hakim-hakim dituntut untuk mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum. Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami oleh rakyat dan bangsanya. *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 Iustium"*, 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](http://www.E:\Mahkamah Konstitusi\Putusan MK\1715-html), diunduh 12 Desember 2012.

Tri Hendra Wahyudi, “Negara Harus Melindungi Hak Anak” [http://www.E:\MAHKAMAH KONSTITUSI\artikel\\_detail-50225, html](http://www.E:\MAHKAMAH KONSTITUSI\artikel_detail-50225, html), diunduh 12 Desember 2012.