

**PERWUJUDAN KEADILAN BAGI ANAK LUAR KAWIN  
MELALUI PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 46/PUU-VIII/2010**

**Rosalinda Elsina Latumahina**

rosalinda.latumahina@uphsurabaya.ac.id

Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan Surabaya

***Abstract***

*By means of its decision number 46/PUU-VIII/2010, the Constitutional Court has made a breakthrough which intend to guarantee the fulfillment of civil rights for a child born out of wedlock from his/her both parents. By the fulfillment of civil rights, justice has been materialized for the child, as viewed from the perspective of the theory of justice.*

***Keywords :*** *civil rights, child born out of wedlock, justice.*

**Abstrak**

Melalui putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010, Mahkamah Konstitusi telah melakukan terobosan yang hendak menjamin pemenuhan hak-hak keperdataan bagi seorang anak luar kawin dari kedua orangtuanya. Dengan pemenuhan hak-hak keperdataan telah terwujud keadilan bagi seorang anak luar kawin, dipandang dari perspektif teori keadilan.

**Kata Kunci:** hak keperdataan, anak luar kawin, keadilan.

## Pendahuluan

Kedudukan anak, khususnya anak luar kawin, merupakan salah satu topik pembahasan penting dalam bidang hukum keluarga. Pembahasan mengenai hal ini menjadi semakin menarik karena hingga saat ini belum benar-benar tercipta unifikasi hukum perdata khususnya di bidang hukum keluarga di Indonesia. Hal ini tak lepas dari sejarah masa penjajahan kolonial Hindia Belanda yang membagi penduduk Indonesia menjadi tiga golongan penduduk dan bagi masing-masing golongan berlaku hukumnya sendiri. Pasal 163 *Indische Staatsregeling* (IS) membagi penduduk Hindia Belanda menjadi tiga golongan, yaitu golongan eropa, golongan bumiputra dan golongan timur asing,<sup>1</sup> sedangkan Pasal 131 IS mengatur tentang hukum yang berlaku bagi masing-masing golongan tersebut.<sup>2</sup> Sementara itu ada pula beberapa peraturan yang secara khusus dibuat untuk orang-orang Indonesia asli seperti Ordonansi Perkawinan Bangsa Indonesia untuk yang beragama Kristen melalui S. 1933 Nomor 74 dan Ordonansi Perkawinan dan Perceraian bagi Orang-orang Islam di Jawa dan Madura di dalam S. 1929 Nomor 34.<sup>3</sup> Oleh karena Undang-Undang Dasar kita tidak mengenal pembagian golongan-golongan warga negara, maka menurut Subekti adanya hukum yang berlainan untuk berbagai golongan itu dianggap janggal.<sup>4</sup>

Meskipun telah terunifikasi dalam sebuah undang-undang dan berlaku bagi semua warga negara,<sup>5</sup> namun UU Perkawinan masih juga menimbulkan pluralisme dalam hukum perkawinan dan keluarga sehubungan dengan ketentuan pasal 2 yang berhubungan dengan perbedaan agama<sup>6</sup> dan ketentuan Pasal 66 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut sebagai UU No. 1/1974)<sup>7</sup> yang menunjukkan bahwa undang-undang ini

<sup>1</sup> Lihat Soetandyo Wignjosoebroto, *Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional, Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum Di Indonesia*, PT.Raja Grafindo Persada, 1994, h. 177.

<sup>2</sup> Untuk golongan bangsa Indonesia asli berlaku Hukum Adat, sedangkan untuk golongan Tionghoa dan Eropa berlaku BW dan *Wetboek Van Koophandel* (WvK) dengan sedikit penyimpangan bagi golongan Tionghoa, yaitu bagian 2 dan 3 dari Titel IV buku I (mengenai upacara yang mendahului perkawinan dan mengenai "penahanan" perkawinan) tidak berlaku bagi mereka. Akhirnya untuk golongan Timur Asing bukan Tionghoa (Arab, India dan lain-lain) berlaku sebagian dari BW (hanya bagian yang mengenai hukum kekayaan harta benda (*vermogensrecht*) dan tidak yang mengenai hukum kepribadian dan kekeluargaan (*personen en familierecht*) maupun hukum warisan), karena untuk itu berlaku hukum mereka sendiri dari negara asalnya. BW tidak berlaku bagi golongan Bumiputra kecuali mereka menundukkan diri (S.1917 – 12). R.Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, *Hukum Orang Dan Keluarga* (Airlangga University Press 1991) 1, serta di Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, 2008, 10.

<sup>3</sup> Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, 2008, h. 12.

<sup>4</sup> *Ibid*, h. 14.

<sup>5</sup> Dalam konsiderans UU No. 1/1974 disebutkan bahwa sesuai dengan falsafah Pancasila serta cita-cita untuk pembinaan hukum nasional perlu diadakan undang-undang tentang perkawinan yang berlaku bagi semua warga negara.

<sup>6</sup> Pasal 2 ayat (1) UU No. 1/1974: Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu.

<sup>7</sup> Pasal 66 UU No. 1/1974: Untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan berdasarkan atas Undang-undang ini, maka dengan berlakunya Undang-undang ini ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*), Ordinansi Perkawinan Indonesia Kristen (*Huwelijk Ordonantie Christen Indonesia* 1933 No.74, Peraturan Perkawinan Campuran (*Regeling op gemeng de Huwelijken* S.1898 No. 158), dan Peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan sejauh telah diatur dalam Undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku.

tidak tuntas mengatur materi hukum perkawinan dan keluarga.<sup>8</sup> Artinya untuk segala materi yang menyangkut perkawinan dan keluarga, sepanjang belum diatur dalam UU No. 1/1974, maka peraturan yang lama masih berlaku. Peraturan lama yang dirujuk antara lain adalah pasal-pasal yang menyangkut hukum keluarga dalam Buku Pertama *Burgerlijk Wetboek* (untuk selanjutnya disebut BW).<sup>9</sup> Berawal dari itulah untuk mengakomodasi umat Islam pemerintah mengeluarkan kumpulan hukum bagi Umat Islam terkait hukum perkawinan dan keluarga yang tertuang dalam Kompilasi Hukum Islam (selanjutnya disebut KHI).<sup>10</sup>

Keberadaan KHI sebagai pedoman bagi Peradilan Agama ini sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 29 UUD 1945 ayat 1 dan 2 yang menyatakan bahwa negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu. Sejak tahun 1985 telah dirintis penyusunan KHI sebagai hukum materiil bagi umat Islam yang berperkaranya di Pengadilan Agama. KHI memuat tiga buku, yaitu buku pertama tentang Perkawinan, buku kedua tentang Kewarisan dan buku ketiga tentang Perwakafan. Landasan yuridis berlakunya KHI adalah Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991.

Dalam UU No. 1/1974, kedudukan anak hanya diatur di tiga pasal yaitu dalam Bab IX tentang Kedudukan Anak pada Pasal 42-44 UU No. 1/1974. Pemerintah agaknya menganggap bahwa peraturan tentang kedudukan anak bukanlah hal yang penting, sebab Peraturan Pemerintah (PP) tentang kedudukan anak, khususnya anak luar kawin, yang dijanjikan akan dibuat dalam Pasal 43 ayat 2 UU No. 1/1974, hingga 40 tahun berlalu tak kunjung dibuat. Karena pengaturan tentang kedudukan anak yang tidak memadai, akibatnya berdasarkan Pasal 66 UU No. 1/1974, kita masih mengacu pada *Burgerlijk Wetboek* (BW) bila menyangkut tentang kedudukan anak, pengakuan dan pengesahan anak.<sup>11</sup>

Perubahan aturan tentang kedudukan anak yang cukup signifikan terjadi saat Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut MK)<sup>12</sup> mengeluarkan Putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 pada

<sup>8</sup> Prawirohamidjojo, *Pluralisme Dalam Perundang-undangan Perkawinan Di Indonesia* (n 5) 2.

<sup>9</sup> Pada tahun 1962, Dr Sahardjo SH sebagai menteri kehakiman pada saat itu mengeluarkan gagasan yang menganggap bahwa BW sebagai himpunan hukum tak tertulis, sehingga dapat dipedomani oleh semua warga negara Indonesia dengan catatan agar ketentuan-ketentuan yang sesuai dapat diikuti sedangkan ketentuan-ketentuan yang tidak sesuai lagi dapat ditinggalkan. Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, PT.Citra Aditya Bakti 2000, h. 5-7.

<sup>10</sup> Ramulyo, M.Idris, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam*, Sinar Grafika, 1995, h.124-126. Periksa juga: Afdol, *Kewenangan Pengadilan Agama Berdasarkan UU No. 3 Tahun 2006 & Legislasi Hukum Islam Di Indonesia*, Surabaya: Airlangga University Press 2009, h.8.

<sup>11</sup> Dengan Surat Edarannya Nomor 3 Tahun 1963 yang ditujukan kepada Ketua Pengadilan Negeri seluruh Indonesia, secara rinci Mahkamah Agung Republik Indonesia menyatakan bahwa pasal-pasal tertentu dari BW, yaitu Pasal 108, 110, 284 ayat 3, 1238, 1460, 1579, 1603 dan 1682 tidak berlaku lagi. Surat edaran ini bukan merupakan pencabutan terhadap pasal-pasal dalam BW, melainkan ajakan untuk tidak menggunakan pasal-pasal itu. Pasal-pasal mengenai kedudukan, pengakuan dan pengesahan anak tidak termasuk dalam pasal yang 'dihapus' oleh SEMA ini. Lihat antara lain di R.Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, *Hukum Orang Dan Keluarga* (n 2) 1, serta di Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group 2009, h.315.

<sup>12</sup> MKRI, KRHN, *Cetak Biru Membangun Mahkamah Konstitusi Sebagai Institusi Peradilan Konstitusi Yang Modern Dan Terpercaya*, Yayasan Tifa, 2004.

tanggal 17 Februari 2012 yang lalu atas permohonan dari Hj. Aisyah Mochtar (lebih dikenal dengan nama Machica Mochtar) untuk menguji Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 terhadap Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945.<sup>13</sup> MK akhirnya memutuskan bahwa Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sehingga pasal itu harus dibaca: “anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”.

Putusan MK ini menuai kontroversi di kalangan masyarakat dan meninggalkan banyak masalah yang belum terjawab dalam implementasinya. Masih kurangnya peraturan pelaksanaan yang menunjang juga memunculkan berbagai penafsiran yang berbeda-beda terhadap penerapan pasal tersebut. Dilihat dari tiga sisi karakteristik hukum menurut H.L.A Hart, yaitu *validity*, *efficacy* dan *acceptance*,<sup>14</sup> maka Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang perubahan Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 telah memenuhi validitas karena dibuat sesuai dengan prosedur oleh lembaga yang berwenang, namun efektivitasnya dan penerimaan masyarakat terhadapnya masih perlu dipertanyakan. Selain masalah implementasi, pertanyaan filosofi yang pertama-tama akan diajukan tentu adalah: apakah Putusan MK ini telah memenuhi rasa keadilan bagi semua pihak?

### Definisi Anak Sah dan Anak Luar Kawin

Mengenai status / kedudukan hukum seorang anak, terdapat pembedaan berdasarkan apakah ia dilahirkan di dalam / sebagai akibat perkawinan yang sah atau tidak. Hukum membedakan antara keturunan yang sah dan keturunan yang tidak sah. Keturunan yang sah didasarkan atas perkawinan yang sah. Keturunan yang tidak sah adalah keturunan yang tidak didasarkan atas suatu perkawinan yang sah. Menurut J.Satrio, “kita harus hati-hati dengan penggunaan istilah “anak luar kawin” karena ia tidak sama dengan “anak yang lahir di luar perkawinan”. Anak yang lahir sesudah perkawinan orangtuanya bubar, jadi di luar perkawinan, dalam batas yang ditentukan oleh undang-undang, adalah anak-anak yang sah”.<sup>15</sup>

R. Soetjo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan membedakan kedudukan hukum anak sebagai berikut:

Anak-anak yang tumbuh atau dilahirkan sepanjang perkawinan yang sah dari ayah dan ibunya akan disebut anak-anak sah (*wettige* atau *echte kinderen*) sedangkan anak-anak yang dilahirkan dari ayah dan ibu yang tidak terikat dalam suatu perkawinan disebut

<sup>13</sup> Pasal 28 B ayat (1) UUD 1945: Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah. Pasal 28 B ayat (2) UUD 1945: Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945: Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

<sup>14</sup> Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, h. 69.

<sup>15</sup> J. Satrio, *Hukum Keluarga Tentang Kedudukan Anak Dalam Undang-Undang*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2000, h. 6.

anak-anak tidak sah atau anak-anak luar kawin atau anak-anak alami (*onwettige, onechte, natuurlijke kinderen*). Anak luar kawin masih dibedakan lagi menjadi dua golongan, yaitu anak-anak luar kawin yang bukan anak zinah (*overspelig*) atau sumbang (*bloed schennis*) dan anak-anak zinah dan sumbang (*overspelige kinderen* dan *bloed schennige kinderen*).<sup>16</sup>

Definisi anak luar kawin menurut Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae adalah sebagai berikut:

*Natuurlijk kind*, anak di luar nikah, *onecht, onwettig kind* (anak tidak sah), bastaard (anak haram jadah). Kadang-kadang anak di luar nikah juga dimisalkan sebagai anak permainan (*speelkind*), anak yang lahir dari persetubuhan yang tidak sah antara orang-orang yang belum menikah yang seharusnya dapat menikah bersama, diperbandingkan dengan anak-anak yang lahir karena perzinahan dan anak-anak sumbang (*bloedschennige kinderen*).<sup>17</sup>

Definisi anak sah tercantum dalam Pasal 42 UU No. 1/1974 yang menegaskan bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Hal ini sejalan dengan apa yang diatur di Amerika Serikat bahwa “*legitimacy is defined primarily by reference to the marital status of the child’s parents*”.<sup>18</sup>

Dalam arti luas, termasuk pula di dalamnya anak-anak hasil zinah atau sumbang, dan dalam arti sempit, yaitu anak-anak yang tidak termasuk hasil zinah atau sumbang.<sup>19</sup> Anak zinah adalah anak yang dilahirkan dari hubungan luar nikah antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan, di mana salah satu atau kedua-duanya terikat perkawinan dengan orang lain. Adapun anak sumbang adalah anak yang dilahirkan dari hubungan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan, yang antara keduanya ada larangan untuk saling menikahi berdasarkan ketentuan Pasal 31 BW dan Pasal 8 UU No. 1/1974.<sup>20</sup> Artinya anak luar kawin dalam arti sempit dapat diartikan sebagai “anak yang dilahirkan dari hasil hubungan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan, yang kedua-duanya sedang tidak terikat perkawinan dengan orang lain, dan yang antara keduanya tidak ada larangan untuk saling menikahi”.<sup>21</sup>

Pasal 250 BW menentukan bahwa “tiap-tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan, memperoleh si suami sebagai bapaknya”. Kata “sepanjang perkawinan” artinya sejak perkawinan itu ada sampai perkawinan itu putus. Perkawinan itu ada sejak perkawinan itu dilangsungkan secara sah, sedangkan perkawinan itu putus karena perceraian, baik cerai mati maupun cerai hidup (Pasal 199 BW dan Pasal 38 UU No. 1/1974).<sup>22</sup> Berkebalikan dengan anak sah, maka anak tidak sah atau anak luar kawin adalah anak yang tidak dilahirkan

<sup>16</sup> Prawirohamidjojo, Pohan, *Hukum Orang Dan Keluarga*, Bandung: Alumni, 1986, h. 164-165.

<sup>17</sup> N.E Algra, H.R.W Gokkel, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae Belanda Indonesia*, diterjemahkan oleh Saleh Adiwinata dkk, Jakarta: Binacipta 1983, h. 316-317.

<sup>18</sup> Parness, Jeffrey A. and Townsend, Zachary, ‘Legal Paternity (And Other Parenthood) After Lehr And Michael H’, University of Toledo Law Review 1. 2012.

<sup>19</sup> Prawirohamidjojo, Pohan, *Op.Cit.*, h. 180.

<sup>20</sup> Satrio, *Hukum Keluarga Tentang Kedudukan Anak*, h. 103-104.

<sup>21</sup> *Ibid*, h. 104.

<sup>22</sup> *Ibid*, h.18-19.

di dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Penafsiran ini merupakan penafsiran secara *a contrario* dari isi Pasal 250 BW dan Pasal 42 UU No. 1/1974.<sup>23</sup>

### **Konsep Hubungan Perdata Antara Anak Luar Kawin dan Orangtuanya**

Perikatan (*verbinten*) mempunyai arti yang lebih luas daripada perjanjian.<sup>24</sup> Adapun yang dimaksud dengan perikatan dalam Buku III BW adalah “suatu hubungan hukum (mengenai kekayaan harta benda) antara dua orang, yang memberi hak pada yang satu untuk menuntut barang sesuatu dari yang lainnya, sedangkan orang yang lainnya ini diwajibkan memenuhi tuntutan itu”.<sup>25</sup> Pada dasarnya bagi seorang anak sah otomatis tercipta pula hubungan perdata antara si anak dengan ayah dan ibunya serta dengan keluarga ayah dan ibunya. Sedangkan bagi anak yang lahir di luar perkawinan, ia hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.<sup>26</sup> Ketentuan mengenai hubungan hukum antara anak luar kawin dengan ibu dan keluarga ibunya ini merupakan pergeseran dari apa yang semula diatur dalam pasal 280 BW<sup>27</sup> yang menyatakan bahwa hanya dengan pengakuanlah baru timbul hubungan perdata antara seorang anak luar kawin dengan bapak atau ibunya.

Perubahan kembali terjadi saat pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 sebelum putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang menyebutkan bahwa “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” kemudian berubah menjadi: “anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan 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” menurut Putusan MK tersebut. Isi Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 sebelum perubahan tersebut serupa dengan isi Pasal 100 KHI yang menyebutkan bahwa “anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab<sup>28</sup> dengan ibunya dan keluarga ibunya. Nasab artinya bangsa. Secara etimologis istilah nasab berasal dari bahasa Arab “*an-nasab*” yang artinya “keturunan, kerabat”. Menurut ajaran patrilineal, nasab juga diartikan sebagai keluarga dalam hubungan garis keturunan patrilineal. Nikah merupakan jalan untuk menentukan nasab (asal-usul) seseorang, dalam pengertian,

<sup>23</sup> *Ibid*, h. 103.

<sup>24</sup> Subekti, *Op.Cit.*, h. 122-123.

<sup>25</sup> *Ibid*, h. 104.

<sup>26</sup> Berdasarkan Pasal 43 ayat 1 UU No. 1/1974 sebelum diubah oleh Mahkamah Konstitusi, “anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.” Sedangkan Pasal 43 ayat 2 UU No. 1/1974 menjanjikan akan dibuatnya sebuah Peraturan Pemerintah tersendiri terkait kedudukan hukum anak. Pasal 43 ayat 2 UU No. 1/1974: “kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam Peraturan Pemerintah”.

<sup>27</sup> Apabila undang-undang baru tidak secara tegas mencabut undang-undang lama, sedangkan kedua undang-undang itu mengatur hal yang sama, digunakanlah asas preferensi *lex posterior derogat legis priori* sebagaimana dikemukakan oleh Modestinus. Artinya yang berlaku adalah ketentuan dalam UU No. 1/1974. Lihat di Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana, 2012, h. 315.

<sup>28</sup> Sayuti Thalib, *Hukum Kekeluargaan Indonesia, Berlaku Bagi Umat Islam*, Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia UI Press, 2009, h. 65, dan di Ahmad Kamil, H.M. Fauzan, *Hukum Perlindungan Dan Pengangkatan Anak Di Indonesia*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada 2008, h. 153-167.



nasab seseorang hanya bisa dinisbahkan kepada kedua orangtuanya kalau ia dilahirkan dalam perkawinan yang sah. Meskipun demikian, ulama fikih sepakat bahwa nasab seorang anak dapat ditetapkan pula melalui pengakuan atau gugatan terhadap anak. Jika seorang lelaki mengakui bahwa seorang anak kecil adalah anaknya, atau sebaliknya seorang anak kecil yang telah baligh mengakui seorang lelaki adalah ayahnya, maka pengakuan itu dapat dibenarkan dan anak di-nasab-kan pada lelaki tersebut, asalkan anak itu belum jelas nasabnya, pengakuan tersebut rasional, dan lelaki yang mengakui menyangkal bahwa anak itu hasil dari hubungan perzinahan, karena perzinahan tidak bisa menjadi dasar penetapan nasab anak. Apabila syarat-syarat itu terpenuhi, maka pengakuan nasab terhadap seseorang adalah sah dan anak tersebut berhak mendapatkan nafkah dan harta warisan dari ayahnya tersebut. Ketika itu terjadi, ayah yang telah mengakui anak tersebut tidak boleh mencabut pengakuannya, karena nasab tidak bisa dibatalkan.

Dalam BW, kekuasaan orangtua (*van de ouderlijke magt*) diatur dalam Pasal 298-329, Bab XIV, Buku I BW. Di BW ditegaskan bahwa kekuasaan orangtua mencakup dua hal, yaitu mencakup pribadi anak dan harta kekayaan anak.<sup>29</sup> Kekuasaan orangtua terhadap pribadi anak termasuk kewajiban orangtua untuk mendidik dan mendisiplinkan anak dengan sebaik-baiknya, sedangkan kekuasaan orangtua terhadap harta kekayaan anak termasuk kewajiban orangtua untuk mewakili anak dalam melakukan segala perbuatan hukum keperdataan. Bagi seorang anak yang belum berusia 18 tahun atau lebih dulu telah kawin dan tidak berada di bawah kekuasaan orangtua, maka ia akan berada di bawah kekuasaan wali yang ditunjuk.

Konsekuensi lain dari adanya hubungan perdata antara orangtua dan anak adalah timbulnya hak mewaris antara satu sama lain. Mewaris artinya menggantikan tempat dari seseorang yang meninggal (si pewaris) dalam hubungan-hubungan hukum harta kekayaannya.<sup>30</sup> Hal ini terjadi karena berdasarkan undang-undang, telah ditentukan siapa-siapa yang dapat menjadi ahli waris apabila seseorang meninggal. Memang sampai saat ini masih terdapat pluralisme dalam pengaturan hukum waris di Indonesia, yang didasarkan pada golongan penduduk, meskipun rencana untuk mewujudkan unifikasi hukum waris nasional sudah mulai dirintis.<sup>31</sup> Hukum waris yang berlaku di Indonesia adalah hukum waris perdata barat (BW) bagi golongan Tionghoa dan mereka yang menundukkan diri padanya, hukum waris Islam bagi mereka yang beragama Islam, serta hukum waris adat.<sup>32</sup>

Dalam Pasal 832 BW, ditentukan bahwa ahli waris menurut undang-undang (*ab intestato*) adalah para warga (*bloedverwanten*) dan janda.<sup>33</sup> Terdapat empat golongan ahli waris dalam BW, dan anak-anak beserta keturunannya termasuk dalam golongan pertama. Anak-anak yang dimaksud di sini mencakup anak sah dan anak luar kawin. Terdapat perbedaan dalam BW antara bagian warisan anak sah dan anak luar kawin yang diakui, karena bagian

<sup>29</sup> Prawirohamidjojo, Pohan, *Op.Cit.*, h. 200.

<sup>30</sup> R.Soetojo Prawirohamidjojo, *Hukum Waris Kodifikasi*, Surabaya: Airlangga University Press, 2000, h. 3.

<sup>31</sup> Bagir Manan, "Menuju Hukum Waris Nasional", *Varia Peradilan*, 2010, h. 27.

<sup>32</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung: Citra Aditya, h. 269-270.

<sup>33</sup> Soetojo Prawirohamidjojo, *Op. Cit.*, h. 6.

anak luar kawin lebih kecil daripada bagian anak sah.<sup>34</sup> Sedangkan hukum waris Islam dalam KHI menegaskan bahwa ahli waris adalah orang yang mempunyai hubungan darah / hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang untuk menjadi ahli waris,<sup>35</sup> meskipun anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan saling mewaris dengan ibunya dan keluarga ibunya.<sup>36</sup>

### **Pengakuan dan Pengesahan Anak**

BW di Indonesia mengatur tentang pengesahan anak luar kawin dalam bagian II, sedangkan pengakuan anak luar kawin diatur dalam bagian III Bab XII. Menurut R. Soetomo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, “sistematika dari undang-undang ini dinilai kurang baik dan logis karena pengakuan terhadap anak-anak luar kawin dilakukan sebelum pengesahan”.<sup>37</sup>

Undang-undang mengenal dua jenis pengakuan anak,<sup>38</sup> yaitu: a) Pengakuan dengan sukarela. Pengakuan adalah suatu pernyataan kehendak yang dilakukan oleh seseorang menurut cara-cara yang ditentukan oleh undang-undang bahwa ia adalah ayah (ibu) dari seorang anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Dengan pengakuan tersebut, maka timbul hubungan perdata antara anak dengan ayah (ibu) yang telah mengakuinya. Dalam Pasal 281 BW disebutkan bahwa “pengakuan terhadap seorang anak luar kawin, apabila yang demikian itu tidak telah dilakukan di dalam akta kelahiran si anak atau pada waktu perkawinan berlangsung, dapat dilakukan dengan tiap akta otentik.” Pengakuan ini hanya dapat dilakukan dengan sepersetujuan si ibu dari anak luar kawin tersebut (Pasal 284 BW); b) Pengakuan dengan paksaan. Pengakuan dengan paksaan di sini adalah keputusan pengadilan yang menetapkan perihal ibu atau ayah seorang anak luar kawin. Hal ini berkaitan dengan isi pasal 287 ayat (2) BW yang menyatakan sebagai berikut:

Sementara itu, apabila terjadi salah satu kejahatan tersebut dalam Pasal 285 sampai dengan Pasal 288, 294 atau 322 KUHP, dan saat berlangsungnya kejahatan itu bersesuaian dengan saat kehamilan perempuan terhadap siapa kejahatan itu dilakukan, maka atas tuntutan mereka yang berkepentingan, bolehlah si tersalah dinyatakan sebagai bapak dari si anak.

Pengakuan terpaksa kebanyakan diterapkan di Indonesia dalam peristiwa pemerkosaan yang menghasilkan seorang anak, untuk memaksa si ayah bertanggungjawab terhadap anak yang dilahirkan. Pengakuan terpaksa ini sebenarnya merupakan pemaksaan bagi si ayah sehingga tanpa sekehendaknya pun ia ditetapkan untuk mempunyai hubungan hukum dengan si anak sehingga terpaksa bertanggungjawab atas pemeliharaan anak.

Pengakuan anak membawa berbagai konsekuensi hukum. Pasal 280 BW menyatakan

<sup>34</sup> Pasal 863 BW mengatur tentang bagian warisan anak luar kawin yang besarnya berbeda-beda, tergantung dengan golongan mana ia mewaris.

<sup>35</sup> Pasal 171 huruf c Buku II KHI.

<sup>36</sup> Pasal 186 Buku II KHI.

<sup>37</sup> Prawirohamidjojo, Pohan, *Op.Cit.*, h. 181.

<sup>38</sup> *Ibid*, h.182.



bahwa “dengan pengakuan yang dilakukan terhadap seorang anak luar kawin, timbullah hubungan perdata antara anak dan bapak atau ibunya.” Ketentuan ini berbeda dengan ketentuan dalam UU No. 1/1974 Pasal 43 yang secara otomatis mengesahkan hubungan keperdataan antara anak luar kawin dan ibunya serta keluarga ibunya. Akibat dari pengakuan oleh si ayah, terbentuklah hubungan keperdataan antara anak dengan ayah yang mengakuinya, dalam arti anak tersebut memperoleh kedudukan sebagai anak luar kawin yang diakui. Akibatnya si anak dapat menggunakan nama keluarga ayahnya, tercipta kewajiban secara timbal balik dalam memberikan alimentasi antara anak dengan ayah yang telah mengakuinya, dan timbul hak mewaris anak terhadap ayahnya.<sup>39</sup>

Selain pengakuan sukarela dan pengakuan terpaksa, dikenal pula pengakuan anak palsu, yaitu suatu peristiwa dimana seseorang dengan sengaja mengakui anak yang sebenarnya diketahui adalah bukan anaknya. Hal ini berkaitan dengan penggelapan kedudukan dan diatur dalam pasal 277-278 KUHP.

Barangsiapa berdasarkan ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, mengakui seorang anak sebagai anaknya sendiri, padahal ia tahu, bahwa ia bukan ayahnya, dihukum karena kesalahan pengakuan palsu, dengan hukuman penjara selama-lamanya 3 (tiga) tahun.<sup>40</sup>

Langkah lebih lanjut dari pengakuan anak adalah pengesahan anak. Pengesahan anak adalah sarana hukum dengan mana seorang anak luar kawin diubah status hukumnya sehingga mendapatkan hak-hak seperti yang diberikan oleh undang-undang kepada seorang anak sah.<sup>41</sup> Pengesahan anak diatur dalam Pasal 272 BW dan hanya berlaku bagi anak luar kawin dalam arti sempit. Pengesahan dilakukan dengan perkawinan kedua orang tuanya dan pengakuan terhadap anak luar kawin yang bersangkutan sebelum/pada saat perkawinan dilangsungkan. Pengesahan itu selanjutnya perlu ditindaklanjuti dengan memberikan catatan di pinggir minuta akta kelahiran anak yang bersangkutan.<sup>42</sup>

Sebelum putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 keluar, terhadap anak luar kawin hanya dapat dilakukan pengakuan anak oleh seorang pria dengan sepersetujuan si ibu, dimana pria itu tidak harus benar-benar ayah biologis dari anak tersebut. Dengan pengakuan tersebut, anak itu jadi punya hubungan keperdataan dengan pria yang mengakuinya. Pengakuan anak dapat ditindaklanjuti dengan melakukan pengesahan anak, yaitu dengan menikahnya pria yang melakukan pengakuan anak dengan ibu si anak, untuk memberikan kedudukan setara anak sah kepada si anak.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> *Ibid*, h. 184-185.

<sup>40</sup> D.Simons, dalam bukunya *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht* (Jilid 2, Groningen 1941) 178, sebagaimana dikutip dalam Satrio, *Hukum Keluarga Tentang Kedudukan Anak* (n 25).132, menyebutkan bahwa Pasal 236 WVS (pasal 277 dan 278 KUHP) tidak berlaku untuk anak luar kawin.

<sup>41</sup> Satrio, *Op.Cit.*, h. 164-165.

<sup>42</sup> *Ibid*. h. 164.

<sup>43</sup> Dalam Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae, pengesahan ini disebut *wettinging* atau legitimasi: 1. kekuatan hukum, mengikat, melenyapkan kekurangan dalam bentuk, mengesahkan, menguatkan, peraturan, tindakan. 2. mengakui anak di luar perkawinan; membawa ke dalam posisi anak sah. Anak di luar perkawinan dapat disahkan, bukan anak tidak sah yang dikandung dalam “*bloedschande*” (noda, karena hubungan keluarga

**Kedudukan Anak Luar Kawin Setelah Keluarnya Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010.**

Pasca Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010, Majelis Ulama Indonesia (selanjutnya disebut MUI) mengeluarkan suatu fatwa, yaitu Fatwa MUI Nomor 11 Tahun 2012 tertanggal 10 Maret 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina Dan Perlakuan Terhadapnya. Menurut fatwa MUI tersebut, anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris, dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya. Anak hasil zina hanya mempunyai hubungan nasab, waris, dan nafaqah dengan ibunya dan keluarga ibunya. Meskipun demikian, pemerintah berwenang untuk menjatuhkan hukuman ta'zir bagi lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut dan memberikan harta setelah ia meninggal melalui wasiat wajibah. Hal ini menunjukkan bahwa "hubungan keperdataan" yang tercantum dalam Pasal 43 UU No. 1/1974 ditafsirkan oleh MUI tidak termasuk hubungan nasab (hubungan darah).<sup>44</sup>

Selanjutnya Mahkamah Agung di dalam Surat Edarannya Nomor 7 Tahun 2012 tentang Rumusan Hukum Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan (selanjutnya disebut SEMA 7/2012) menetapkan jawaban atas pertanyaan yang sering dihadapi oleh para hakim di Pengadilan Agama, yaitu apakah anak yang lahir dalam perkawinan siri dapat mengajukan permohonan pengesahan anak ke Pengadilan Agama. Menurut Hasil Rapat Pleno Kamar Agama yang dituangkan dalam SEMA 7/2012, pada prinsipnya anak yang dilahirkan di dalam perkawinan siri dapat mengajukan perkara ke Pengadilan Agama. Permohonan pengesahan anak dapat dikabulkan apabila nikah siri orang tuanya telah diitsbatkan berdasarkan penetapan Pengadilan Agama. Pada prinsipnya nikah siri memang dapat diitsbatkan sepanjang tidak melanggar undang-undang. Kekuatan hukum penetapan itsbat nikah sama dengan kekuatan hukum akta nikah (Pasal 7 ayat (1) dan (2) KHI). Meskipun isinya mempertegas Putusan MK tentang anak luar kawin, namun SEMA7/2012 bukanlah sebuah peraturan perundang-undangan, dan tidak mempunyai kekuatan mengikat secara hukum.

**Keadilan Sebagai Tujuan Hukum**

Keadilan adalah salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan filsafat hukum. Bismar Siregar, seorang hakim di Indonesia, dengan tegas mengatakan "bila untuk menegakkan keadilan saya korbakan kepastian hukum, akan saya korbakan hukum itu. Hukum hanya sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan. Mengapa

---

yang terlalu dekat). Pengesahan terjadi karena perkawinan kedua orang tua, apabila anak, sebelumnya atau pada hari perkawinan dilangsungkan, diakui oleh bapaknya atau dengan "*koninklijke brieven van wettiging*". Yang terakhir ini dalam hal perkawinan yang direncanakan tidak mungkin terjadi karena kematian salah seorang dari orang tua. Lihat di Algra, Gokkel, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae*, h. 688-689.

<sup>44</sup> Asal-usul anak merupakan dasar untuk menunjukkan adanya hubungan kemahraman (nasab) dengan ayahnya. Hal itu diyakini dalam fiqh sunni. Para ulama sepakat bahwa anak zina atau anak li'an hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan saudara ibunya. Periksa Ahmad Rofiq, *Hukum Islam Di Indonesia*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2003, h. 220.

tujuan dikorbankan karena sarana?”<sup>45</sup> Gustav Radbruch, misalnya, menyatakan bahwa cita hukum tidak lain daripada keadilan (*est autem jus a justitia, sicut a matre sua ergo prius fuit justitia quam jus*). Menurut Ulpianus, *justitia est perpetua et constans voluntas jus suum cuique tribuendi*, yang bila diterjemahkan secara bebas berarti “keadilan adalah suatu keinginan yang terus-menerus dan tetap untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi haknya”.<sup>46</sup> Hukum pada dasarnya dibentuk karena pertimbangan keadilan (*gerechtigheit*) di samping kepastian hukum (*rechtssicherheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*).<sup>47</sup>

Aristoteles yang menguraikan tentang keadilan dalam bukunya *Rhetorica*, yang oleh orang Romawi diterjemahkan ke dalam bahasa Latin “*ius suum cuique tribuere*” yang artinya “setiap orang mendapatkan bagiannya”. Dalam bahasa Inggris, Aristoteles menyatakan bahwa “*justice consists in treating equals equally and unequals unequally, in proportion to their inequality*” (prinsip bahwa yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama secara proporsional).<sup>48</sup> Aristoteles menyatakan bahwa keadilan tidak boleh dipandang sama arti dengan persamarataan. Keadilan bukan berarti bahwa tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama. Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dengan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik melahirkan prinsip “semua orang sama di depan hukum”, sedangkan kesamaan proporsional melahirkan prinsip “memberikan tiap orang apa yang menjadi haknya”.<sup>49</sup>

John Rawls, dalam bukunya *A Theory of Justice* menyatakan bahwa kebebasan dan kesamaan merupakan unsur yang menjadi bagian inti teori keadilan. Teori keadilan Rawls mencoba menemukan prinsip-prinsip keadilan yang dibagi menjadi dua konsep: *Pertama*, kebebasan ditempatkan sejajar dengan nilai-nilai lainnya. Setiap orang mempunyai hak yang sama terhadap kebebasan dasar yang paling luas sesuai dengan kebebasan sejenis yang dimiliki orang lain. *Kedua*, keadilan tidak berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama. Ketidaksamaan dalam distribusi sosial dan ekonomi dapat dibenarkan asalkan telah diatur agar perbedaan-perbedaan itu menjamin dan membawa keuntungan bagi setiap orang, serta terdapat posisi, kedudukan, status dan ruang yang terbuka bagi semua orang.<sup>50</sup>

Meskipun mengijinkan adanya perbedaan, namun konsep Rawls tentang keadilan tetap menekankan pada *justice as fairness*. Artinya tidak hanya mereka yang memiliki bakat

<sup>45</sup> Darji Darmodiharjo, Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2006, h. 156

<sup>46</sup> Marzuki, *Op. Cit.*, h. 139.

<sup>47</sup> Darmodiharjo, Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, Jakarta: Gramedia Pustaka, 1995, h. 154.

<sup>48</sup> Agus Yudha Hernoko, *Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial* Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010, h. 84-85.

<sup>49</sup> Dossy Iskandar Prasetyo, Bernard L.Tanya, *Hukum Etika & Kekuasaan*, Jakarta: Genta Publishing, 2011, h. 44-46.

<sup>50</sup> Dalam bab “*Two Principles Of Justice*” di bukunya *A Theory of Justice*, Rawls menyatakan sebagai berikut: “*The first statement of the two principles reads as follows: First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.* Periksa di: John Rawls, *A Theory Of Justice (Revised Edition)*, The Belknap Press Of Harvard University Press 1971, 1999, p. 53.

dan kemampuan yang lebih baik saja yang berhak menikmati berbagai manfaat sosial lebih banyak, tetapi keuntungan tersebut juga harus membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek hidupnya. Dalam kaitannya dengan hal tersebut, pertanggungjawaban moralitas dari mereka yang beruntung harus ditempatkan pada bingkai kepentingan kelompok mereka yang kurang beruntung. Artinya, pihak yang lebih beruntung harus memberikan kompensasi kepada mereka yang kurang beruntung demi mencapai *fairness*.

Prinsip keadilan menurut Rawls haruslah berdasarkan pada asas hak, bukan manfaat. Rawls memang menentang pendapat kaum utilitarian yang menekankan pada keuntungan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya orang (*the greatest good for the greatest number*). Jika asas manfaat yang menjadi dasar, maka ia akan mengabaikan prosedur yang *fair* (*justice as fairness*), dan akan sangat mungkin melanggar hak-hak individual.<sup>51</sup> Untuk dapat menciptakan prosedur yang *fair* tersebut, masyarakat yang membuat kesepakatan tersebut harus berada pada posisi asal (*original position*) yang berada pada kondisi tidak memihak karena diselubungi oleh ketidaktahuan (*a veil of ignorance*).

Prinsip perbedaan oleh Rawls yang menganjurkan agar mereka yang lebih beruntung memberikan kompensasi kepada mereka yang kurang beruntung tanpa memperhatikan perbedaan dalam pilihan-pilihan hidup seseorang ditentang oleh Ronald Dworkin. Menurut Dworkin, skema distribusi hendaknya lebih 'peka ambisi' (*ambition sensitive*) dan tidak 'peka warisan' (*endowment insensitive*).<sup>52</sup> Artinya, pilihan-pilihan hidup seseorang tidak dapat diabaikan dalam menentukan hak-hak yang akan ia peroleh. Kompensasi tidak boleh diberikan bagi individu yang ketidakberuntungannya berasal dari pilihan-pilihan hidupnya sendiri. Karena itulah Dworkin membedakan antara *option luck* dan *brute luck*. *Option luck* adalah kondisi-kondisi yang terjadi karena pilihan atau keputusan kita, sedangkan *brute luck* merupakan kondisi yang terjadi bukan akibat pilihan atau keputusan kita.<sup>53</sup> Pada kondisi ketidakberuntungan yang terjadi bukan akibat pilihan seseorang, maka wajar bila kompensasi diberikan kepada orang tersebut.

Teori keadilan menurut Rawls dan Dworkin merupakan suatu bentuk keadilan distributif/keadilan sosial yang lebih tepat digunakan dalam konteks politik, yaitu dalam hubungan sub ordinat antara negara dengan rakyatnya, meskipun demikian, konsep keadilan Rawls dan Dworkin dapat pula digunakan dalam hubungan yang koordinat atau setara dalam konsep hubungan keperdataan. Misalnya, tidak adil mengorbankan hak dari satu atau beberapa orang hanya demi keuntungan yang lebih besar dari orang-orang lainnya. Rawls beranggapan bahwa hal tersebut bertentangan dengan keadilan yang menghendaki prinsip kebebasan yang sama bagi semua orang. Meskipun menjunjung tinggi persamaan kesempatan, sangat tepat bila diterapkan pendapat Dworkin yang membedakan kompensasi yang diterima seseorang berdasarkan pilihan-pilihan hidupnya.

---

<sup>51</sup> *Ibid*, h. 19-24.

<sup>52</sup> Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue, The Theory And Practice Of Equality*, Harvard University Press, 2000, h. 73.

<sup>53</sup> *Ibid*, h. 23.

Seorang ahli lain yaitu Apeldoorn berpendapat bahwa tujuan hukum adalah mengatur pergaulan hidup secara damai, dan hukum mempertahankan perdamaian dengan menimbang kepentingan-kepentingan yang bertentangan dengan teliti dan mengadakan keseimbangan di antaranya. Artinya dalam suatu peraturan harus terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang dilindungi, dimana setiap orang memperoleh sebanyak mungkin yang menjadi bagiannya.<sup>54</sup> Memang mengenai adanya berbagai kepentingan di masyarakat ini, Roscoe Pound membedakan berbagai kepentingan itu ke dalam tiga jenis, yaitu kepentingan pribadi, kepentingan publik dan kepentingan sosial. Kepentingan pribadi berupa keinginan seseorang terhadap hal-hal yang bersifat pribadi, seperti perkawinan. Kepentingan publik bersangkutan paut dengan kehidupan kenegaraan, misalnya hak pilih dalam pemilihan umum. Sedangkan kepentingan sosial menyangkut kehidupan sosial, misalnya pemeliharaan moral.<sup>55</sup>

Kepentingan-kepentingan tersebut terkait erat dengan hak dan kewajiban seseorang di masyarakat. Oleh karena itulah, dalam literatur berbahasa Belanda digunakan istilah *subjectief recht* untuk hak dan *objectief recht* untuk hukum. Dengan demikian, bila ditinjau dari segi etimologis, antara hukum dan hak adalah sama.<sup>56</sup> Dalam literatur berbahasa Inggris seringkali dibedakan antara *legal rights* (hak yang timbul berdasarkan hukum) dan *moral rights* (hak yang timbul dari norma lain).

Para ahli yang berpendapat bahwa hukum merupakan perwujudan keadilan / keadilan inheren di dalam hukum diawali oleh para filsuf penganut hukum alam seperti Aristoteles dan Thomas Aquinas. Menurut mereka, hukum positif sebenarnya merupakan perwujudan dari hukum alam yang harus mengutamakan aspek moralitas dan kehendak Tuhan, sehingga selama hukum positif tersebut sejalan dengan hukum alam, tentu keadilan dan hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan. Esensi aturan hukum adalah pencerminan dari moral. Sehingga yang menentukan apakah suatu aturan itu merupakan aturan hukum atau bukan adalah apakah isi aturan tersebut memancarkan prinsip moral atau tidak. Moral sebagai dasar aturan hukum pertama kali dikemukakan oleh Thomas Aquinas<sup>57</sup> sedangkan yang pertama kali membuat perbedaan yang tegas antara hukum dan moral adalah Immanuel Kant. Menurut Peter Mahmud Marzuki, moral merupakan dasar berpijak hukum dan hukum harus mencerminkan moral.<sup>58</sup>

Sifat abstrak dari keadilan adalah karena keadilan tidak selalu dapat dilahirkan dari rasionalitas, tetapi juga ditentukan oleh atmosfer sosial yang dipengaruhi oleh tata nilai dan norma lain dalam masyarakat. Oleh karena itu keadilan juga memiliki sifat dinamis yang kadang-kadang tidak dapat diwadahi dalam hukum positif. Dalam prakteknya, bila konsep positivisme diterapkan dalam penegakan hukum, hasilnya seringkali jauh dari keadilan, karena hukum positif sering tertinggal dari perkembangan masyarakat dan kemajuan teknologi. Oleh karena

---

<sup>54</sup> Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, diterjemahkan oleh Oetarid Sadino, Jakarta: Pradnya Paramita, 2008, h. 10-11.

<sup>55</sup> Marzuki, *Op.Cit.*, h. 149.

<sup>56</sup> *Ibid*, h. 165.

<sup>57</sup> Marzuki, *Op. Cit.*, h. 59-60, 70-73, 139.

<sup>58</sup> *Ibid*, h. 92-93.



itulah penerapan hukum positif oleh hakim harus memperhatikan nilai-nilai dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat dengan sebaik-baiknya sehingga putusan yang dihasilkan oleh hakim bisa diterima oleh para pihak. Menurut Ronald M. Dworkin, hakim terikat oleh prinsip moral dan harus memutus suatu sengketa dengan mengakui hak-hak institusional seseorang, karena hak-hak individual adalah dasar untuk legalitas.<sup>59</sup>

Indonesia memang menganut sistem hukum *civil law* yang mendasarkan bangunan sistem hukumnya pada peraturan perundang-undangan. Dalam sistem *civil law*, undang-undang merupakan penorma keadilan. Di samping keadilan merupakan dasar dari pembuatan teks hukum, keadilan juga menjadi dasar acuan bagi seorang hakim untuk mengeluarkan putusnya. Hakim secara formal meletakkan dasar pertimbangan hukumnya berdasarkan teks undang-undang (*legal formal*) dan diharapkan bahwa putusan hakim tersebut memenuhi rasa keadilan. Hal ini sesuai dengan asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang terdapat dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman<sup>60</sup> (selanjutnya disebut UU No. 48/2009) yang menyatakan bahwa “Peradilan dilakukan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa””.<sup>61</sup>

### **Perwujudan Keadilan Bagi anak Luar Kawin Melalui Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010**

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012 yang mengubah isi Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974 telah mewujudkan keadilan bagi anak luar kawin, karena putusan itu mengakui pentingnya pemenuhan hak-hak keperdataan bagi anak luar kawin. Dalam melakukan penafsiran atas Pasal 43 ayat (1) UU No. 1/1974, MK berpendapat bahwa “hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan”.<sup>62</sup>

Pendapat dalam pertimbangan MK ini sejalan dengan Konvensi Hak-Hak Anak (*Convention on the Rights of Child*)<sup>63</sup> yang mengatur bahwa “anak akan didaftar segera setelah lahir dan akan mempunyai hak sejak lahir atas nama, hak untuk memperoleh suatu kebangsaan

<sup>59</sup> *Ibid*, h. 146.

<sup>60</sup> UU No. 48/2009.

<sup>61</sup> Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

<sup>62</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang Uji Materiil Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, tertanggal 17 Februari 2012.

<sup>63</sup> Konvensi Hak Anak bermula pada tahun 1979 saat dicanangkannya Tahun Anak Internasional. Saat itu pemerintah Polandia mengajukan usul bagi perumusan suatu dokumen yang meletakkan standar internasional bagi pengakuan terhadap hak-hak anak dan mengikat secara yuridis. Tahun 1989, rancangan Konvensi Hak Anak diselesaikan dan pada tahun itu juga naskah akhir tersebut disahkan dengan suara bulat oleh Majelis Umum PBB tanggal 20 November. Konvensi ini berlaku pada tanggal 2 September 1990 setelah jumlah negara yang meratifikasinya mencapai syarat. Sampai dengan Desember 2008, 193 negara telah meratifikasinya, meliputi keseluruhan negara-negara anggota PBB kecuali Somalia dan Amerika Serikat. Periksa: Supriyadi W. Eddyono, *Pengantar Konvensi Hak Anak, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM Untuk Pengacara X* Jakarta: Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2005, h. 1.



dan sejauh mungkin, hak untuk mengetahui dan diasuh oleh orang tuanya”. Kemudian, Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak<sup>64</sup> (selanjutnya disebut UU No. 23/2002) juga mengatur bahwa “Setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri”.

Prinsip-prinsip dalam perlindungan anak tak lepas dari hak asasi anak yang merupakan bagian dari hak asasi manusia dan termuat dalam UUD 1945 serta Konvensi Hak Anak. Pemerintah Indonesia telah meratifikasi Konvensi Hak Anak dengan mengeluarkan Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tertanggal 25 Agustus 1990 tentang Pengesahan *Convention on the Rights of The Child*. Keberadaan Keppres ini secara yuridis telah mengikat Indonesia sebagai negara peserta (*state party*) dalam Konvensi Hak Anak.<sup>65</sup>

Hak seorang anak luar kawin untuk mengetahui asal-usulnya dan untuk mendapatkan pemeliharaan yang layak merupakan sebuah hak privat yang absolut. Hak-hak kekeluargaan merupakan hak absolut. Hak absolut dapat diberlakukan kepada setiap orang dan memungkinkan pemegangnya untuk melaksanakan apa yang menjadi substansi haknya melalui hubungan dengan orang lain. Hak-hak privat memang timbul karena adanya peristiwa hukum, hubungan hukum dan perbuatan hukum, baik yang menurut hukum maupun yang melanggar hukum. Menurut Hohfeld, apabila seseorang bicara mengenai hak, maka hal itu akan mengacu kepada *right* atau *claim*, yaitu suatu hak untuk menuntut sesuatu.<sup>66</sup>

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tersebut telah memenuhi prinsip-prinsip perlindungan anak dan merupakan pengakuan terhadap hak asasi anak. Bagi anak luar kawin, Putusan MK sudah memenuhi keinginan mereka akan adanya kepastian hukum dan keadilan, serta menjawab rasa ketidakadilan subyektif yang selama ini mereka rasakan. Putusan MK yang memberikan kesempatan untuk menciptakan hubungan perdata antara seorang anak luar kawin dengan ayah biologisnya dapat dikatakan telah memenuhi keadilan komutatif. Keadilan Komutatif (*iustitia commutativa*) yaitu keadilan yang memberikan kepada masing-masing orang apa yang menjadi bagiannya dengan mempersamakan antara prestasi dengan kontraprestasi berdasarkan hak seseorang. Sebagaimana diketahui, seorang anak mempunyai hak untuk mengetahui asal-usulnya dan untuk mendapatkan pemeliharaan dan hak mewaris dari orangtuanya. Keberadaan Putusan MK ini telah memenuhi hak seorang anak luar kawin untuk mendapatkan orangtua yang lengkap, sehingga ia mendapatkan hubungan hukum tidak hanya dengan ibunya, namun juga dengan ayahnya dan keluarga ayahnya.

Di sisi lain, bagi si ibu telah terpenuhi rasa keadilan vindikatif, yaitu keadilan yang memberikan kepada masing-masing orang hukuman atau denda sesuai dengan pelanggaran atau kejahatannya. Pria yang tidak mau bertanggungjawab atas anak yang dihasilkannya mungkin tidak dapat dikenai sanksi pidana, namun secara moral ia telah melakukan pelanggaran.

---

<sup>64</sup> UU No. 23/2000.

<sup>65</sup> Muhammad Joni, Zulchaina Z Tanamas, *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999, h. 58.

<sup>66</sup> Marzuki, *Op. Cit.*, h. 200-205.

Karena itulah, keberadaan putusan MK ini telah melakukan hal yang tepat karena seorang ayah tidak lagi bisa lepas dari tanggung jawab, namun dapat dimintai tanggung jawab dan wajib menanggung konsekuensi atas hasil perbuatannya. Seorang wanita yang selama ini dipaksa untuk menanggung sendiri penghidupan anaknya bila si pria tidak mau bertanggungjawab, kini mempunyai jalan keluar untuk meminta pertanggungjawaban si pria. Hal ini juga sesuai dengan konsep keadilan kompensatoris (*compensatory justice*) sebagaimana yang dikemukakan oleh John Boatright dan Manuel Velasquez,<sup>67</sup> dimana seorang pria yang telah melakukan hubungan seksual di luar perkawinan mempunyai kewajiban moral untuk memberikan kompensasi atas perbuatan yang telah dilakukannya. Bila merujuk pada konsep keadilan legalis, maka isi Putusan MK itu sudah adil selama sudah dituangkan dalam perundang-undangan oleh pejabat yang berwenang. Putusan MK ini juga telah memenuhi unsur keadilan prosedural, karena telah putusan ini dihasilkan melalui proses peradilan yang patut di MK.

Apabila dikaji menurut teori Rawls, yang mengutamakan pada kebebasan yang sama sebesar-besarnya bagi semua orang (*the greatest equal principle*),<sup>68</sup> maka putusan MK ini telah memberikan kebebasan bagi setiap anak, siapapun dia, untuk mengetahui asal-usulnya dan untuk mendapatkan pemeliharaan dari kedua orangtuanya. Di sini juga ada persamaan yang adil atas kesempatan bagi semua anak (*the principle of fair equality of opportunity*),<sup>69</sup> baik anak sah maupun anak luar kawin, untuk mendapatkan pemenuhan hak-haknya sebagaimana yang tercantum dalam Konvensi Hak Anak. Adalah tidak adil mengorbankan hak dari satu atau beberapa orang anak luar kawin karena hal tersebut bertentangan dengan keadilan yang menghendaki prinsip kebebasan yang sama bagi semua orang.

Apabila merujuk pada teori Dworkin, maka bagi si anak kondisi dimana ia dilahirkan sebagai anak luar kawin merupakan *brute luck*<sup>70</sup>, karena kondisi itu terjadi bukan karena pilihan dan keputusan si anak, oleh sebab itu kompensasi layak diberikan bagi anak luar kawin tersebut. Sedangkan bagi si ayah, kondisi dimana ia memiliki anak luar kawin adalah akibat dari pilihan-pilihan hidupnya sendiri. Selanjutnya menurut Dworkin konsep keadilan harus peka terhadap kemungkinan tanggung jawab seseorang yang terjadi akibat pilihan-pilihan hidupnya sendiri.

Perlu diingat bahwa keadilan tidak selalu berarti ada persamaan perlakuan. Hal ini sesuai dengan prinsip yang dikemukakan oleh Aristoteles, bahwa “yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama secara proporsional”. Rawls juga mengizinkan adanya perbedaan, selama perbedaan itu memberikan keuntungan terbesar bagi semua orang, khususnya orang-orang yang kurang beruntung (*the different principle*). Dalam *the different principle*, Rawls mengakui bahwa semua orang tidak dapat menuntut keuntungan yang sama (*equal benefit*), melainkan keuntungan yang sifatnya timbal balik (*reciprocal/mutual benefit*).<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Hernoko, *Op. Cit.*, h. 50.

<sup>68</sup> Rawls, *Op. Cit.*, h. 53.

<sup>69</sup> *Ibid*, h. 88.

<sup>70</sup> Dworkin, *Op. Cit.*, h. 73.

<sup>71</sup> Rawls, *Op. Cit.*, h. 88.

Pendapat Rawls tersebut disempurnakan oleh Dworkin, yang menganggap bahwa perbedaan perlakuan dimungkinkan sebagai konsekuensi dari pilihan-pilihan hidup seseorang.<sup>72</sup> Dalam hal ini, tentu tidak mungkin antara anak sah dan anak luar kawin mendapatkan hak yang sama persis. Keadilan pada dasarnya bertujuan memberikan pada setiap orang apa yang menjadi haknya. Sesuai dengan prinsip keadilan distributif yang memberikan kepada masing-masing orang bagiannya secara proporsional, maka sudah sepantasnya bagian warisan dan pembiayaan yang diterima oleh seorang anak luar kawin berbeda dengan bagian yang diterima oleh seorang anak sah. Meskipun si anak luar kawin itu sendiri tidak bersalah, namun ia tetap harus menanggung konsekuensi akibat perbuatan orangtuanya yang menghasilkan anak melalui hubungan yang tidak dibingkai oleh perkawinan yang sah.

### Kesimpulan

Keberadaan Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 telah memberikan keadilan dan kepastian hukum bagi seorang anak luar kawin yang selama ini tidak dapat mempunyai hubungan hukum dengan ayah biologisnya. Dari sisi keadilan, putusan MK ini memenuhi rasa keadilan legalis, prosedural, komutatif, vindikatif dan kompensatoris. Konsep keadilan komutatif yang memberikan kepada masing-masing orang apa yang menjadi haknya telah dipenuhi oleh putusan ini, yaitu memberikan hak seorang anak luar kawin atas status hukum yang jelas, pemeliharaan dan hak mewaris dari ayah biologisnya.

Bila merujuk pada teori keadilan distributif, maka perlu dibedakan besar hak yang diterima antara seorang anak luar kawin dengan anak sah; dan perlu dibedakan pula antara anak luar kawin hasil zinah dan sumbang dengan anak luar kawin biasa. Dengan adanya pembedaan itu maka rasa keadilan bagi istri dan anak sah akan terpenuhi, karena meskipun hak mereka terganggu dengan kemunculan anak luar kawin, namun tetap ada perbedaan pada hak yang diterima. Hal ini sesuai dengan apa yang dikemukakan oleh Aristoteles, bahwa “yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama secara proporsional”.

### Daftar Bacaan

#### Buku

Algra, N.E, Gokkel, H.R.W, *et.al*, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae Belanda Indonesia*, diterjemahkan oleh Saleh Adiwinata *et.al.*, Binacipta 1983.

Apeldoorn, L.J.van, *Pengantar Ilmu Hukum*, diterjemahkan oleh Oetarid Sadino, Pradnya Paramita, 2008.

Darmodiharjo, Darji, Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, edisi revisi, Jakarta:Gramedia Pustaka Utama 2006.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

<sup>72</sup> Dworkin, *Op. Cit.*, h. 73.

- , *Sovereign Virtue, The Theory And Practice Of Equality*, Harvard University Press 2000.
- Hernoko, Agus Yudha, *Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial* Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah* Cetakan Kedelapan, Kanisius, 1995.
- Hutchinson, Terry, *Researching And Writing In Law*, Third Edition, Thomson Reuters Professional, 2010.
- Joni, Muhammad; Tanamas, Zulchaina Z, *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.
- Juni, Efran Helmi, *Filsafat Hukum*, Pustaka Setia, 2012.
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum* Cetakan Keenam, Jakarta: Kencana Prenada Media Group 2010.
- , *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Keenam, Jakarta: Kencana Prenada Media Group 2009.
- MKRI, KRHN, *Cetak Biru Membangun Mahkamah Konstitusi Sebagai Institusi Peradilan Konstitusi Yang Modern Dan Terpercaya*, Yayasan Tifa, 2004.
- Prasetyo, Dossy Iskandar, Tanya, Bernard L, *Hukum Etika & Kekuasaan*, Genta Publishing, 2011.
- Prawirohamidjojo, R.Soetojo, *Pluralisme Dalam Perundang-undangan Perkawinan Di Indonesia*, Surabaya: Airlangga University Press, 1988.
- , Pohan, Marthalena, *Hukum Orang Dan Keluarga*, Surabaya, Airlangga University Press, 1991.
- Prinst, Darwan, *Hukum Anak Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2003.
- Rawls, John, *A Theory Of Justice*, Revised Edition, The Belknap Press Of Harvard University Press, 1999.
- Rofiq, Ahmad, *Hukum Islam Di Indonesia*, RajaGrafindo Persada, 2003.
- Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Cetakan Ketiga Puluh Tiga, Intermasa, 2008.
- Thomson Reuters, Bryan A Garner, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, Westlaw International, 2009.

Eddyono, Supriyadi W, *Pengantar Konvensi Hak Anak, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM Untuk Pengacara X*, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2005.

### **Makalah**

Parness, Jeffrey A. and Townsend, Zachary, "Legal Paternity (And Other Parenthood) After Lehr And Michael H", *Law Review*, University of Toledo, 2012.

Forder, Caroline dan Saarloos, Kees, "The Establishment of Parenthood, a Story of Successful Convergence?", *Faculty of Law, Universiteit Maastricht Working Papers*, 2012.

### **Peraturan Perundang-undangan**

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3019).

Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 165 Tahun 1999 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886).

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 109, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4235).

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 124, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4674).

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 157 Tahun 2009 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076)

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 82 Tahun 2011 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5234).