

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Tinjauan Umum Anak

1. Pengertian Anak dalam Hukum Positif Dan Hukum Islam

Pengertian mengenai anak zina dapat ditemui pada pasal 284 KUHPerdara yang menjelaskan bahwa seorang pria yang telah kawin melakukan mukah (overspel) padahal diketahuinya bahwa pasal 27 KUHPerdara berlaku baginya dan seorang wanita yang telah kawin melakukan mukah (overspel) padahal diketahuinya pasal 27 KUHPerdara berlaku baginya. Sehingga menurut hukum barat seorang anak baru dapat dikategorikan sebagai anak zina jika anak tersebut lahir dari hubungan suami istri yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang perempuan atau keduanya sedang terikat perkawinan dengan yang lain.⁶

Anak zina merupakan anak dalam kelompok atau golongan yang paling rendah kedudukannya dibandingkan dengan kelompok atau golongan anak yang lain. Berdasarkan ketentuan dalam KUHPerdara bahwa anak zina bersama-sama dengan anak sumbang tidak dapat diakui oleh orang tua biologisnya, sehingga secara hukum (yuridis) seorang anak yang dilahirkan dari perzinaan tidak akan memiliki ayah maupun ibu dan oleh karena itu seorang anak zina tidak akan memiliki hak keperdataan apa-apa dari orang tua biologisnya kecuali sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 867 ayat (2) KUHPerdara, yaitu sebatas hak untuk mendapatkan nafkah hidup seperlunya berdasarkan kemampuan orang tua biologisnya dan setelah memperhitungkan jumlah dan keadaan para ahli waris yang sah menurut Undang-Undang.⁷

⁶ Siska Lis Sulistiani, *Kedudukan Hukum Anak Hasil Perkawinan Beda Agama Menurut Hukum Positif Dan Hukum Islam*, (Bandung: Pt Refika Aditama, 2015), 21.

⁷ D.Y. Witanto, *Hukum Keluarga (Hak Dan Kedudukan Anak Luar Kawin)*, (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2012), 40.

Adapun dalam praktik hukum perdata di Indonesia atau pengertian anak luar kawin ada dua macam, yaitu :

- (1) apabila orang tua salah satu keduanya masih terikat dengan perkawinan lain, kemudian mereka melakukan hubungan seksual dengan wanita atau pria lain yang mengakibatkan hamil dan melahirkan anak, maka anak tersebut dinamakan anak zina, bukan anak luar kawin,
- (2) Apabila orang tua anak luar kawin itu masih sama-sama bujang, mereka mengadakan hubungan sexual dan hamil serta melahirkan anak, maka anak itu disebut anak diluar nikah.

Beda keduanya adalah anak zina tidak dapat diakui oleh orang tua biologisnya, sedangkan anak diluar kawin, sedangkan anak diluar nikah dapat diakui orang tua biologisnya apabila mereka menikah, dalam akta perkawinan dapat di cantumkan pengakuan di pinggir akta perkwaninannya.⁸

Sedangkan dalam hukum Islam anak zina merupakan anak yang lahir dari hubungan perkawinan yang tidak sah. Akibat yang di dapat oleh anak hasil zina adalah anak zina tidak dianggap sebagai anak dari laki-laki yang telah menyebabkan anak tersebut lahir atau yang telah menggauli ibunya, walaupun laki-laki tersebut kelak menikahi ibunya. Anak yang lahir disebabkan hubungan tanpa nikah disebut dengan walad ghairu shar'i (anak tidak sah).⁹

Pembicaraan tentang anak hasil zina atau biasa disebut anak luar kawin dalam konsepsi hukum Islam tidak bisa dipungkiri bahwa pada akhirnya akan masuk pada pembicaraan tentang perzinaan karena kelahiran anak luar kawin dalam konsep hukum Islam pasti akan didahului oleh adanya perbuatan zina, kecuali anak luar kawin dalam kategori shubhat karena perbuatan zina menurut hukum Islam

⁸ KUHPperdata, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, cet-II (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2008), 74.

⁹ Amin Husein Nasution, *Hukum Kewarisan*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2012), 189.

termasuk bagi mereka yang telah/ pernah menikah maupun bagi mereka yang sama sekali belum pernah melangsungkan-pernikahan.¹⁰

Anak dapat disebut sebagai anak hasil zina atau anak luar kawin jika anak yang dilahirkan tersebut lahir dari seorang perempuan, sedangkan perempuan tersebut tidak berada dalam suatu ikatan perkawinan yang sah dengan pria yang menyetubuhinya. Sedangkan pengertian di luar nikah adalah hubungan biologis oleh seorang pria dengan seorang wanita yang dapat melahirkan keturunan, dan hubungan mereka tidak dalam ikatan perkawinan yang sah menurut hukum positif maupun agama yang dianutnya.¹¹

Menurut Pasal 284 KUHP jo Pasal 27 KUHP data seseorang dapat dikatakan telah berbuat zina jika salah seorang atau keduanya sedang terikat oleh perkawinan dengan yang lain, sehingga ikatan perkawinan merupakan unsur yang menentukan seseorang dapat dikatakan melakukan zina atau tidak. Hal ini sangat berbeda dengan konsep zina menurut hukum Islam. Berdasarkan terminologi Islam perbuatan zina tidak hanya ditentukan oleh keadaan bahwa si laki-laki atau si perempuan sedang berstatus menikah dengan perempuan atau laki-laki lain, namun setiap hubungan suami isteri yang dilakukan oleh pasangan yang tidak sedang dalam ikatan perkawinan terlepas apakah ia sedang dalam status menikah maupun mereka masih berstatus perjaka dan gadis, tetap akan dianggap sebagai perbuatan zina.¹²

2. Kedudukan Anak Zina Dalam Hukum Islam

Ulama salaf dan khalaf berpendapat mengenai anak hasil zina, bahwa anak yang dilahirkan sebagai akibat dari hasil hubungan tidak sah atau di luar pernikahan secara syar'i maka sudah pasti ditetapkan bahwa lelaki yang menjadi ayahnya itu tidak boleh

¹⁰D.Y. Witanto, *Hukum Keluarga...*,70.

¹¹ Gatot Supramono, *Segi-Segi Hukum Hubungan Luar Nikah*, (Jakarta: Djambatan, 1998), 18.

¹²D.Y. Witanto, *Hukum Keluarga...*, 71-72.

menjelaskan bahwa anak itu adalah anaknya dari hasil hubungan zina. Di antara para ulama itu adalah Urwah bin Zubair, Hasan Al-Bashri, Ibnu sirrin, Ibrahim An-Nakha'i, Ishaq bin Rahawiyah, Imam Ahmad, dan Ibnu Taimiyah¹³ Berdasar hadist:

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ كَمَا تُنْتَجِجُ الْإِبِلُ مِنَ بَهِيمَةِ جَمْعَاءَ هَلْ تُحْسُ فِيهَا مِنْ جَدْعَاءَ

Artinya :

“Dari Abu Hurairah RA, ia berkata : Rasulullah SAW bersabda, Setiap anak yang lahir, dia terlahir atas fitrah, maka tergantung kedua orang tuanya yang menjadikan dia orang Yahudi, Nasrani, seperti binatang ternak yang dilahirkan dengan sempurna, apakah kamu mengharap kelahiran yang tidak sempurna anggota badannya?”¹⁴

Demikianlah pendapat mereka, sekalipun terdapat juga perbedaan pandangan dari kebanyakan para ahli fikih, namun tujuan akhirnya adalah untuk menegakkan kemaslahatan terhadap anak dan masyarakat. Akan sangat baguslah kejadiannya bila anak mendapat nasab dari ayahnya. Karena dengan demikian dia bisa di didik dan dilindungi perkaranya. Bila keadaan anak itu tanpa ayah maka jiwanya akan tertekan dan merasa terkucil. Bisa jadi kemudian dia menanggung malu, dan sebagai pelampiasannya dia akan mudah untuk menjadi penjahat di dalam kehidupan di tengah masyarakat.¹⁵

Dari penejelasan di atas peneliti menyimpulkan bahwa anak hasil dari pernikahan yang tidak sah masih bisa mendapatkan nasab ayah kandungnya dengan tujuan demi kemaslahatan si anak. Hanya saja yang

¹³ Abu Hadian Shafiyarrahman, *Hak-Hak Anak Dalam Syariat Islam*, (Yogyakarta: Al-Manar, 2003), 55.

¹⁴ Imam Malik Bin Anas, *Al-MuwatTA'*, (Beirut: Dar Al-Fikr, 179), 146.

¹⁵ *Ibid.*, 56.

perlu digaris bawahi hal tersebut berlaku jika pernikahan tidak sah tersebut terdapat subhat di dalamnya.

Kedudukan anak menurut hukum Islam sebagaimana yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam pada prinsipnya memiliki pandangan yang sama dengan Undang-Undang perkawinan, karena pasal 100 Kompilasi Hukum Islam mengandung rumusan yang tidak berbeda dengan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan sebelum direvisi, dimana seorang anak luar kawin hanya memiliki hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya.¹⁶

Menurut hukum Islam, anak luar kawin (anak hasil zina) tidak dapat diakui oleh bapaknya (bapak biologisnya). Anak-anak tersebut hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibunya. Berdasarkan hadis Rasulullah SAW, sebagaimana dikutip oleh Neng Djuabedah dari kitab Al-Fara'id yang ditulis oleh A. Hassan bahwa antara anak hasil zina dengan ayah biologisnya beserta keluarganya tidak terjadi hubungan keperdataan, karena itu di antara mereka tidak dapat saling mewaris. Ketentuan tersebut menurut Neng Djubaeda berdasarkan sunnah Rasulullah SAW. Yang diriwayatkan Jamaah dari Ibnu Umar, bahwa seorang laki-laki yang menuduh istrinya melakukan zina dan ia tidak mengakui anak yang dilahirkan istrinya, maka Rasulullah memisahkan di antara keduanya, dan menghubungkan anak tersebut dengan ibunya.¹⁷

عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ وَأَنْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمَا وَالْحَقَّ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ

¹⁶ Asyhari Abdul Ghoffar, *Islam Dan Problematika Sosial Sekitar Pergaulan Muda-Mudi*, (Jakarta: Akademika Pressindo, 2000), 84.

¹⁷ Neng Djubaedah, *Perzinaan Dalam Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia Ditinjau Dari Hukum Islam*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), 58.

Artinya:

“Dari Nafi’ dari Ibnu Umar, bahwasanya ada seorang laki-laki yang menuduh istrinya berzina lalu berbuat li’an dan ia tidak mengakui anak yang dilahirkan istrinya, kemudian Rasulullah SAW. memisahkan antara keduanya dan menghubungkan anak tersebut kepada ibunya.”

Menurut ajaran Islam itu sendiri, memang mengenal pengakuan anak, tetapi dengan syarat-syarat tertentu, dan bukan untuk dilakukan pengakuan terhadap anak hasil zina. Kedudukan anak hasil zina secara tegas ditentukan dalam hadis Rasulullah SAW. Bahwa ia mempunyai hubungan nasab dengan ibunya saja. Sedangkan anak hasil perkawinan yang sah, teramat jelas pula bahwa ia atau mereka merupakan anak yang mempunyai hubungan nasab dengan kedua orang tuanya, yaitu ibunya dan ayahnya beserta keluarga dari kedua orang tuanya.¹⁸

Syarat-syarat pengakuan anak menurut hukum Islam, sebagai berikut:

- a. Orang yang diakui sebagai anak serupa dengan orang yang mengakui
- b. Orang yang diakui sebagai anak tidak diketahui nasabnya sebelum adanya pengakuan
- c. Orang yang diakui membenarkan pengakuan, jika pengaku memang orang yang pantas untuk itu
- d. Orang yang mengakui tidak mengatakan bahwa sebab pengakuan itu karena zina

Menurut syarat-syarat tersebut jelas bahwa ajaran Islam mengenal lembaga pengakuan terhadap anak hasil perkawinan yang sah, tetapi menurut Neng Djubaedah tidak mengenal pengakuan anak yang dibuahkan dari hasil hubungan seksual di luar perkawinan yang sah, atau anak yang lahir di luar hubungan perkawinan yang sah, karena

¹⁸ Ibid., 364.

Islam telah secara tegas menentukan hubungan hukum antara anak hasil zina atau anak hasil hubungan di luar nikah adalah hanya dengan ibunya dan keluarga ibunya saja.¹⁹

Kedudukan anak luar kawin dalam konsepsi Islam harus dilihat secara menyeluruh, tidak hanya terbatas pada perbuatan yang dilakukan oleh kedua orang tuanya. Tidak ada seorangpun yang dapat menyangkal bahwa perbuatan zina (persetubuhan tanpa ada ikatan perkawinan) merupakan sebuah dosa besar, namun anak yang dilahirkan dari perbuatan tersebut tidaklah sepantasnya juga harus menerima hukuman atas dosa yang dilakukan oleh kedua orang tuanya.

Islam adalah agama rahmatan lil'alamin yang artinya agama yang memberikan rahmat kepada seluruh umat manusia di dunia. Walaupun Islam sangat tegas terhadap perbuatan zina yang dibuktikan dengan adanya ancaman pidana mati (rajam) bagi orang yang melakukan zina muhsan, namun bukan berarti anak yang lahir dari perbuatan tersebut disejajarkan kedudukannya dengan orang tua yang melakukan perbuatan zina. Setiap anak memiliki hak yang sama di hadapan Tuhan, Negara dan hukum. Memberikan pembatasan terhadap hak-hak yang seharusnya dimiliki oleh setiap manusia bukan hanya akan melanggar konstitusi, namun juga telah bertentangan dengan kodrat manusia yang telah diberikan oleh Tuhan sebagai makhluk yang memiliki kedudukan yang sama di hadapan Sang Pencipta. Artinya walaupun secara Islam anak luar kawin tidak memiliki hubungan nasab dengan ayah biologisnya bukan berarti bahwa ayah biologis sama sekali tidak memiliki kewajiban secara kemanusiaan terhadap anak hasil dari benih yang ditanamnya.²⁰

3. Kedudukan Anak Zina Dalam Hukum Positif

Di dalam undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan kedudukan seorang anak di atur dalam bab IX tentang kedudukan

¹⁹ Ibid., 365.

²⁰ Ibid., 88.

anak pasal 42-44.

Pasal 42 “anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah”

Pasal 43 “(1) anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. (2) kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah”

Pasal 44 “(1) seorang suami dapat menyangkal sahnyanya anak yang dilahirkan oleh istrinya telah berbuat zina dan anak itu akibat daripada perzinaan tersebut. (2) pengadilan memberikan keputusan tentang sah/tidaknya anak atas permintaan pihak yang berkepentingan.”

Dalam pasal 280 KUHPperdata disebutkan bahwa dengan pengakuan yang dilakukan terhadap seorang anak luar nikah, timbulah hubungan perdata antara anak dan bapak atau ibunya. Dengan demikian pada dasarnya anak luar nikah dengan ayah biologisnya tidak terdapat suatu hubungan hukum. Hubungan hukum itu baru akan terjadi apabila ayah tersebut memberikan pengakuan bahwa anak luar nikah itu adalah anaknya. Untuk selanjutnya status anak luar nikah yang mendapatkan pengakuan ini menjadi anak luar nikah yang diakui. Namun mengenai hubungan hukum anak luar nikah yang di akui dengan orang tuanya ini telah diatur lebih lanjut melalui pasal 43 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974. Pasal tersebut menyatakan bahwa seorang anak yang dilahirkan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya.

Dengan demikian seorang anak luar nikah otomatis mempunyai hubungan hukum dengan ibu dan keluarga ibunya tanpa harus dilakukan pengakuan terlebih dahulu sebagaimana hanya ditentukan dalam Pasal 280 KUHPperdata. Akan tetapi pengakuan seperti yang ditentukan dalam pasal 280 KUHPperdata itu tetap diperlukan untuk menciptakan hubungan hukum antara anak luar nikah dengan ayahnya. Hal inilah yang merupakan salah satu hal yang

membedakan kedudukan hukum antara anak luar nikah dengan anak sah. Tidak seperti anak luar nikah, anak sah demi hukum mempunyai hubungan hukum dengan kedua orang tuanya tanpa perlu adanya pengakuan terlebih dahulu.

Dalam pasal 43 ayat (2) menyebutkan bahwa kedudukan anak dalam ayat (1) selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah tersendiri, namun sampai dengan saat ini pemerintah belum juga mengeluarkan peraturan pemerintah tentang kedudukan anak luar kawin sedangkan PP No. 9 Tahun 1975 tentang pelaksanaan UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan tidak mengatur tentang kedudukan anak luar kawin, sehingga sampai sekarang persoalan yang membahas tentang kedudukan anak luar kawin pengaturannya masih terkatung-katung karena dalam pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan hanya menyebutkan tentang hubungan keperdataannya saja sedangkan terhadap hak-haknya yang harus dilindungi sebagai seorang manusia tidak mendapat pengaturan yang jelas dan terperinci.

Kemudian muncul putusan mahkamah konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 yang merevisi pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Taun 1945 yang menyatakan bahwa "*anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/ atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya*". Peneliti menyimpulkan bahwa kedudukan anak luar nikah dalam hukum positif memiliki kedudukan yang sama dengan anak sah, selagi ayah biologisnya mengakui dan dapat dibuktikan dengan alat bukti yang menurut hukum mempunyai hubungan darah dengan ayah biologisnya.

B. Tinjauan Umum Hakim

1. Pengertian Hakim

Hakim pengadilan adalah pejabat yang melakukan tugas kekuasaan

kehakiman.²¹ Hakim adalah seseorang yang diberi wewenang untuk melaksanakan kekuasaan kehakiman di Pengadilan, baik Pengadilan Agama maupun Pengadilan Umum. Berdasarkan Undang-Undang No. 4 tahun 2004 bahwa “Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan, yang hidup dalam masyarakat”.²²

2. Tugas dan Wewenang Hakim

Pada dasarnya tugas hakim adalah memberi keputusan dalam setiap perkara atau konflik yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum dari perilaku serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara, sehingga untuk dapat menyelesaikan perselisihan atau konflik secara imparial berdasarkan hukum yang berlaku, maka hakim harus selalu mandiri dan bebas dari pengaruh pihak manapun, terutama dalam mengambil suatu keputusan. Adapun pengertian mengadili itu adalah serangkaian tindakan hakim untuk menerima, memeriksa dan memutus suatu perkara berdasarkan asas bebas, jujur, dan tidak memihak di sidang pengadilan.

Secara umum, putusan hakim dapat mengalihkan hak kepemilikan yang berada pada seseorang, mencabut kebebasan warga negara menyatakan tidak sah tindakan sewenang-wenang pemerintah terhadap masyarakat, memerintahkan instansi penegak hukum lain untuk memasukkan orang ke penjara, sampai dengan memerintahkan penghilangan hidup dari seorang pelaku tindak pidana. Dalam putusan hakim harus mempertimbangkan segala aspek yang bersifat yuridis, sosiologis, dan filosofis, sehingga keadilan yang ingin dicapai diwujudkan, dan dipertanggungjawabkan dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (legal justice), keadilan masyarakat (sosial justice), dan keadilan moral (moral justice).²³

²¹ Pasal 11 Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Pengadilan Agama.

²² Pasal 28 Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

²³ Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), 3.

3. Pertimbangan Hakim

Pertimbangan hakim merupakan salah satu aspek terpenting dalam menentukan terwujudnya nilai dari suatu putusan hakim yang mengandung keadilan (*ex aequo et bono*) dan mengandung kepastian hukum, di samping itu juga mengandung manfaat bagi para pihak yang bersangkutan sehingga pertimbangan hakim ini harus disikapi dengan teliti, baik, dan cermat. Apabila pertimbangan hakim tidak teliti, baik, dan cermat, maka putusan hakim yang berasal dari pertimbangan hakim tersebut akan dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Mahkamah Agung.²⁴

Dalam pemeriksaan suatu perkara juga memerlukan adanya pembuktian, dimana hasil dari pembuktian itu akan digunakan sebagai bahan pertimbangan dalam memutus perkara. Pembuktian merupakan tahap yang paling penting dalam pemeriksaan di persidangan. Pembuktian bertujuan untuk memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa / fakta yang diajukan itu benar-benar terjadi, guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Hakim tidak dapat menjatuhkan suatu putusan sebelum nyata baginya bahwa peristiwa / fakta tersebut benar-benar terjadi, yakni dibuktikan kebenarannya, sehingga nampak adanya hubungan hukum antara para pihak.²⁵

Selain itu, pada hakikatnya pertimbangan hakim hendaknya juga memuat tentang hal-hal sebagai berikut:

- a. Pokok persoalan dan hal-hal yang diakui atau dalil-dalil yang tidak disangkal.
- b. Adanya analisis secara yuridis terhadap putusan segala aspek menyangkut semua fakta / hal-hal yang terbukti dalam persidangan.
- c. Adanya semua bagian dari petitum Penggugat harus

²⁴ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*, Cet V, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), 140

²⁵ *Ibid.*, 141.

dipertimbangkan / diadili secara satu demi satu sehingga hakim dapat menarik kesimpulan tentang terbukti / tidaknya dan dapat dikabulkan / tidaknya tuntutan tersebut dalam amar putusan.

Penalaran hukum bagi positivisme selalu menitik beratkan pada pencapaian kepastian hukum. Berdasarkan pasal 1 Undang-Undang No 48 Tahun 2009 hakim Indonesia berkewajiban menegakkan hukum dan keadilan. Hakim wajib mengadili menurut hukum sekaligus wajib menggali nilai-nilai hukum sesuai rasa keadilan masyarakat.²⁶ Hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih norma hukumnya tidak jelas atau terjadi kekosongan norma positif. Dengan sikap kemandirian hakim, negara telah memberikan wewenang memeriksa dan mengadili, termasuk wewenang *judicial discretion* demi nilai kemanfaatan dan keadilan. Negara hukum Indonesia menghendaki menegakkan hukum dan keadilan, sehingga kepastian hukum dan keadilan harus menjadi produk putusan hakim.²⁷

Pengadilan yang sehari-harinya bertugas menerima, memeriksa, dan mengadili serta menyelesaikan perkara dari berbagai kasus yang diajukan dan tidak boleh menolak untuk mengadili perkara tersebut. Dalam kondisi seperti ini, hakim harus menerapkan hukum dan keadilan. Hakim menerapkan dua macam aturan, yaitu:²⁸

1. Hukum formal, yaitu ketentuan yang mengatur tentang cara memeriksa dan mengadili suatu perkara. Dalam perkara perdata hakim wajib mematuhi ketentuan hukum acara perdata yang ada dan ketentuan hukum acara lainnya, sebab dalam menjalankan hukum acara yakni dalam rangka mewujudkan keadilan prosedural. Keadilan prosedural tersebut penting untuk menjaga kepastian hukum. Dalam kepastian hukum, maka keadilan akan

²⁶ Syarif Mappiasse, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, (Jakarta: Kencana, 2017), 133

²⁷ Ibid., 134

²⁸ Ibid., 136

terjamin. Misalnya mendengar kedua belah pihak dipersidangan sesuai asas *audi et alteram partem*, memberikan hak seluas-luasnya kepada kedua belah pihak untuk membuktikan dalil-dalilnya secara berimbang. Dalam mengajukan upaya hukum ada tenggang waktu yang tidak boleh dilewati. Hal ini dimaksudkan untuk menjaga kepastian hukum demi keadilan;

2. Hukum materiel, yaitu hukum yang mengatur akibat hukum dari suatu hubungan hukum atau suatu peristiwa hukum. Hukum materiel dimaksudkan untuk mewujudkan keadilan substansial, baik tertulis maupun tidak tertulis yang bersumber dari kesadaran hukum masyarakat. Hakim dalam menerapkan hukum materiel dibekali pengetahuan umum hukum seperti interpretasi, argumentasi analogi, *a contrario* dan penghalusan hukum, teori-teori hukum dan filsafat hukum. Hakim tidak boleh gegabah meyimpangi ketentuan hukum formal meskipun dengan alasan demi keadilan, sebab keadilan itu sangat relatif sifatnya.

Putusan yang mendekati keadilan tentu bukan putusan yang penalaran hukumnya hanya menempatkan hakim sebagai mulut atau corong Undang-Undang. Kita dapat menilai putusan yang berkualitas yang argumentasinya dapat memulihkan kepercayaan masyarakat. Hakimnya tidak hanya membaca teks, tetapi berusaha menembus apa yang ada dibalik teks, berdialog dengan konteks seraya melibatkan kepekaan nuraninya.²⁹

Ada beberapa alasan yang memberi peluang agar hakim dapat berkreasi melakukan penemuan hukum atau penciptaan hukum:³⁰

1. Hakim tidak terikat pada sistem preseden;
2. Hakim wajib mengadili seluruh bagian gugatan;
3. Hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili

²⁹Ibid., 137.

³⁰Ibid., 141.

suatu kasus dengan alasan undang-undangnya tidak jelas atau tidak ada sama sekali, tetapi wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

3. Dasar Pertimbangan Hakim

Dasar hakim dalam menjatuhkan putusan pengadilan perlu didasarkan kepada teori dan hasil penelitian yang saling berkaitan sehingga didapatkan hasil penelitian yang maksimal dan seimbang dalam tataran teori dan praktek. Salah satu usaha untuk mencapai kepastian hukum kehakiman, di mana hakim merupakan aparat penegak hukum melalui putusnya dapat menjadi tolak ukur tercapainya suatu kepastian hukum.

Pokok kekuasaan kehakiman diatur dalam Undang-undang Dasar 1945 Bab IX Pasal 24 dan Pasal 25 serta di dalam Undang-undang Nomor 48 tahun 2009. Undang-undang Dasar 1945 menjamin adanya sesuatu kekuasaan kehakiman yang bebas. Hal ini tegas dicantumkan dalam Pasal 24 terutama dalam penjelasan Pasal 24 ayat 1 dan penjelasan Pasal 1 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009, yaitu kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Negara Republik Indonesia tahun 1945 demiterselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.³¹

Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka dalam ketentuan ini mengandung pengertian bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan ekstra yudisial, kecuali hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-undang Dasar 1945. Kebebasan dalam melaksanakan wewenang yudisial bersifat tidak mutlak karena tugas hakim adalah menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, sehingga putusnya mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia. Kemudian Pasal 24

³¹ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*, 142

ayat (2) menegaskan bahwa: kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah mahkamah konstitusi.³²

Kebebasan hakim perlu pula dipaparkan posisi hakim yang tidak memihak (*impartial judge*) Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009. Istilah tidak memihak di sini haruslah tidak harfiah, karena dalam menjatuhkan putusannya hakim harus memihak yang benar. Dalam hal ini tidak diartikan tidak berat sebelah dalam pertimbangan dan penilaiannya. Lebih tepatnya perumusan UU No. 48 Tahun 2009 Pasal 5 ayat (1): “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”³³

Seorang hakim dalam menemukan hukumnya diperbolehkan untuk bercermin pada yurisprudensil dan pendapat para ahli hukum terkenal (*doktrin*). Hakim dalam memberikan putusan tidak hanya berdasarkan pada nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, hal ini dijelaskan dalam Pasal 28 ayat (1) UU No. 40 tahun 2009 yaitu: “Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat”.

4. Pertimbangan Hakim Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010

Permohonan para pemohon pada intinya menganggap bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 2 ayat (2) yang menyatakan, “*tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*” dan Pasal 43 ayat (1) yang menyatakan, “*anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan ibunya*”, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28B ayat (1)

³² Andi Hamzah, *KUHP Dan KUHP*, (Jakarta, Rineka Cipta, 1996), 94

³³ *Ibid.*, 95

yang menyatakan, “*setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah*” dan ayat (2) yang menyatakan, “*setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi*”, serta Pasal 28D ayat (1) yang menyatakan, “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*”.³⁴

Hal pertama yang menjadi perhatian Majelis Hakim Konstitusi dalam menimbang permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (legal meaning) frasa “yang dilahirkan di luar perkawinan”. Dalam kalimat selanjutnya diperoleh keterangan, “untuk memperoleh jawaban dalam prespektif yang lebih luas perlu dijawab pula permasalahan terkait, yaitu permasalahan tentang sahnya anak”.

Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supermasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Pengakuan normatif mengenai supermasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau konstitusi³⁵. Maka dengan itu makna yang terkandung dalam frasa “yang dilahirkan di luar perkawinan”, merujuk pada tentang kedudukan anak di luar perkawinan, yang pada umumnya membahas permasalahan status keperdataan anak. Pasal 42 UU No. 1/1974 memberikan pengertian bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam

³⁴ Ahmad Marachul Bachrain, *Analisis Putusan Mahkamah konstitusi No. 46/Puu-Viii/2010 Tentang Anak Diluar Nikah*, Jurnal Hukum Keluarga Islam, Volume 1, No. 1 (Januari-Juni), 2016, Hal 139.

³⁵ Jimlie Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), Hal 127.

atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Kemudian Pasal 2 ayat (1) UU No. 1/1974 menjelaskan, bahwa “*perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu*” dan pasal 2 ayat (2) UU No. 1/1974 menyatakan, “*tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku*”.³⁶

Merujuk pada pertimbangan Majelis Hakim Konstitusi mengenai pencatatan perkawinan bahwa, pokok permasalahan hukum mengenai pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan adalah mengenai makna hukum (legal meaning) pencatatan perkawinan. Mengenai permasalahan tersebut, Penjelasan Umum angka 4 huruf b UU No. 1/1974 tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan menyatakan: “... *bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.*”

Berdasarkan penjelasan UU No. 1/1974 di atas nyatalah bahwa (i) pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnyanya perkawinan; (ii) pencatatan merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan.³⁷

Pada uraian selanjutnya, Majelis Hakim Konstitusi memandang bahwa, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak, tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan dengan ibunya, akan

³⁶ Ahmad Marachul Bachrain, *Analisis Putusan Mahkamah konstitusi No. 46/Puu-Viii/2010 Tentang Anak Diluar Nikah*, Jurnal Hukum Keluarga Islam, Volume 1, No. 1 (Januari-Juni), 2016, Hal 140

³⁷ *Ibid.*, Hal 141.

tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak.

Hal ini berlandaskan, karena menurut majelis Hakim Konstitusi, *“akibat hukum dari peristiwa kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subjek hukumnya meliputi anak, ibu dan bapak”*. Maka tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan ibunya dan membebaskan laki-laki yang menggauli ibunya dari tanggung jawab seorang bapak serta meniadakan hak-hak anak terhadap laki-laki tersebut.³⁸

Pertimbangan Majelis Hakim Konstitusi berikutnya adalah berkaitan tentang eksistensi seorang anak. Anak yang dilahirkan pada dasarnya tidak patut untuk dirugikan dengan tidak terpenuhinya hak-haknya, karena kelahirannya di luar kehendaknya. Mengenai hal ini Pasal 2 KUH Perdata menjelaskan bahwa, *“anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan dianggap telah dilahirkan, bilamana juga kepentingan si anak menghendaki”*. Jelaslah bahwa seorang anak, walaupun dalam kondisi janin, mempunyai hak-hak keperdataan yang harus dipenuhi.³⁹

³⁸ Ibid., Hal 141.

³⁹ Ibid., Hal 142.