

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA DAN LANDASAN TEORI

A. Tinjauan Pustaka

Perkembangan ilmu hukum tentang putusnya perkawinan dan akibat-akibatnya didominasi oleh penelitian-penelitian tentang putusnya perkawinan karena perceraian dan sangat jarang yang mengekspos tentang putusnya perkawinan karena kematian atau pembatalan perkawinan. Dari telusur pustaka maka dapat diketahui bahwa di Negara Eropa khususnya di Italia, bahwa sebelum tahun 2006, kebiasaan dalam hal terjadi perceraian adalah menyerahkan hak asuh anak kepada pihak ibu.¹

Kebiasaan tersebut juga berlaku di Negara-negara Muslim (Algeria, Bahrain, Mesir, Irak, Yordania, Kuwait, Libya, Mauritania, Moroko, Oman, Palestina, Qatar, Saudi Arabia, Tunisia, UAE, Yaman, Bangladesh, Brunei, Iran, Malaysia, Maldives, Pakistan, Afghanistan, Somalia, Indonesia, Nigeria, Bosnia-Herzegovina, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turki, Turkmenistan, Uzbekistan, Albania dan Azerbaijan) namun ada variasi pengaturan yaitu misalnya tentang batas usia anak yang dianggap belum dapat menentukan pilihan sendiri (*mumayyiz*) dan tentang rincian hak nafkah. Pada akhir artikel, Rafiq menyarankan untuk membuat hukum yang seragam di negara-negara Muslim (*uniform laws for the entire Muslim world*), dengan berpedoman pada prinsip-prinsip Islam dan praktek-praktek yang sama².

Perbedaan rincian hak nafkah misalnya yang terjadi di Maroko, ada komponen biaya untuk pemenuhan hak-hak anak yang terdiri atas biaya nafkah, biaya mengasuh dan biaya rumah. Komponen-komponen yang dibayarkan oleh pihak ayah lebih terinci dan benar-benar mencerminkan tanggungjawab ayah sebagai kepala keluarga, pencari nafkah utama, dan

¹ Vittorio Vezzetti. Joint Custody: The Interest Of The Child In Different Family Structures. *Official Journal Of The Italian Society of Preventive And Social Pediatrics*. 3-2012. Pg. 1-7

² Aayesha Rafiq. *Child Custody In Classical Islamic Law And Laws Of Contemporary Muslim World (An Analysis)*

penanggungjawab utama dalam pembiayaan untuk anak-anaknya. Hal ini dapat diketahui dari produk Pengadilan Tingkat Pertama berupa Penetapan Nomor 658/2006 Tanggal 18 Oktober 2007 Berkas Nomor 852/06/5 yang merupakan Permohonan Penyaksian Talak, dalam amar putusan hakim terdapat biaya nafkah anak masing-masing 500 DM/bulan, biaya mengasuh masing-masing anak sebesar 100 DM/bulan dan biaya rumah anak sebesar 1500 DM/bulan. Putusan ijin perceraian diberikan setelah keluar putusan sela yang membebaskan kepada pemohon tentang hak-hak istri dan hak-hak anak. Setelah pemohon benar-benar membayar uang akibat cerai maka ijin penjatuhan talak baru dikeluarkan³.

Kemudian seiring dengan perkembangan *feminist studies* maka muncul konsep *gender-neutral approach* yang memperkenalkan bahwa penentuan pemegang kuasa asuh tidak selayaknya hanya berdasar indikator jenis kelamin namun ayah juga seharusnya diberi hak yang sama untuk mengasuh anaknya. Di Indonesia, konsep ini disetujui oleh Fanani⁴. Hak ayah ini juga diimplementasikan dalam konsep *joint/shared custody*. Vezzeti menyatakan bahwa adanya *shared/joint custody* akan membentuk keluarga yang mempunyai 2 (dua) rumah (*a binuclear family system*) untuk mewadahi ikatan antara anak dan orangtua yang tidak serumah lagi.

Penelitian Fransson dan kawan-kawan menyebutkan bahwa alasan orangtua untuk menerapkan *joint physical custody* setelah perceraian untuk anak mereka yang berusia 0-4 tahun adalah karena kesadaran adanya

³ Sebagaimana dilaporkan Mahrus Abdur Rohim dan Edi Hudiata, struktur peradilan di Maroko terdiri atas tiga tingkat yaitu pengadilan tingkat pertama (*Al Mahkamah Al Ibtidaiyyah*), pengadilan tingkat banding (*Al Mahkamah Al Isti'nah*), dan pengadilan tingkat kasasi (*Mahkamah Al Naqdh*). Mahkamah Al Naqdh menyatukan permohonan perkara tingkat kasasi dari 2 (dua) jenis peradilan yaitu peradilan umum (*Al Mahkamah Al 'Ashriyyah*) dan peradilan agama (*Al Mahkamah Al Syar'iyah*) dalam satu atap. Jenis pengadilan terbagi atas pengadilan biasa, pengadilan khusus dan pengadilan militer. Lihat dalam Mahrus Abdur Rohim. Edi Hudiata. Mahalnya Mut'ah Cerai Talak di Maroko. *Majalah Peradilan Agama*. Edisi 7 Oktober 2015. Hlm. 36

⁴ Ahmad Zainal Fanani. *Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak Di Indonesia (Perspektif Keadilan Gender)*. UII Pers. Yogyakarta. 2015. Hlm. 191.

persamaan hak dan tanggungjawab orangtua serta kehendak anak demi kepentingan terbaik untuk anak⁵.

Penelitian tentang *joint custody* ternyata tidak selamanya mendukung teori ini. Ada penelitian yang menentang teori *joint custody* atau setidaknya mendeskripsikan kelemahan dari teori ini. Dianne Post menyatakan bahwa adanya penerapan *joint custody* selama ini ternyata lebih menguntungkan bagi ayah daripada ditujukan untuk kepentingan terbaik anak. Hal ini nampak dari adanya fakta bahwa dengan kesediaan ayah meluangkan waktu untuk melakukan *joint custody*, mereka meminta pengurangan kewajiban pemberian jumlah hak nafkah anak dengan alasan adanya kewajiban dan tanggungjawab yang sama antara ayah dan ibu. Akibatnya ibu menjadi mempunyai kewajiban juga untuk menafkahi anak. Pada simpulannya, Dianne menyatakan bahwa “*Even with highly committed and motivated parents, joint custody is not for all children*”. Penerapan *joint custody* harus secara selektif, tidak pada anak yang orangtuanya mempunyai konflik yang terbuka, atau keluarga yang mempunyai sejarah kekerasan/penelantaran/pengabaian anak⁶.

Saat ini di Negara barat sudah lazim bahwa nafkah anak merupakan kewajiban berdua antara ayah dan ibu. Metode penghitungan pembagian beban nafkah di antara ayah dan ibu, diperkenalkan oleh William dan Betson. William mempelajari berapa banyak yang dikeluarkan/dibelanjakan oleh keluarga untuk anak-anak mereka dan bukan fokus pada kebutuhan anak (*focused on estimating how much parents in intact families spend on their children, rather than estimating how much children cost*). Hasil studinya menyatakan bahwa tidak ada standar yang mutlak untuk menentukan berapa belanja untuk anak.⁷ Sementara Betson mempelajari perbandingan antara

⁵ Emma Fransson et.al. Why Should They Live More With One Of Us When They Are Children To Us Both? Parents' Motives For Practicing Equal Joint Physical Custody For Children Aged 0–4. *Children and Youth Services Review* 66. 2016. Pg. 154–160

⁶ Dianne Post. Arguments Against Joint Custody. *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*. Volume 4. Issue 2. Article 9. 2013. Pg 11.

⁷ Robert G. Williams, Development Of Guidelines For Child Support Orders Pt. Ii, Report To U.S. Office Of Child Support Enforcement (Policy Studies Inc. 1987) (Formally Issued By An Advisory Panel Assembled By The National Center For State Courts, But Funded By The Federal Office Of Child Support Enforcement);

biaya (*cost*) dan ongkos (*expenditure*) dengan simpulan akhir bahwa *cost* dan *expenditure* dapat disamakan.⁸

Metode di atas diterapkan di banyak Negara namun metode William-Betson tersebut dianggap Ellman sebagai metode yang konvensional. Metode konvensional mendasarkan penghitungan pada belanja keluarga untuk anak yang serumah dengan kedua orangtuanya sedangkan pada kasus perceraian maka kenyataannya anak hanya tinggal serumah dengan salah satu orangtua bahkan mungkin tinggal dengan orang lain. Sebagai gantinya Ellman mengajukan 4 (empat) prinsip dalam pembagian beban nafkah anak berdasarkan tujuan pemberian hak nafkah anak yaitu *the child well-being component*, *the dual-obligation component*, *the gross-disparity component*, dan *the earner's priority principle*. Indikator *child well-being* adalah kesehatan dan kebahagiaan saat anak tersebut dewasa (*well-being as adults*) yang diukur berdasar indikator pendidikan, pendapatan, dan keamanan serta kepuasan dalam keluarganya. *The dual-obligation component* berarti kedua orangtua mempunyai kesadaran bahwa mereka berdua sama-sama mempunyai kewajiban moral terhadap anaknya. *The gross-disparity component* berarti bahwa standar hidup anak tidak boleh turun dari standar hidup sebelum perceraian orangtua atau terlalu jauh kesenjangannya dengan standar hidup orangtuanya. *The earner's priority principle* berarti bahwa (1) putusan tentang besaran nafkah anak yang harus dibayarkan orangtua tidak boleh membuat orangtua menjadi miskin atau hidup di bawah standar hidup layak, (2) orangtua mempunyai hak untuk menentukan prioritas penggunaan pendapatannya, dan (3) perkecualian kewajiban bersama⁹.

Pembahasan terkait hak nafkah anak, juga menghendaki kehadiran negara. Amerika menganut bahwa kewajiban menafkahi anak adalah terletak

⁸ David M. Betson, *Alternative Estimates Of The Cost Of Children From The 1980-86 Consumer Expenditure Survey* (Institute For Research On Poverty Special Report #51, 1990) (Prepared Under A Contract With The University Of Wisconsin-Madison's Institute For Research On Poverty For A Final Report To The U.S. Department Of Health & Human Services (Hhs), Office Of The Assistant Secretary For Planning And Evaluation).

⁹ Ira Mark Ellman. Tara O'toole Ellman. *The Theory Of Child Support*. *Harvard Journal on Legislation*. Vol 45. 2008. Hlm 115-148.

pada ayah dan ibu kandung (*biological parents*), tidak memandang apakah anak tersebut anak sah atau tidak sah. sementara di Eropa menganut paham bahwa kewajiban terhadap anak merupakan kewajiban bersama antara orangtua dan negara (*a joint responsibility of parents and the state*). Kebijakan terkait hak nafkah anak merupakan fokus diskusi terkait batas kewajiban negara dan masyarakat (orangtua) kepada anak, kebijakan mana berpengaruh penting terutama terhadap keluarga miskin. Ketiadaan kehadiran negara dalam hal ini dianggap sebagai kegagalan keuangan (*financial failure*) dan bencana sosial (*social disaster*)¹⁰.

Teori konvensional yang menjelaskan alasan orangtua harus memberi nafkah anak ada 3 (tiga) yaitu *causation theory*, *children's vulnerability theory*, dan *parental consent theory*. Altman mengintroduksi teori keempat yaitu *harm-based theory*¹¹. Sementara Rasul membangun model investasi tiap orangtua untuk anak selama menikah dan apabila menghadapi perceraian secara distributif dan efisien¹².

Di Wisconsin dinyatakan bahwa fakta meningkatnya proporsi anak yang tinggal terpisah dengan kedua orangtua atau salah satu orangtua menyebabkan kebijakan negara harus menyoroti pada hak nafkah anak sebagai sumber hidup bagi anak. Oleh karena itu sejak pertengahan tahun 1970an, pemerintah mengarusutamakan pembentukan dan penegakan sistem hak nafkah anak melalui perintah, insentif, dan beragam sarana negara seperti sistem data, mekanisme pembayaran otomatis (seperti menahan pendapatan dan pengembalian pajak) dan konsekuensi administrasi (seperti pencabutan ijin). Meskipun dengan beragam instrument tersebut, penelitian yang dilaksanakan pada tahun 2007 menemukan bahwa lebih dari 50% ayah tidak membayar hak nafkah secara rutin pada tahun pertama dengan 14% tidak membayar sama sekali. Setelah 5 tahun, jumlah yang tidak membayar

¹⁰ Child Support Enforcement Policy And Low-Income Families. University of Wisconsin–Madison. Institute for Research on Poverty. Volume 21 Number 1. ISSN: 0195–5705 Spring 2000. Pg 1-4.

¹¹ Scott Altman. A Theory of Child Support. *International Journal of Law Policy and The Family* 17(2003) 173-210. April 2008. DOI. 10.1093/lawfam/17.2.173

¹² Imran Rasul. The Economics of Child Custody. *Economica* (2006) 73. 1-25.

sepeserpun, meningkat menjadi 27%. Ketika berhadapan dengan kenyataan ini, tindakan yang diambil oleh badan pengelola nafkah anak (*child support agencies*) adalah melalui jalur hukum baik melalui perdata maupun pidana. Penelitian lebih lanjut menemukan bahwa ayah yang diproses secara pidana dilihat dari indikator kemampuan ekonomi dan umur maka sebagian besar adalah ayah yang berusia muda dan dari keluarga miskin¹³.

Fenomena ini dijelaskan dalam penelitian Maureen Waller and Robert Plotnick. Mereka menyatakan bahwa para ayah berpendapat jika sistem nafkah anak diperlukan hanya apabila para pihak (suami istri) tidak mencapai kesepakatan (*private agreement*) atau kesepakatan tidak dilaksanakan atau ayah tidak melaksanakan kewajiban secara sukarela. Sementara para ibu berpendapat bahwa memaksa ayah memberi hak nafkah anak tanpa kesukarelaan menyebabkan anak mereka kehilangan sosok/peran ayah¹⁴.

Kelembagaan terkait hak nafkah anak di dunia dapat digolongkan dalam 3 (tiga) kelompok, yaitu pertama, kelembagaan yang tanggungjawab utama berada di pengadilan, kedua, kelembagaan yang tanggungjawab utama berada di suatu badan, dan ketiga, kelembagaan yang membagi peran secara berimbang antara pengadilan dan badan. Contoh negara kelompok pertama adalah Austria, Jerman, dan Swedia. Contoh negara kelompok kedua adalah Inggris, Selandia Baru, dan Denmark. Contoh negara kelompok ketiga adalah Finlandia, Belanda, dan Amerika Serikat. Di Negara-negara tersebut, orangtua dapat mengatur beban hak nafkah berdasar perjanjian di antara mereka (*private agreement*) atau melalui sistem Negara (*formal system*)¹⁵.

¹³ Steven T. Cook. *Child Support Enforcement Use of Contempt and Criminal Nonsupport Charges in Wisconsin*. Institute for Research on Poverty. University of Wisconsin–Madison. 2015

¹⁴ Maureen Waller And Robert Plotnicka Failed Relationship? Low-Income Families And The Child Support Enforcement System. dalam Steven T. Cook. *Child Support Enforcement Use of Contempt and Criminal Nonsupport Charges in Wisconsin*. Institute for Research on Poverty. University of Wisconsin–Madison. 2015. Pg 12-17.

¹⁵ Christine Skinner. Jonathan Bradshaw. Jacqueline Davidson. *Child Support Policy: An International Perspective. Report*. A report of research carried out by the Social Policy Research Unit, University of York on behalf of the Department for Work and Pensions. Norwich . UK.2007. Hlm. 2

Kondisi di Amerika Serikat terkait kesadaran orangtua dalam menghadapi perceraian, juga berbeda dengan di Indonesia. Robert H. Mnookin dan Eleanor Maccoby dalam simposium ke lima tahun 2002 yang diselenggarakan oleh Virginia Journal of Social Policy & the Law, dalam presentasinya melaporkan bahwa *“Usually both parents are strongly attached to the children, strongly committed to their welfare, and have a clear record of having been responsible, fit parents before the separation”*¹⁶.

Sementara dalam penelitian Judy Cashmore terkait pengaturan hak asuh dan hak nafkah anak setelah putusnya perkawinan, anak-anak dari orangtua yang bercerai, baik anak yang terlibat dalam proses persidangan (*children in contested matters*) dan anak yang tidak terlibat dalam proses persidangan (*children in non-contested matters*) menginginkan untuk didengar pendapatnya secara serius. Frasa ingin didengar pendapatnya secara serius diartikan sebagai *a marker of respect and trust, and an acknowledgement of children as people with needs, like adults, for ‘dignity, respect, selfhood and agency’*¹⁷.

Menyimak berbagai permasalahan dalam proses putusnya perkawinan orangtua, juga tidak terlepas terkait akibat dari proses tersebut. Penelitian Michael Feldhaus dan Valerie Heintz-Martin menegaskan hipotesis yang terkenal tentang transmisi perceraian antargenerasi (*hypothesis of the intergenerational transmission of divorce*). Feldhaus dan Heintz-Martin menemukan:

¹⁶ The fifth annual Symposium Issue, *Resolving Child Custody Disputes: Innovation and Controversy*, represents the continuation of a long-term relationship between the *Virginia Journal of Social Policy & the Law* and the University of Virginia Center for Children, Families, and the Law. Reprinted by permission of the publishers from *Dividing The Child: Social And Legal Dilemmas Of Custody* by Eleanor E. Maccoby and Robert H. Mnookin, Cambridge, Mass. Harvard University Press, Copyright ©c 1992 by the President and Fellows of Harvard College. (terjemahan peneliti: biasanya kedua orangtua sangat terikat pada anak-anak, sangat berkomitmen terhadap kesejahteraan mereka, dan memiliki catatan/dokumen yang jelas tentang pertanggungjawaban sebagai orang tua sebelum berpisah)

¹⁷ Judy Cashmore. *Children's Participation In Family Law Decision-Making: Theoretical Approaches To Understanding Children's Views*. *Children and Youth Services Review* 33. 2011 Pg. 515–520. (terjemahan peneliti: sebuah tanda penghormatan dan kepercayaan, dan pengakuan anak-anak sebagai orang yang juga mempunyai kebutuhan, seperti orang dewasa, untuk "martabat, rasa hormat, kedirian dan agensi")

.... that those who experienced a parental separation have a lower probability of staying married. Looking at specific age effects, we find that experiencing a parental separation before age seven is an influencing factor in regard to timing of a first cohabitation as well as on the risk of having an own divorce later in life¹⁸.

Penelitian terkait akibat perceraian juga terungkap dari penelitian Nancy Rahakbauw. Dari hasil analisis temuan penelitian didapatkan gambaran bahwa faktor pemicu yang menyebabkan anak terlantar adalah perceraian orang tua dan perlakuan salah yang diterima anak, serta ekonomi keluarga dan pendidikan orang tua yang rendah¹⁹.

B. Landasan Konseptual

1. Konsep Sistem Perlindungan Hukum

a. Pengertian perlindungan Hukum

Ada beberapa pendapat dari para ahli yang dapat dikutip sebagai suatu pedoman mengenai pengertian perlindungan hukum, yaitu :

- 1) pengertian perlindungan hukum menurut Satjipto Raharjo adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum²⁰.
- 2) pengertian berbeda diberikan oleh Salim yang menyatakan bahwa perlindungan hukum adalah upaya atau bentuk pelayanan yang

¹⁸ Michael Feldhaus Valerie Heintz-Martin. Long-term effects of parental separation Impacts of parental separation during childhood on the timing and the risk of cohabitation, marriage, and divorce in adulthood. *Advances in Life Course Research Journal*. 26. 2015. Pg. 22–31. Terjemahan oleh peneliti: bahwa mereka yang mengalami putusnya perkawinan orang tua memiliki kemungkinan lebih rendah untuk tetap menikah (pen:bertahan dalam pernikahan). Melihat efek usia tertentu, kami menemukan bahwa mengalami perpisahan orang tua sebelum usia tujuh tahun adalah faktor pemicu dalam hal waktu kohabitasi (hidup bersama) pertama dan juga memiliki risiko untuk bercerai di kemudian hari.

¹⁹ Nancy Rahakbauw. *Faktor-Faktor Anak Diterlantarkan Dan Dampaknya (Studi Di Kota Ambon)*. Insani, Issn : 977-240-768-500-5 | Vol. 3 No. 1 Juni 2016. Hlm. 32

²⁰ Satjipto Raharjo. 2014. *Ilmu Hukum*. Bandung. PT Citra Aditya Bakti. Hlm 54

diberikan oleh hukum kepada subyek hukum serta hal-hal yang menjadi obyek yang dilindungi²¹.

3) perlindungan menurut Nurini Aprilianda adalah pemberian jaminan atas keamanan, ketentraman, kesejahteraan dan kedamaian dari pelindung atas segala bahaya yang mengancam pihak yang dilindungi. Perlindungan hukum adalah hal perbuatan melindungi menurut hukum²².

4) Abintoro Prakoso menyatakan bahwa perlindungan hukum adalah perbuatan melindungi hak individu atau sejumlah individu yang kurang atau tidak mampu atau tidak berdaya secara fisik dan mental, secara sosial, ekonomi dan politik baik secara preventif maupun represif berdasarkan hukum yang berlaku dalam upaya mewujudkan keadilan²³.

Mencermati beberapa pengertian di atas maka dapat diidentifikasi kategori-kategori hukumnya²⁴ yaitu bahwa pengertian perlindungan hukum meliputi:

- 1) subyek perlindungan hukum atau subyek yang harus memberikan perlindungan hukum adalah hukum melalui organ-organ dalam strukturnya,
- 2) obyek perlindungan hukum adalah hak asasi manusia (HAM), masyarakat, subyek hukum serta hal-hal yang menjadi obyek yang dilindungi,
- 3) cara memberikan perlindungan hukum adalah dengan memberi pengayoman atau upaya yang berbentuk pelayanan

²¹ Salim HS. Erlies Septiana Nurbani. *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan disertasi*. PT RajaGrafindo Persada. Jakarta.. 2013 Hlm 262.

²² Nurini Aprilianda. *Perlindungan Hukum Terhadap Tersangka Anak dalam Proses Penyidikan*. Tesis. Program Studi Ilmu Hukum. Program Pasca Sarjana. Universitas Brawijaya. Malang. 2001. Hlm 41

²³ Abintoro Prakoso. *Hukum Perlindungan Anak*. Laksbang Pressindo. Yogyakarta. 2016. Hlm 6

²⁴ Menurut Satjipto Rahardjo, termasuk kategori hukum di antaranya adalah subyek hukum, hubungan hukum, akibat hukum, obyek hukum. Kategori-kategori hukum ini merupakan syarat-syarat yang harus ada pada setiap system hukum, sebab tanpa kategori –kategori itu tidak mungkin ada suatu system hukum. Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Cetakan ke-delapan. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2014. Hlm 42-43.

- 4) mengapa diberikan perlindungan hukum adalah suatu kondisi tertentu pada diri subyek hukum atau karena adanya tindakan orang lain yang menyebabkan kerugian
- 5) tujuan perlindungan hukum adalah supaya hak-hak yang diberikan hukum, dapat dinikmati.

b. Pengertian Sistem Perlindungan Hukum untuk Anak

Dalam Pasal 2 Undang-undang Perlindungan Anak dikatakan bahwa yang dimaksud dengan perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Perlindungan Anak adalah konsepsi perlindungan anak yang utuh, menyeluruh, dan komprehensif berdasar atas asas-asas:

1) Nondiskriminasi (*non-discrimination*).

Asas ini berarti bahwa semua anak harus mendapat perlakuan yang sama tanpa melihat status, agama, ras, suku, jenis kelamin, dan lain-lain.

2) Kepentingan yang terbaik bagi anak (*the best interest for child*);

Asas ini bermakna bahwa dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh pemerintah, masyarakat, badan legislatif, dan badan yudikatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama.

3) Hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan (*right to life, sustainable and development rights*);

Asas hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan adalah hak asasi yang paling mendasar bagi anak yang dilindungi oleh negara, pemerintah, masyarakat, keluarga, dan orang tua.

4) Penghargaan terhadap pendapat anak (*appreciation of the child's opinions*)

Asas penghargaan terhadap pendapat anak adalah penghormatan atas hak-hak anak untuk berpartisipasi dan menyatakan pendapatnya dalam pengambilan keputusan terutama jika menyangkut hal-hal yang mempengaruhi kehidupannya.

Dengan demikian sistem perlindungan hukum untuk anak dapat diartikan sebagai berikut:

- 1) subyek perlindungan hukum untuk anak adalah hukum melalui pelaksana hukum
- 2) obyek perlindungan hukum untuk anak adalah hak-hak anak
- 3) cara memberikan perlindungan hukum adalah dengan memberi pengayoman dalam bentuk peraturan perundang-undangan atau upaya yang berbentuk pelayanan pemenuhan hak-hak anak
- 4) mengapa diberikan perlindungan hukum adalah karena kondisi anak yang rawan pelanggaran hak asasi dan sangat membutuhkan bantuan orang lain dalam hal ini khususnya adalah orangtua atau karena adanya tindakan orang lain yang menyebabkan kerugian kepada anak seperti pengabaian, pembiaran, dan penelantaran.
- 5) tujuan perlindungan hukum adalah supaya hak-hak yang diberikan hukum, dapat dinikmati oleh anak.

Ada beberapa cara perlindungan secara hukum, antara lain sebagai berikut yaitu membuat peraturan (*by giving regulation*) dan menegakkan peraturan (*by law enforcement*)²⁵.

Sementara menurut M. Isnaeni, berdasar sumbernya, perlindungan hukum dapat dibedakan menjadi perlindungan hukum internal dan eksternal. Perlindungan hukum internal dibuat sendiri oleh para pihak dengan membuat perjanjian, sedangkan perlindungan hukum eksternal terutama dibuat oleh pemerintah melalui peraturan perundang-undangan²⁶.

²⁵ Wahyu Sangsoko. Ketentuan-Ketentuan Pokok Hukum Perlindungan Konsumen. Lampung. Penerbit Universitas Lampung. 2007. Hlm 31

²⁶ Moch. Isnaeni. *Pengantar Hukum Jaminan Kebendaan*. PT. Revka Petra Media. Surabaya. 2016. Hlm 159-163.

2. Konsep Hak-Hak Anak

a. Pengertian dan Status Hukum Anak

Menurut hukum Indonesia, setiap manusia adalah subyek hukum dan mempunyai hak-hak yang sama. Untuk kecakapan bertindak, berdasar umur, manusia dibedakan menjadi anak dan dewasa. Berdasar Pasal 330 KUH Perdata maka anak adalah manusia yang belum cakap hukum sedangkan dewasa adalah manusia yang telah cakap hukum. Tidak semua manusia dewasa secara otomatis adalah manusia cakap hukum karena ada syarat lain yaitu tidak di bawah pengampuan dan tidak sedang dicabut haknya oleh undang-undang.

Apabila seseorang telah dewasa maka dapat bertindak secara mandiri di lalu lintas hukum yaitu mengadakan perbuatan hukum ataupun mempertahankan haknya sendiri di hadapan hukum baik melalui jalur litigasi atau non litigasi. Anak yang belum dewasa (*minderjarig*), belum dapat bertindak sendiri dalam lalu lintas hukum. Apabila akan melakukan suatu perbuatan hukum atau mempertahankan hak-haknya, harus dengan bantuan orang lain. Dalam hal ini adalah orangtua atau walinya.

Dari berbagai peraturan perundangan di Indonesia, dapat ditemukan beberapa batasan kapan seseorang masih dianggap sebagai anak yang belum dewasa menurut hukum. Ketentuan tentang batas umur ini sangat penting untuk dikemukakan di sini supaya jelas siapa yang merupakan obyek perlindungan hukum dalam disertasi ini. Ketentuan tentang batas umur anak dari berbagai peraturan perundang-undangan²⁷ ternyata bervariasi sebagaimana dapat dilihat di bawah ini.

- 1) Anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut dari kekuasaannya

²⁷ Undang-undang yang dikemukakan diurutkan berdasarkan tahun dikeluarkan undang-undang tersebut.

(Pasal 47 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan).

- 2) Anak adalah seseorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun dan belum pernah kawin (Pasal 1 angka 2 UU No 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak)
- 3) Anak adalah setiap manusia yang berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya. (Pasal 1 angka 5 UU No 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia)
- 4) Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan. (Pasal 1 ayat (1) UU Perlindungan Anak).
- 5) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan (Pasal 98 ayat (1) Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1995 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI)).
- 6) Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan (Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan Dan Perlindungan Anak No 11 Tahun 2011 Tentang Kebijakan Pengembangan Kabupaten/Kota Layak Anak).

Untuk memudahkan melihat perbedaan ketentuan di antara undang-undang di atas maka apabila diwujudkan dalam bentuk tabel, tampak sebagaimana di bawah ini.

Tabel 1. Perbandingan Umur Anak menurut Berbagai Perundang-undangan

No	Regulasi	Pasal	Status Anak	
			Mulai	Berakhir
1	BW	Pasal 2	Sejak dilahirkan dalam keadaan hidup dengan perkecualian sudah dianggap lahir walau masih dalam kandungan	Berumur 21 tahun atau menikah

			jika kepentingan menghendaki	
2	UUP	Pasal 47 (1)	--	Berumur 18 tahun atau menikah
3	KHI	Pasal 98 ayat (1)	--	Berumur 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
4	UU Kesejahteraan Anak	Pasal 1 angka 2	--	Berumur 21 tahun atau menikah
5	UU HAM	Pasal 1 angka 5	Sejak dalam kandungan jika kepentingan anak menghendaki	Berumur 18 tahun atau telah menikah
6	UU Perlindungan Anak	(Pasal 1(1))	Sejak dalam kandungan	Berumur 18 tahun
7	UU Jabatan Notaris	Pasal 39, dan 40	-	Berumur 18 tahun atau telah menikah
8	UU SIPA	Pasal 1	-	Berumur 18 tahun
9	PerMenNegara PP Dan PA No 11 Tahun 2011	Pasal 1 angka 1	Sejak dalam kandungan	Berumur 18 tahun
10	Convention on Right of Child Tahun 1989	Pasal 1	-	Berumur 18 tahun kecuali ditentukan lain oleh UU yang berlaku untuk anak
11	Convention On Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co- Operation In Respect Of Parental Responsibility And Measures For The Protection Of Children Tahun 1996	Pasal 2	Sejak lahir	Berumur 18 tahun

Dari tabel di atas dapat dilihat adanya perbedaan antara undang-undang yang dikeluarkan sebelum tahun 2000 (BW, UU Perkawinan, KHI, UU Kesejahteraan Anak, dan UU HAM) dengan undang-undang yang dikeluarkan setelah tahun 2000 (UU Perlindungan Anak, PerMenNegara PP Dan PA No 11 Tahun 2011). Perundang-undangan sebelum tahun 2000 menentukan ada 2 (dua) indikator untuk menentukan kedewasaan yaitu umur dan status perkawinan, sedangkan undang-undang setelah tahun 2000 tidak konsisten memakai status perkawinan sebagai indikator kedewasaan. UU sebelum tahun 2000 masih bervariasi dalam menentukan batas umur kedewasaan yaitu ada yang menentukan umur 18 tahun atau 21 tahun, sedangkan UU setelah tahun 2000 secara konsisten menetapkan usia 18 tahun sebagai usia kedewasaan.

Berdasar beberapa peraturan di atas, maka dapat ditarik simpulan bahwa berdasar hukum nasional maka yang termasuk sebagai anak adalah orang yang usianya masih di bawah 18 tahun termasuk anak yang masih di dalam kandungan. Simpulan ini dibuat berdasar asas *lex specialis derogate legi generali* dan asas *lex posterior derogate legi priori*. Indikator yang kedua mengenai status perkawinan masih belum konsisten, ada undang-undang yang menggunakan namun ada juga yang tidak.

Pembahasan di atas adalah merupakan pembahasan tentang definisi/pengertian anak yaitu saat mulai dan berakhirnya sebagai anak secara umum. Hal ini agak berbeda dengan pembahasan tentang pengertian subyek hukum perdata yaitu saat mulai dan berakhirnya sebagai subyek hukum perdata yaitu subyek sebagai penyanggah hak dan kewajiban. Ketentuan sebagai subyek hukum perdata selama ini diatur dalam KUH Perdata Pasal 2 yang menyatakan bahwa dimulai sebagai subyek hukum perdata adalah saat dilahirkan dalam keadaan hidup. Pengertian dalam keadaan hidup berarti bahwa anak tersebut lahir hidup sampai 10 (sepuluh) menit pertamanya. Apabila pada menit

ke 11(sebelas), anak tersebut kemudian meninggal maka anak tersebut pernah tercatat sebagai subyek hukum. Apabila pada menit ke 9 (sembilan), anak tersebut kemudian meninggal maka anak tersebut tercatat sebagai lahir mati.

Perkecualian pasal di atas adalah anak di dalam kandungan dapat dianggap ada yaitu jika kepentingannya menghendaki dan kelak saat dilahirkan dia dalam keadaan hidup. Jika tidak ada suatu kondisi khusus yang mengancam kepentingannya maka anak yang masih ada dalam kandungan tersebut dianggap belum ada. Sebaliknya, apabila ada kepentingan anak menghendaki untuk dianggap ada maka anak dalam kandungan tersebut barulah dianggap sudah ada sebagai subyek hukum perdata.

Hal ini sesuai dengan pendapat Agus Yudha Hernoko²⁸. Agus menyatakan bahwa UU Perlindungan Anak berlaku umum sedangkan KUH Perdata berlaku khusus di bidang hukum perdata (*Lex Specialis Derogat Legi Generali*). Dengan demikian menurut Agus, untuk lapangan hukum perdata tetap berlaku aturan dalam KUH Perdata yaitu bahwa subyek hukum ada sejak subyek hukum tersebut dilahirkan dalam keadaan hidup kecuali kepentingan si anak menghendaki maka anak yang masih dalam kandungan dapat dianggap sebagai telah dilahirkan, dengan demikian dianggap sebagai subyek hukum. Permasalahan yang dihadapi menurut Agus adalah sejak kapan janin dalam perut ibu dapat dianggap sudah ada yang implikasinya adalah bahwa janin tersebut sudah mempunyai hak.

Polemik dalam hal ini adalah apakah keberadaan janin disandarkan pada medis/kedokteran yaitu sejak pembuahan yang dapat dibuktikan oleh uji/penghitungan secara medis atau didasarkan pada doktrin agama (Islam) yaitu sejak ruh ditiupkan yang menurut ahli agama adalah pada bulan keempat janin berada dalam kandungan.

²⁸ Tanya jawab pada Penataran Prinsip-Prinsip Hukum Perdata di Universitas Airlangga, tanggal 23-24 Agustus 2017.

Sebelum berumur 4 (empat) bulan, maka belum ada janin namun hanya segumpal daging. Lebih lanjut dijelaskan apabila masih berbentuk daging maka tidak berlaku ketentuan terhadap mayat, namun jika sudah ditiup ruhnyanya dan kemudian janin tersebut meninggal maka berlaku ketentuan terhadap mayat yaitu bahwa dia harus dimandikan, dikafani, disholatkan dan dikuburkan.²⁹.

Dalam kaitannya dengan saat mulai dan berakhirnya kewajiban orangtua, Pasal 45 ayat (2) UU Perkawinan mengatur secara tersendiri mengenai berakhirnya kewajiban orangtua, yang berbeda dengan batas umur kedewasaan atau batas berakhirnya status hukum sebagai anak. Pasal tersebut secara eksplisit menyatakan bahwa kewajiban orangtua untuk memelihara dan mendidik anak berlaku sampai anak menikah atau dapat berdiri sendiri. Ketentuan tentang berakhirnya kewajiban orang tua jika menurut pasal ini maka sebenarnya tidak digantungkan pada umur anak tentang kedewasaan.

Pasal 45 UU Perkawinan, tidak mengatur tentang kapan mulainya kewajiban orangtua. Secara umum, anak adalah dambaan setiap orangtua sehingga apabila orangtua mengetahui telah ada anak dalam rahim sang istri maka orangtua segera mulai memelihara anak tersebut dengan lebih memperhatikan asupan gizi bagi calon ibu, namun dalam kondisi-kondisi tertentu, kehadiran anak tidaklah diharapkan oleh orangtua sehingga mereka cenderung melakukan pengabaian bahkan usaha penghilangan terhadap janin tersebut. Oleh karenanya saat membaca definisi anak maka seyogyanya hal itu berlaku fleksibel yaitu sejak saat orangtua mengetahui bahwa dia telah mempunyai anak walaupun masih tertutup tubuh sang ibu maka sejak itulah kewajiban dimulai atau hubungan hukum antara orangtua dan anak, dimulai.

²⁹ Apabila mengikuti pendapat kedua maka timbul pertanyaan jika masih dianggap sebagai sebongkah daging, bolehkah dia dihilangkan (diaborsi) sebelum berumur 4 bulan? Apakah perbuatan ini (aborsi) dapat disamakan dengan operasi kecantikan untuk menghilangkan sebuah tahi lalat/kutil/kista di tubuh seseorang?

Status hukum adalah kedudukan subyek hukum di mata hukum. Dalam Pasal 42 dan Pasal 43 UU Perkawinan, status hukum anak dapat dibedakan menjadi anak sah dan anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Lazimnya apabila ada istilah anak sah maka sebagai lawan katanya adalah anak tidak sah, tetapi UU Perkawinan tidak memakai istilah anak tidak sah sehingga dalam disertasi ini yang dimaksud dengan istilah anak tidak sah³⁰ adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan versi UU Perkawinan. Deskripsi dari masing-masing istilah tersebut adalah sebagai berikut:

a) Anak sah

Seorang anak mempunyai kedudukan sebagai anak sah jika ia dilahirkan dalam suatu perkawinan yang sah atau dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah. Hal ini dapat dilihat dalam UU Perkawinan khususnya Pasal 42. Menurut pasal tersebut yang dimaksud dengan anak yang dilahirkan dalam suatu perkawinan yang sah adalah anak yang saat dikandung dan dilahirkan dalam kondisi kedua orangtua masih terikat tali perkawinan. Anak yang dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah adalah anak yang mulai dikandung saat orangtua masih terikat tali perkawinan tapi dilahirkan setelah perceraian orangtuanya, baik cerai hidup atau cerai mati. Sementara dalam Pasal 99 KHI, disebutkan bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah atau hasil perbuatan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

Harus dicermati bahwa untuk menjadi anak sah maka perkawinan orangtuanya juga harus sah, dalam arti memenuhi semua syarat materil dan syarat formil yang telah ditetapkan perundang-undangan dan mengingat bahwa keabsahan suatu perkawinan ditentukan oleh hukum agama dan kepercayaannya

³⁰ Secara *a contrario*, anak tidak sah adalah anak-anak yang tidak dilahirkan di dalam atau sebagai akibat dari suatu perkawinan yang sah. J. Satrio. *Hukum Keluarga tentang Kedudukan Anak dalam Undang-Undang*. Citra Aditya bakti. Bandung . 2000. Hlm 103.

maka perkawinan tersebut juga harus memenuhi rukun-rukun dari agama atau kepercayaan yang dianut oleh kedua calon mempelai. Dengan demikian perkawinan yang sah menurut UU Perkawinan dan KHI adalah memenuhi ketentuan hukum agama/kepercayaan dan hukum negara (terkait pencatatan). Anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang tidak sah dengan demikian bukan termasuk anak sah.

Selain ketentuan di atas menurut UU Adminduk, anak sah juga dapat berasal dari anak luar kawin (yang perkawinan orangtuanya telah sah secara hukum agama namun belum sah secara hukum negara: Pasal 50 UU Perubahan Adminduk) yang disahkan sebagai anak sah melalui pranata pengesahan dan anak angkat yang telah diangkat secara hukum sesuai peraturan perundang-undangan (anak adopsi). Sementara KHI dan UU Peradilan Agama tidak mengenal pengesahan maupun pengakuan anak. Pengangkatan anak (adopsi) dikenal dalam KHI tetapi anak adopsi tetap bernasab pada bapak biologisnya dan tidak mempunyai kedudukan sebagai ahli waris dari orangtua angkatnya tetapi anak angkat dan orangtua angkat dapat saling memberikan harta warisan/peninggalan melalui wasiat atau wasiat wajibah (Pasal 209 KHI).

b) Anak tidak sah

Lawan dari anak sah adalah anak tidak sah. Anak tidak sah seharusnya adalah anak yang tidak termasuk anak sah menurut Pasal 42 UU Perkawinan. namun dalam UU Perkawinan dan KHI tidak ditemukan istilah anak tidak sah. Pada Pasal 43 UU Perkawinan dan Pasal 100 KHI memakai istilah anak yang dilahirkan di luar perkawinan. Di masyarakat, anak tidak sah biasa juga disebut anak luar kawin namun KUH Perdata membedakan antara anak luar kawin, anak zina dan anak sumbang. Menurut KUH Perdata, anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan dari

seorang ibu dan seorang ayah yang tidak saling terikat tali perkawinan dan juga tidak terikat tali perkawinan dengan siapapun. Anak zina adalah anak yang dilahirkan dari ibu dan ayah yang tidak saling terikat tali perkawinan tetapi yang salah satu atau keduanya terikat tali perkawinan dengan pihak lain. Anak sumbang adalah anak yang dilahirkan dari seorang ibu dan ayah yang mempunyai hubungan sedarah/*incest* yang mereka tidak boleh menikah. Dengan demikian maka istilah anak luar kawin dalam Pasal 43 UU Perkawinan dan Pasal 100 KHI, dianggap meliputi semua anak yang dilahirkan bukan dalam perkawinan yang sah secara hukum agama dan hukum negara sehingga mencakup anak luar kawin, anak zina, dan anak sumbang.

Berdasar pengertiannya di atas maka dahulu menurut KUH Perdata hanya anak luar kawin yang dapat berganti status menjadi anak sah melalui lembaga pengesahan yaitu dengan perkawinan kedua orangtuanya. Sementara anak zina, tidak dapat menjadi anak sah karena dalam Pasal 32 KUH Perdata, ada larangan bagi orang yang berzina untuk menikahi pasangan zinanya. Sayangnya ketentuan dalam KUH Perdata tersebut sekarang sudah mati. Saat ini dalam kehidupan di masyarakat, kedua orang yang pernah berzina dapat menikah selama memenuhi syarat-syarat perkawinan materil dan formal. Ketentuan Pasal 8 UU Perkawinan tentang larangan menikah, tidak disebutkan bahwa pasangan zina dilarang menikah³¹ sehingga saat ini anak zina dapat menjadi anak sah.

³¹ Apabila mengingat bahwa Pasal 32 KUH Perdata melarang pasangan yang berzina untuk menikah, maka adakah larangan yang sama dalam sumber hukum yang lain di Indonesia teristimewa dalam sumber hukum Islam yang merupakan agama terbesar dianut oleh masyarakat Indonesia? Saat membahas ini, harus diingat bahwa istilah zina dalam agama Islam, ruang lingkupnya berbeda dengan zina dalam hukum barat. Dalam hukum barat (KUHP Perdata) istilah zina diperuntukan bagi pasangan yang telah menikah tetapi melakukan hubungan suami istri dengan orang lain, sementara dalam Islam, istilah zina diperuntukan bagi semua hubungan suami istri yang tidak didahului dengan perkawinan tanpa memandang apakah pelakunya telah menikah atau belum. Bagi yang belum menikah, hukumannya adalah didera 100 (seratus) kali dan diasingkan selama setahun, sedangkan bagi yang sudah menikah hukumannya adalah didera (dicambuk) 100 (seratus) kali dan dirajam. Hukuman rajam adalah hukuman mati dengan jalan

Untuk anak sumbang tetap tidak dapat disahkan menjadi anak sah karena dalam Pasal 8 UU Perkawinan jelas dinyatakan bahwa orang-orang yang mempunyai hubungan darah juga hubungan sesusuan, dilarang untuk menikah. Dengan demikian tanpa pernikahan maka tidak mungkin ada pengesahan.

Sebelum ada pengesahan anak biasanya orangtua melakukan pengakuan atau tindakan pengakuan anak biasanya akan diikuti oleh pengesahan oleh orangtua. Untuk lembaga pengakuan anak, maka menurut Pasal 49 ayat (2) UU P Adminduk, juga hanya dapat dilakukan jika orangtuanya sudah menikah secara sah menurut hukum agama, namun belum dicatatkan menurut hukum negara³². Dengan demikian yang berlaku sekarang, tidak ada anak luar kawin (anak luar kawin, anak zina, dan anak sumbang) yang dapat diakui oleh orangtuanya.

Pemaparan di atas apabila dikaitkan dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 merupakan pembatasan terhadap daya berlakunya putusan MK tersebut yang sangat kontroversial dan selama ini telah mengakibatkan terjadinya polemik yang berkepanjangan. Dengan adanya ketentuan Pasal 49 UU P Adminduk tersebut maka dapat mengakhiri polemik ini karena walaupun secara ilmu pengetahuan seorang anak dapat

dilempari dengan batu dan sejenisnya. Lihat dalam Sulaiman Rasjid. *Fiqh Islam*. Sinar Baru. Bandung. 1989. Hlm. 402. Asep Saepudin Jahar. Euis Nurlaelawati. Jaenal Aripin. *Hukum Keluarga, Pidana, Dan Bisnis: Kajian Perundang-Undangan Indonesia, Fikih Dan Hukum Internasional*. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. 2013. Hlm 189. Apabila ketetapan ini dilakukan maka pasangan zina menurut pengertian barat, dalam hukum Islam juga tidak akan mungkin mempunyai kesempatan untuk menikah sehingga dalam hal ini larangan pasangan zina untuk menikah, tidak diperlukan dalam Islam. Dengan kata lain sebenarnya Islam juga melarang pernikahan antara pelaku zina yang telah menikah.

³² Apabila hanya membaca dari Pasal 49 ayat (2) tersebut muncul pertanyaan, apakah anak yang diakui tersebut lahirnya harus setelah pernikahan orangtuanya secara agama atau anak boleh lahir dahulu kemudian orangtuanya melakukan pernikahan secara agama dan kemudian melakukan pengakuan anak di disdukcapil? Untuk menjawab pertanyaan ini maka harus membaca penjelasan ayat tersebut yang menyatakan bahwa anak yang diakui adalah anak yang lahir dari perkawinan yang telah sah menurut hukum agama. Dengan demikian anak yang boleh diakui adalah anak yang lahir dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang telah sah secara hukum agama.

membuktikan siapa ayah biologisnya tetapi tanpa perkawinan secara agama antara ayah dan ibu biologis dari si anak maka tetap tidak akan terjadi hubungan keperdataan antara anak dengan ayah biologis dan keluarga ayahnya tersebut. Dengan redaksi kalimat yang lain, hal ini menutup kemungkinan seorang perempuan secara membabi buta memaksa seorang laki-laki untuk mengakui anak hasil hubungan mereka karena walaupun bisa dibuktikan secara ilmu pengetahuan tetapi apabila tidak dapat dicatatkan di dinas kependudukan dan pencatatan sipil serta tidak dapat mendapat akta pengakuan anak karena kedua orangtua tersebut belum menikah secara agama, maka hubungan keperdataan tersebut tidak dapat dilindungi oleh hukum dan akibatnya apabila si ayah biologis tidak melaksanakan kewajibannya maka tidak dapat meminta bantuan alat negara untuk dieksekusi³³.

Sementara apabila berdasar hukum adat, menurut Hilman Hadikusuma, anak tidak sah yang sering disebut dengan istilah setempat sebagai anak kampung, anak haram jadah, anak kowar, anak astra, dan sebagainya adalah anak yang lahir akibat dari suatu perbuatan orangtua yang tidak menurut ketentuan, seperti (1) Anak dari kandungan ibu sebelum terjadi perkawinan yang sah, (2) Anak dari kandungan ibu setelah bercerai lama dari suaminya, (3) Anak

³³ Apabila memahami KUH Perdata secara sistemik maka mengapa dahulu dikenal lembaga pengakuan (Pasal 284 KUH Perdata) dan lembaga pengesahan (Pasal 279 KUH Perdata) adalah lembaga pengakuan dipakai jika antara laki-laki dan perempuan yang terlanjur berbuat intim dan mempunyai anak tersebut tidak mempunyai kemungkinan/terhalang untuk menikah sementara ada keinginan untuk bertanggungjawab. Sementara lembaga pengesahan dipakai jika antara laki-laki dan perempuan tersebut mempunyai kemungkinan untuk menikah. Banyak kasus dimana semula adalah pengakuan kemudian berubah menjadi pengesahan. Pada masa lalu, pengakuan dan pengesahan juga merupakan salah satu cara peralihan golongan. Lihat. Soepomo. *Sistim Hukum Indonesia: Sebelum Perang Dunia Ke II*. Pradnya Paramita. Jakarta. 1972. Hlm 17 Dengan lahirnya UU Adminduk tahun 2006, walaupun lembaga pengakuan dan pengesahan tidak diatur dalam UU Perkawinan tetapi karena dalam UU Adminduk tersebut, ada pengaturannya maka lembaga pengakuan dan pengesahan yang semula hanya diatur dalam KUH Perdata seakan mendapat legitimasinya namun dengan munculnya Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tersebut disusul dengan keluarnya Pasal 49 UU Adminduk Tahun 2013 maka tidak ada lagi pembeda signifikan antara lembaga pengakuan dan pengesahan serta urgensi lembaga pengakuan anak menjadi hilang.

dari kandungan ibu tanpa melakukan perkawinan yang sah, (4) Anak dari kandungan ibu yang berbuat zina dengan orang lain, dan (5) Anak dari kandungan ibu yang tidak diketahui siapa ayahnya.³⁴

Selain dari status anak sah dan anak tidak sah yang diatur dalam Pasal 42 dan 43 UU Perkawinan, juga dikenal istilah anak tiri dan anak sesusuan. Sementara di perundang-undangan lain yaitu UU Perlindungan Anak juga menyebut status anak yang lain dari yang disebut di atas, yaitu anak telantar, anak yang menyandang cacat, anak yang memiliki keunggulan, anak adopsi, anak asuh, serta UU SPPA menyebut tentang anak yang berhadapan dengan hukum. Di bawah ini akan dipaparkan pengertian masing-masing status hukum anak dalam kaitannya dengan hukum keluarga yaitu:

1) Anak tiri

Istilah anak tiri ditemukan dalam Pasal 8 huruf c UU Perkawinan. Tidak dijumpai pengertian anak tiri dari UU tersebut maupun dari penjelasannya. Secara kemasyarakatan, pengertian anak tiri adalah anak bawaan suami atau istri dari perkawinan/kelahiran yang lalu ke dalam suatu perkawinan yang baru.

Hubungan hukum antara anak tiri dengan orangtua (bapak atau ibu) tiri, ada selama perkawinan antara bapak/ibu kandung dengan bapak/ibu masih berlangsung. Jika perkawinan tersebut putus, maka berakhir pula hubungan hukum antara bapak/ibu tiri dengan anak tiri tersebut. Hubungan hukum ini hanya berupa hubungan alimentasi/hadhonah, tidak mencakup nasab dan hak mewaris.

Bagi orangtua tiri yang ingin memberikan sesuatu harta kepada anak tirinya maka berdasarkan hukum yurisprudensi yaitu putusan MA Nomor 59 K/AG/2001, dapat memberikan harta

³⁴ Hilman Hadikusuma dalam Endang Sumiarni. Chandra Halim. *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Hukum Keluarga*. Universitas Atmajaya. Yogyakarta.. 2000. Hlm 4.

tirkah/persekutuan/harta bersama, melalui wasiat wajibah. Hal ini jelas berbeda dengan ketentuan dalam fikih klasik yang hanya memberikan hak waris atas dasar hubungan nasab, perkawinan dan wala' (memerdekakan hamba sahaya)³⁵.

2) Anak sesusuan

Istilah anak sesusuan didapati dalam Pasal 8 UU Perkawinan. Pengertian resminya tidak ada dalam UU tersebut maupun dalam penjelasannya. Secara umum pengertian anak sesusuan adalah anak yang memperoleh (meminum) air susu ibu (ASI) dari perempuan yang sama. Dengan adanya sumber ASI yang sama maka antara anak-anak tersebut timbullah hubungan saudara sesusuan³⁶.

3) Anak terlantar

Menurut Pasal 1 butir 6 UU Perlindungan Anak, Anak terlantar adalah anak yang tidak terpenuhi kebutuhannya secara wajar, baik fisik, mental, spiritual, maupun sosial.

Dalam UU Kesejahteraan Anak Pasal 1 angka 7, disebutkan pengertian anak terlantar adalah anak yang karena suatu sebab orang tuanya melalaikan kewajibannya sehingga kebutuhan anak tidak dapat terpenuhi dengan wajar baik secara rohani, jasmani maupun sosial. Dalam UU Kesejahteraan Anak juga mengenal istilah anak tidak mampu. Pasal 1 angka 6 UU

³⁵ Sugiri Permana. Alimudin. *Pembaruan Hukum Keluarga Melalui Peradilan Agama. Majalah Peradilan Agama*. Edisi 7 Oktober 2015. Ahmad Cholil. Hlm 24-25.

³⁶ Dalam rangka melaksanakan amanat Pasal 129 UU Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan maka Pasal 11 PP Nomor 33 Tahun 2012 tentang Pemberian ASI Eksklusif, memungkinkan adanya pendonor ASI. Pemberian ASI Eksklusif oleh pendonor ASI dilakukan dengan persyaratan: a. permintaan ibu kandung atau keluarga bayi yang bersangkutan; b. identitas, agama, dan alamat pendonor ASI diketahui dengan jelas oleh ibu atau keluarga dari bayi penerima ASI; c. persetujuan pendonor ASI setelah mengetahui identitas bayi yang diberi ASI; d. pendonor ASI dalam kondisi kesehatan baik dan tidak mempunyai indikasi medis sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7; dan e. ASI tidak diperjualbelikan. Dengan dibukanya peluang pendonor ASI ini merupakan upaya pemerintah untuk menjamin hak bayi memperoleh ASI namun mengingat adanya konsekuensi yang sangat serius di bidang hukum keluarga menurut agama Islam yaitu munculnya hubungan anak sesusuan maka seyogyanya persyaratan huruf b sangat diperhatikan. Tidak hanya pada saat pemberian ASI berlangsung tapi sampai seumur hidup si anak. Munculnya hubungan sesusuan adalah setelah 5 (lima) kali meminum ASI.

Kesejahteraan Anak mendefinisikan Anak yang tidak mampu adalah anak yang karena suatu sebab tidak dapat terpenuhi kebutuhan-kebutuhannya, baik secara rohani, jasmani maupun sosial dengan wajar. Perbedaan kedua istilah ini adalah jika anak terlantar, ada kealpaan dari pihak orangtua namun jika anak tidak mampu, penyebabnya adalah keadaan.

4) Anak angkat

Pengertian anak angkat menurut UU Perlindungan Anak Pasal 1 butir 9 adalah anak yang haknya dialihkan dari lingkungan kekuasaan keluarga orang tua, wali yang sah, atau orang lain yang bertanggung jawab atas perawatan, pendidikan, dan membesarkan anak tersebut, ke dalam lingkungan keluarga orang tua angkatnya berdasarkan putusan atau penetapan pengadilan. Sementara pengertian anak angkat menurut PP Nomor 54 Tahun 2007 tentang Pelaksanaan Pengangkatan Anak, di Pasal 1 butir 1 adalah anak yang haknya dialihkan dari lingkungan kekuasaan keluarga orang tua, wali yang sah, atau orang lain yang bertanggung jawab atas perawatan, pendidikan, dan membesarkan anak tersebut, ke dalam lingkungan keluarga orang tua angkatnya berdasarkan keputusan atau penetapan pengadilan. Dua pengertian dari kedua regulasi ini dapat dikatakan sama persis sehingga jelas sudah ada sinkronisasi.

Pengertian anak angkat menurut Inpres No 1 Tahun 1975 tentang Kompilasi Hukum Islam, anak angkat adalah anak yang dalam pemeliharaan untuk hidupnya sehari-hari, biaya pendidikan dan sebagainya beralih tanggung jawabnya dari orang tua asal kepada orang tua angkatnya berdasarkan putusan Pengadilan.

5) Anak asuh

Anak asuh adalah anak yang diasuh oleh seseorang atau lembaga, untuk diberikan bimbingan, pemeliharaan, perawatan, pendidikan, dan kesehatan, karena orang tuanya atau salah satu orang tuanya tidak mampu menjamin tumbuh kembang anak secara

wajar (Pasal 1 angka 10 UU No 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak). Kedudukan anak asuh dapat disamakan dengan anak titipan atau anak piara yang dikenal dalam hukum adat, atau anak akuan/semang (Minangkabau), anak popun/pungut (Jawa).

Untuk mengetahui asal usul anak yaitu apakah seorang anak merupakan anak sah atau anak tidak sah, disebutkan dalam Pasal 55 UU Perkawinan dan Pasal 103 KHI bahwa asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran otentik yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Konsekuensi anak sah adalah mempunyai hubungan perdata dengan kedua orangtuanya. Konsekuensi anak luar kawin menurut Pasal 43 (1) UU Perkawinan dan Pasal 100 KHI adalah anak tersebut hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Pasal 43 UUP ini dijudicial review dan kemudian berdasar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 maka anak di luar kawin yang dapat membuktikan adanya hubungan darah dengan menggunakan perkembangan ilmu pengetahuan, mempunyai hubungan perdata juga dengan ayah dan keluarga ayahnya. Untuk selanjutnya baca perihal pengakuan anak yang sudah peneliti paparkan di atas.

Mengingat bahwa istilah anak mengandung bermacam-macam konsep maka dalam disertasi ini yang dimaksud dengan anak adalah anak sah baik anak sah menurut UU Perkawinan maupun anak sah yang diperoleh melalui prosedur pengesahan anak menurut Pasal 50 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2013 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan.

b. Pengertian hak

Kamus Bahasa Indonesia menjelaskan bahwa arti hak adalah (1) yang benar, (2) milik, kepunyaan, (3) kewenangan, (4) kekuasaan

untuk berbuat sesuatu, (5) kekuasaan yang benar atas sesuatu atau untuk menuntut sesuatu, (6) derajat atau martabat, (7) hukum; wewenang menurut hukum³⁷.

Menurut Muladi, hak adalah sesuatu yang oleh sebab itu seseorang (pemegang) memiliki keabsahan untuk menuntut sesuatu yang dianggap tidak dipenuhi atau diingkari. Pada dasarnya terdapat 2 (dua) hak dasar pada manusia yaitu hak manusia (*human rights*) dan hak undang-undang (*legal rights*). Hak manusia disebut juga hak asasi yaitu hak yang melekat pada manusia dan secara asasi ada sejak manusia itu dilahirkan. Ia berkaitan dengan eksistensi hidup manusia, bersifat tetap dan utama, tidak dapat dicabut, tidak tergantung dengan ada atau tidaknya orang lain di sekitarnya. Wujud hak ini di antaranya berupa kebebasan batin, kebebasan beragama, kebebasan hidup pribadi, hak atas nama baik, melakukan perkawinan, kebebasan untuk berkumpul dan mengeluarkan pendapat. Sedangkan hak undang-undang adalah hak yang diberikan undang-undang secara khusus kepada pribadi manusia. Wujud hak undang-undang antara lain hak seseorang menjadi pegawai negeri, hak untuk memilih dan dipilih, hak untuk memeluk, beribadah serta melaksanakan ajaran agama sesuai dengan pilihan dan keyakinan³⁸.

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa hak adalah pengalokasian kekuasaan kepada seseorang untuk bertindak dalam rangka melindungi kepentingannya. Pengalokasian kekuasaan ini dilakukan secara terukur, dalam arti ditentukan keluasan dan kedalamannya. Dengan demikian tidak setiap kekuasaan adalah hak tapi hanya kekuasaan yang diberikan oleh hukum kepada seseorang³⁹.

Menurut Salmond dalam Fritzgerald, apabila disebut hak, sebetulnya hak itu mengandung hak dalam arti sempit, kemerdekaan,

³⁷ Dendy Sugondo. *Kamus Bahasa Indonesia*. Pusat bahasa. Jakarta. 2008. Hlm. 502

³⁸ Muladi. *Hak Asasi Manusia: Hakekat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*. Refika Aditama. Cet. Ke-3. Bandung. 2009. Hlm. 228-229

³⁹ Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2014. Hlm. 53-54

kekuasaan, dan imunitas. Hak dalam arti sempit berkorelasi dengan kewajiban. Kemerdekaan berkorelasi dengan ketiadaan hak (istilah ketiadaan-hak atau *no-right* diciptakan oleh W.N. Hohfeld). Kekuasaan berkorelasi dengan pertanggungjawaban atau kekurangan. Korelasi dari imunitas adalah ketidakmampuan⁴⁰.

Sementara Wesley Newcombe Hohfeld berpendapat bahwa hak mempunyai pengertian yang berbeda-beda tergantung pada konteks pemahamannya seperti pengertian hak pada konteks moral, hukum, ekonomi, politik, dan sebagainya. Menurut Hohfeld ada 8 (delapan) konsep dasar yang dipasangkan dengan lawan kata dan korespondensinya, yaitu (1) *Right*, (2) *Duty*, (3) *Privilege*, (4) *No-right*, (5) *Power*, (6) *Liability*, (7) *Immunity*, (8) *Disability*⁴¹.

⁴⁰ Fitzgerald dalam Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Citra Aditya Bakti. Bandung. Cet. Ke 8. 2014. Hlm 56-59

⁴¹ (1) *Right*; tuntutan yang dapat dipaksakan pelaksanaannya untuk kinerja, tindakan, atau kesabaran dari orang lain (*an enforceable claim to performance, action or forbearance by another*). (2) *Duty*; hubungan hukum seseorang berdasarkan perintah lingkungan (masyarakat) untuk bertindak atau bersabar untuk keuntungan orang lain dengan segera atau masa datang dan yang akan dijatuhi hukuman oleh masyarakat jika tidak patuh (*the legal relation of a person who is commanded by society to act or forbear for the benefit of another person either immediately or in the future, and who will be penalized by society for disobedience*). (3) *Privilege*, hubungan hukum A ke B ketika A dalam keadaan bebas atau dengan kemauannya sendiri melakukan sesuatu sebagai keinginannya, ketika tindakannya tidak diatur untuk kepentingan B atau diperintah masyarakat dan ketika dia tidak diancam dengan hukuman karena ketidakpatuhan (*the legal relation of A to B when A with respect to B is free or at liberty to conduct himself in a certain manner as he pleases; when his conduct is not regulated for the benefit of B or the command of society and when he is not threatened with any penalty for disobedience*). (4) *No-right*, hubungan hukum seseorang yang berdasarkan masyarakat tidak diharuskan bertindak sesuatu kepada orang lain (*the legal relation of a person in whose behalf society is not commanding some particular conduct of another*). (5) *Power*, hubungan hukum A dan B ketika tindakan sukarela A menyebabkan hubungan hukum baru antara B dan A atau antara A dengan orang lain (*the legal relation of A to B when A's own voluntary act will cause new legal relation either between B and A or between A and third person*). (6) *Liability*, hubungan hukum antara A dan B ketika A dapat dibawa ke hubungan hukum baru dengan adanya tindakan sukarela dari B (*the relation of A and B when A may be brought into new legal relation by voluntary act of B*) (7) *Immunity*, hubungan A ke B ketika B tidak mempunyai kekuasaan hukum untuk mempengaruhi satu atau lebih hubungan hukum A yang ada (*the relation of A to B when B has no legal power to affect one or more the existing legal relation of A*) (8) *Disability*, hubungan A ke B ketika tanpa ada tindakan sukarela sendiri dapat menghilangkan satu atau lebih hubungan hukum B yang ada (*the relation of A to B when by no voluntary act of his own can A extinguish one or more the existing legal relations of B*). Lihat dalam Wayne Morrison yang dikutip oleh Fajar Sugianto. *Economic Analysis of Law. Seri Analisis Ke-ekonomian tentang Hukum Seri 1 Pengantar*. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. 2014. Hlm. 76

c. Pengertian dan macam-macam hak anak

Hak-hak anak adalah berbagai kebutuhan dasar yang seharusnya diperoleh anak untuk menjamin kelangsungan hidup, tumbuh kembang dan perlindungan dari segala bentuk perlakuan salah, eksploitasi dan penelantaran terhadap anak, baik yang mencakup hak sipil, ekonomi, sosial dan budaya anak⁴². Macam-macam hak-hak anak menurut beberapa peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

1) Menurut UU Perkawinan

Pasal 41 jo Pasal 45: hak anak untuk mendapat pemeliharaan dan pendidikan dari kedua orangtuanya

2) Menurut UU Kesejahteraan Anak, Pasal 2:

- a) Anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan dan bimbingan berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarganya maupun di dalam asuhan khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar.
- b) Anak berhak atas pelayanan untuk mengembangkan kemampuan dan kehidupan sosialnya, sesuai dengan kebudayaan dan kepribadian bangsa, untuk menjadi warganegara yang baik dan berguna.
- c) Anak berhak atas pemeliharaan dan perlindungan, baik semasa dalam kandungan maupun sesudah dilahirkan.
- d) Anak berhak atas perlindungan terhadap lingkungan hidup yang dapat membahayakan atau menghambat pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar.

3) Menurut Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM)

Pembagian hak dalam UU HAM dibedakan menjadi 8 bagian yaitu hak untuk hidup (Pasal 9), hak berkeluarga dan melanjutkan keturunan (Pasal 10), hak mengembangkan diri (Pasal 11-16), Hak memperoleh keadilan (Pasal 17-19), hak atas kebebasan pribadi (Pasal 20-27), hak atas rasa aman (Pasal 28-35),

⁴² Sholeh Soeaidy, Zulkhair. *Dasar Hukum Perlindungan Anak*. Novindo Pustaka Mandiri. Jakarta. 2001. Hlm 4.

hak atas kesejahteraan (Pasal 36-42), hak turut serta dalam pemerintahan (Pasal 43-44). Kemudian secara khusus juga diatur tentang hak wanita (Pasal 45-51) dan hak anak (Pasal 52-66).

Istilah UU HAM dalam mengatur hak-hak asasi menggunakan frase “setiap orang berhak”. Penafsiran dari frase tersebut adalah setiap subyek hukum yang berupa badan pribadi dan bukan subyek hukum yang berupa badan hukum. Ruang lingkup subyek hukum pribadi yang berupa orang, sebagaimana telah dikupas di atas adalah sejak janin yang berada dalam kandungan (terlepas dari polemik tentang saat mulainya sebagai janin), dan berakhir sampai orang tersebut meninggal. Dengan demikian karena anak juga merupakan subyek hukum pribadi maka semua pasal-pasal dalam UU HAM juga merupakan hak anak.

- 4) Menurut UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak sebagaimana telah diubah terakhir kali dengan UU Nomor 17 Tahun 2016
 - a) Setiap anak berhak hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.
 - b) Setiap anak berhak atas suatu nama dan status kewarganegaraan
 - c) Setiap anak berhak untuk beribadah menurut agamanya, berpikir, dan berekspresi
 - d) Setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri
 - e) Setiap anak berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan social
 - f) Setiap anak berhak memperoleh pendidikan dan pengajaran.
 - g) Setiap anak berhak menyatakan dan didengar pendapatnya, menerima, mencari, dan memberikan informasi
 - h) Setiap anak berhak untuk beristirahat dan memanfaatkan waktu luang, bergaul dengan anak yang sebaya, bermain, berekreasi, dan berkreasi.
- 5) Menurut Konvensi Hak Anak (KHA)

KHA disahkan Majelis Umum PBB pada 20 November 1989. Pada tahun 1990, Indonesia meratifikasi KHA dengan Keputusan Presiden No 36 Tahun 1990 dengan mereservasi 7 pasal

melalui Pernyataan (*Declaration*). KHA yang berisi 54 pasal itu dapat dikategorisasi dalam 4 (empat) hak yakni⁴³:

a) Hak kelangsungan hidup (*survival rights*)

Hak hidup adalah hak atas hidup dan kebutuhan dasar untuk keberlangsungan hidup anak seperti mendapatkan air susu ibu (ASI) eksklusif, imunisasi, makanan bergizi, perawatan kesehatan, kasih sayang orangtua, akte kelahiran, tempat tinggal yang layak dan lain-lain

b) Hak tumbuh dan berkembang (*development rights*)

Hak tumbuh dan berkembang adalah hak untuk mengembangkan potensi secara penuh, termasuk hak mendapatkan pendidikan (*education rights*) yang layak termasuk pendidikan usia dini, dan hak yang berkaitan dengan pemenuhan taraf hidup anak secara memadai untuk pengembangan fisik, mental, spiritual, moral dan sosial anak (*the rights to standart of living*)⁴⁴, kasih sayang, istirahat, makanan yang bergizi, belajar, bermain, motivasi, rekreasi, kegiatan untuk mengembangkan minat dan ketrampilan dan lain sebagainya.

c) Hak perlindungan (*protection rights*)

Hak perlindungan untuk mencegah terjadinya segala bentuk kekerasan, penelantaran dan eksploitasi pada anak, dengan tidak diperlakukan kasar, dihukum secara fisik dan verbal atau digunakan untuk kepentingan seksual dan ekonomi.

Hak perlindungan dalam KHA, dikemukakan atas 3 (tiga) kategori, yaitu: pasal-pasal mengenai larangan diskriminasi anak, pasal-pasal mengenai larangan eksploitasi anak, pasal-pasal mengenai krisis dan keadaan darurat anak.

⁴³ Muhammad Joni. Zulchana Z. Tanamas. *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*. Citra Aditya Bakti. Bandung. 1999. Hlm. 35

⁴⁴ Ibid. hlm 43

d) Hak berpartisipasi (*participation rights*)

Memberikan kesempatan pada anak untuk terlibat dalam hal-hal yang mempengaruhi hidup mereka sesuai dengan usia dan tingkat perkembangan anak; setiap anak berhak untuk menyampaikan pendapat, punya suara dalam musyawarah keluarga, punya hak berkeluh kesah atau curahan hati (curhat), memilih pendidikan sesuai minat dan kemampuannya, anak juga berhak mengambil keputusan dalam memilih makanan, pakaian, minat/hobby dan lain-lainnya.

6) Peraturan Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak (Permeneg PP dan PA) Nomer 12 Tahun 2011 tentang Kebijakan Pengembangan Kabupaten/Kota Layak Anak

Pada Pasal 6 Permeneg PP dan PA menyebutkan hak-hak anak yang dibedakan dalam klaster-klaster, yaitu klaster hak sipil dan kebebasan; klaster lingkungan keluarga dan pengasuhan alternatif; klaster kesehatan dasar dan kesejahteraan; klaster pendidikan, pemanfaatan waktu luang, dan kegiatan budaya; serta klaster perlindungan khusus.

Setiap klaster hak anak di atas, terdiri atas beberapa hak anak. Klaster kedua yaitu klaster lingkungan keluarga dan pengasuhan alternatif memuat hak-hak anak dalam hal bimbingan dan tanggungjawab orang tua⁴⁵, hal anak yang terpisah dari orang tua⁴⁶, hal reunifikasi⁴⁷, hal pemindahan anak secara ilegal⁴⁸, hal

⁴⁵ Memastikan anak diasuh dan dirawat oleh orang tuanya. Oleh karena itu harus dilakukan penguatan kapasitas orang tua untuk memenuhi tanggungjawabnya dalam pengasuhan dan tumbuh kembang anak, meliputi penyediaan fasilitas, informasi dan pelatihan yang memberikan bimbingan dan konsultasi bagi orang tua dalam pemenuhan hak anak, contoh: Bina Keluarga Balita (BKB).

⁴⁶ Memastikan anak untuk tidak dipisahkan dari orang tuanya kecuali pemisahan tersebut untuk kepentingan terbaik bagi anak.

⁴⁷ Memastikan anak untuk dipertemukan kembali dengan orang tuanya setelah terpisahkan, misalnya terpisahkan karena bencana alam, konflik bersenjata, orang tua berada di luar negeri, atau karena diculik dan diperdagangkan.

⁴⁸ Memastikan anak tidak dipindahkan secara ilegal dari daerahnya ke luar daerah atau ke luar negeri, contoh: larangan TKI anak.

kondisi dukungan kesejahteraan bagi anak⁴⁹, hal anak yang terpaksa dipisahkan dari lingkungan keluarga⁵⁰, hal pengangkatan/adopsi anak⁵¹, hal tinjauan penempatan secara berkala⁵², dan hal kekerasan dan penelantaran⁵³.

3. Konsep Perkawinan

a. Sumber Hukum Keluarga: *Plurality* dalam Hukum Keluarga Indonesia

Penduduk Indonesia pada jaman dahulu terisolasi antara satu daerah dengan daerah yang lain karena kondisi geografis Indonesia. Akibatnya orang-orang yang datang ke kepulauan Hindia Belanda dan membentuk masyarakat, tumbuh dan berkembang berbeda-beda sesuai dengan kondisi dan tantangan yang dihadapi.

Sebelum penjajahan Belanda, di Indonesia telah banyak berdiri kerajaan yang mempunyai tata hukum/kebiasaannya sendiri-sendiri. Pada saat penjajahan Belanda, kerajaan-kerajaan tersebut disatukan secara politik, namun masing-masing masyarakat di daerah-daerah penjajahan Belanda, masih mempertahankan budaya/hukumnya sendiri-sendiri walau proses penciptaan norma-norma maupun penegakannya tidak lagi seluruhnya berasal dari sumber Indonesia yang otonom⁵⁴. Kedatangan Belanda, serta pedagang-pedagang dari

⁴⁹ Memastikan anak tetap dalam kondisi sejahtera meskipun orang tuanya tidak mampu, contoh: apabila ada orang tua yang tidak mampu memberikan perawatan kepada anaknya secara baik maka menjadi kewajiban komunitas, desa/kelurahan dan pemerintahan daerah untuk memenuhi kesejahteraan anak.

⁵⁰ Memastikan anak yang diasingkan dari lingkungan keluarga mendapat pengasuhan alternatif atas tanggungan negara, contoh: anak yang kedua orang tuanya meninggal dunia, atau menderita penyakit yang tidak memungkinkan memberikan pengasuhan kepada anak.

⁵¹ Memastikan pengangkatan/adopsi anak dijalankan sesuai dengan peraturan, dipantau dan dievaluasi tumbuh kembangnya agar kepentingan terbaik anak tetap terpenuhi.

⁵² Memastikan anak-anak yang berada di Lembaga Kesejahteraan Sosial Anak (LKSA)/panti terpenuhi hak tumbuh kembangnya dan mendapatkan perlindungan.

⁵³ Memastikan anak tidak mendapatkan perlakuan kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia.

⁵⁴ Satjipto Rahardjo. *Hukum Dan Perubahan Sosial*. Cetakan ketiga. Genta Publishing. Yogyakarta. 2009. Hlm 6. Satjipto Rahardjo menukil pendapat Daniel S. Lev yang menyatakan hukum adat sebagaimana dikenal sekarang lebih tepat kalau disebut sebagai karya pikiran hukum Belanda, seperti ditulisnya “.....It should be recognized that once the Dutch, whatever their motives began to take interest in Adat law and to create institution for it, it became something different than before. One can no longer speak of the adat law, but rather only of a system developed by the Dutch on an original customary law base” (Lev. 1962: 209 catatan kaki).

berbagai negara ke Indonesia, seperti pedagang Gujarat (India), Cina, Spanyol, Portugis, dan lain-lain, menambah keberagaman masyarakat di Indonesia.

Pada masa penjajahan Belanda, politik hukum Hindia Belanda berlaku Pasal 131 dan 163 Indische Staatsregeling (dalam penulisan disertasi ini selanjutnya disingkat menjadi I.S). Pasal 163 IS membedakan penduduk Hindia Belanda dalam 3 golongan, yaitu: golongan Eropa, golongan timur asing meliputi timur asing cina (tionghoa) dan timur asing bukan cina (Pakistan, Arab, India, dan lain-lain), serta golongan pribumi. Pasal 131 IS memberlakukan hukum perdata yang berbeda untuk masing-masing golongan yaitu golongan Eropa berlaku BW dan WvK, golongan bumi putra berlaku hukum adat, golongan timur asing cina berlaku BW dan golongan timur asing bukan cina berlaku sebagian besar BW kecuali hukum orang dan keluarga⁵⁵.

Furnival berpendapat, bahwa masyarakat Indonesia pada masa Hindia Belanda merupakan masyarakat majemuk (*plural societies*), yakni suatu masyarakat yang terdiri atas dua atau lebih elemen yang hidup sendiri-sendiri tanpa ada pembauran satu sama lain di dalam suatu kesatuan politik. Sebagai masyarakat majemuk, menurut Furnival, masyarakat Indonesia merupakan masyarakat daerah tropis di mana mereka yang berkuasa dan mereka yang dikuasai memiliki perbedaan ras, yaitu orang Belanda sebagai penguasa, orang pribumi sebagai yang dikuasai dan golongan orang Tionghoa menempati kedudukan menengah di antara kedua golongan tersebut di atas⁵⁶.

Menurut Nasikun, konsep masyarakat majemuk masih tetap dapat dipergunakan untuk melihat masyarakat Indonesia pada masa

⁵⁵ Agus Yudha Hernoko. 2017. Slide perkuliahan Materi Hukum Orang dan Hukum Keluarga, Hukum Benda. hlm 5.

⁵⁶ J.S. Furnival. *Netherlands India: A Study of Plural Economy*. Cambridge. University Press. 1967. Hlm 446-469 dalam Nasikun. *Sistem Sosial Indonesia*. Cet. Ke dua. Penerbit Ombak. Yogyakarta. 2015. Hlm 33

kini⁵⁷ walaupun golongan-golongan penduduk seperti di atas sudah tidak ada. Perbedaan-perbedaan suku bangsa, agama, regional, dan pelapisan sosial antara yang kaya dan yang miskin, menjadi dasar bagi terjadinya pengelompokan masyarakat Indonesia. Pengelompokan masyarakat Indonesia berdasar perbedaan-perbedaan tersebut membawa akibat yang luas lagi mendalam di dalam seluruh pola hubungan-hubungan sosial di dalam masyarakat Indonesia: di dalam hubungan politik, ekonomi, hukum, kekeluargaan, dan sebagainya⁵⁸.

Sebenarnya sebelum Indonesia secara koersif berada dalam kolonialis Belanda, setiap suku bangsa di Indonesia sudah mempunyai kebiasaan/hukum adatnya sendiri-sendiri. Bahkan menurut Reid, pluralism di Indonesia memiliki basis sejarah dan ideologi yang sangat kukuh⁵⁹. Datangnya kolonialisme Belanda di Indonesia menambah adanya pluralisme tersebut.

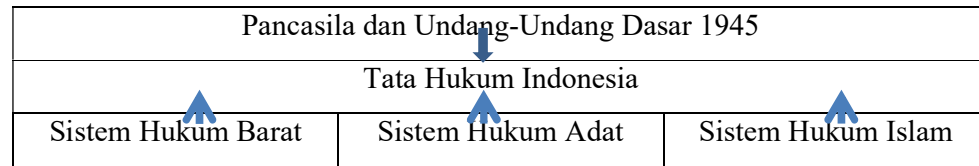
Pemaparan di atas senada dengan yang disampaikan oleh Sunaryati Hartono bahwa kenyataan antropologi dan sosiologis di Indonesia hingga kini masih memperlihatkan keragaman kultural, dan sejalan dengan itu panorama kultur hukum yang beragam pula. Pada masa kini berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 berdiri bangunan Tata Hukum Indonesia yang pluralistis yang tersusun atas Sistem Hukum Adat, Sistem Hukum Islam, Sistem Hukum Nasional dan Sistem Hukum Barat⁶⁰. Keadaan ini dapat diilustrasikan sebagai berikut:

⁵⁷ Nasikun. *Sistem Sosial Indonesia*. Cet. Ke dua. Penerbit Ombak. Yogyakarta. 2015. Hlm. 37

⁵⁸ Nasikun. Loc.Cit. hlm 59-60.

⁵⁹ Ahmad Syafii Maarif. Pluralisme sebagai Fakta Sejarah: Tanggapan atas Anthony Reid dalam *Mengelola Keragaman di Indonesia: Agama, dan Isu-Isu Globalisasi, Kekerasan, Gender, dan Bencana di Indonesia*. . Editor Bernard Adeney-Risakotta. Indonesian Consortium for Religious Studies(ICRS). Yogyakarta. 2015. Hlm. 79

⁶⁰ C.F.G. Sunaryati Hartono. *Pembinaan Hukum Nasional dalam Usaha Globalisasi Masyarakat*. Orasio Inaugurasi. 1991. Hlm 18. Dalam Bernard Arief Sidharta. *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*. Mandar Maju. Bandung. 2009. Hlm 11.



Bagan 1. Sistem Hukum Indonesia

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*code civil*) sebenarnya hanya mengatur perkawinan dalam akibat-akibatnya dasar perdata (*de wet beschouwt het huwelijk allen in zijn burgerlijke betrekkingen*) yang berarti bahwa di samping peraturan hukum mengenai perkawinan (*burgerlijke huwelijk*) itu masih dapat berlaku pula peraturan-peraturan lain misalnya peraturan agama (*kerkelijk huwelijk*), peraturan adat dan lain-lain⁶¹.

Sebagai suatu konsep akademik, pengertian *pluralisme* hukum terus berubah seiring dengan dinamika perubahan yang terjadi dalam masyarakat. Pada masa lalu *pluralisme* hukum klasik, selalu dikaitkan dengan ko-eksistensi antara berbagai sistem hukum dalam suatu arena sosial tertentu. Hal yang dilakukan oleh para ahli adalah mengidentifikasi, membuat pemetaan tentang berbagai hukum yang kemungkinan dapat ditemukan dalam suatu lapangan sosial yang dikaji: perkawinan, pewarisan, pengelolaan sumber daya alam, penyelesaian sengketa, dan banyak lagi⁶².

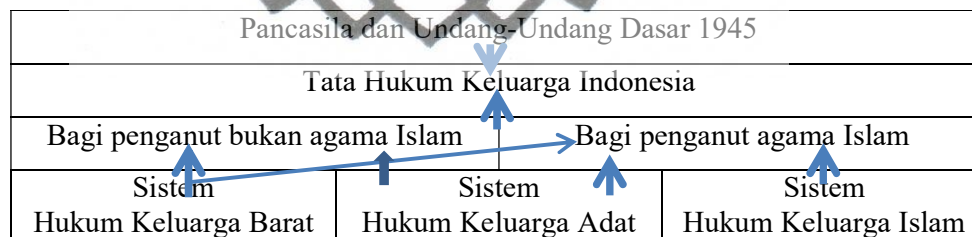
Pada masa kini, ko-eksistensi antara sistem hukum tersebut semakin kompleks karena kehadiran hukum internasional dan transnasional. Para ahli juga tidak bisa melakukan pemetaan lagi, karena masing-masing sistem hukum itu bukanlah entitas yang dapat ditemukan jelas batas-batasnya. Pertemuan antara berbagai sistem hukum yang datang dari berbagai aras dalam situasi global, menyebabkan secara substansial, batas-batas antara hukum yang satu dengan hukum yang lain menjadi kabur. Banyak terjadi adopsi,

⁶¹ Kuntjoro Purbopranoto. *Hak-Hak Asasi Manusia Dan Pancasila*. cet. ke-5. Pradnya Pramita. Jakarta. 1976. Hlm 138

⁶² Sulistyowati Irianto. *Hukum Yang Bergerak. Tinjauan Antrologi Hukum*. Yayasan obor Indonesia. Jakarta. 2009. Hlm. xv-xvi

adaptasi, saling pengaruh di antara sistem hukum yang saling bertemu⁶³. Dengan kesadaran atas kondisi seperti itu, maka di Indonesia, batas-batas antara hukum adat, hukum barat, hukum Islam dan tata hukum Indonesia menjadi tidak jelas.

Sebagaimana disampaikan di muka bahwa Undang-Undang Perkawinan beserta peraturan organiknya mencoba melakukan unifikasi di bidang hukum keluarga, namun belum sepenuhnya berhasil. Perkembangan hukum keluarga di Indonesia tidak dapat lepas dari tata hukum Indonesia maupun dari pergerakan dan pergesekan hukum dari berbagai arah baik dari lokal maupun dari global. Hukum keluarga sebagai hukum yang sarat nilai, sangat dipengaruhi oleh nilai-nilai dari masyarakat tempat hukum tersebut berada. Khususnya dalam hukum keluarga maka pendapat bahwa *law as a mirror of society* (hukum merupakan pencerminan dari masyarakatnya), sangat tepat. Selama masyarakat Indonesia masih heterogen, begitupun dengan hukum keluarganya. Oleh karenanya dapat dikatakan sampai sekarang masih ada keanekaragaman (*plurality*) dalam sistem hukum di Indonesia, khususnya hukum keluarga di Indonesia. Kondisi hukum keluarga di Indonesia dapat dilihat pada ragaan 2 berikut



Bagan 2. Sistem Hukum Keluarga Indonesia sekarang

Ragaan 2 di atas menerangkan bahwa di Indonesia terjadi unifikasi hukum keluarga yang terdefrensiasi⁶⁴. Terjadi unifikasi dengan adanya UU Perkawinan yang berlaku untuk seluruh warga negara Indonesia, namun kemudian terjadi defrensiasi, yaitu

⁶³ Ibid. hlm xvi.

⁶⁴ Istilah ini peneliti sadur dari Jenie Ismiyati. Materi mata kuliah Keluarga. Magister Kenotariatan FH UGM. Yogyakarta. 2015

pembedaan hukum keluarga yang berlaku untuk WNI beragama Islam dan WNI yang tidak beragama Islam.

Implikasi dari unifikasi yang terdefrensiasi tersebut di bidang regulasi, dikenal adanya UU Perkawinan, Peraturan Pemerintah (PP) dan BW/KUH Perdata yang dapat berlaku untuk semua penduduk Indonesia⁶⁵, serta Kompilasi Hukum Islam yang khusus berlaku untuk penduduk Indonesia yang beragama Islam dan ketentuan-ketentuan hukum agama/kepercayaan tertentu yang khusus berlaku bagi pemeluknya di samping ketentuan-ketentuan hukum adat yang telah menjadi tradisi dalam pergaulan hidup masyarakat Indonesia. Khusus bagi warganegara Indonesia yang bekerja sebagai pegawai negeri sipil maka masih ada ketentuan lain yang berlaku seperti PP Nomor 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan Dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil dan PP Nomor 45 Tahun 1991 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan Dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil.

⁶⁵ Pemahaman mengenai BW dan KUH Perdata harus dibedakan satu sama lain dan dilakukan secara berhati-hati. BW dan KUH Perdata, tidaklah sama walau serupa. BW berlaku di Hindia Belanda berdasar asas konkordansi dan pada jaman penjajahan Jepang juga masih berlaku berdasar aturan Peralihan Pasal 3 UU Nomor 1 Tahun 1942. Kemudian berdasar aturan peralihan UUD 1945, KRIS, dan UUDS 1950, BW sampai sekarang masih berlaku, Kedudukan BW pada saat ini bukan lagi sebagai Kitab Undang-Undang yang bulat dan utuh seperti pada saat pertama kali dikodifikasi. Beberapa bagian sudah tidak berlaku lagi. Lihat dalam Agus Yudho Hernoko. Slide Perkuliahan Hukum Perdata: Materi Hukum Orang dan Keluarga, Hukum Benda. 2017. hlm 7. Sementara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang merupakan terjemahan dari Burgerlijke Wetboek (BW) walaupun tidak secara resmi, berlaku sebagai hukum dikarenakan adanya atau berdasarkan asas bahwa sesuatu pola/kebiasaan yang dilakukan secara berulang-ulang (terus menerus) dan masyarakat menerimanya akan mengikat secara normative (*opinion necessitates*). Asas ini dapat dilihat pada Peter Mahmud Marzuki. *Pengantar Ilmu Hukum*. Cetakan kedelapan. Prenada Media Group. Jakarta. 2015. hlm 56. KUH Perdata dapat berlaku untuk semua penduduk Indonesia walaupun berlakunya berdasar asas pilihan hukum (*Rechtkeuze*). Lihat dalam E. Sundari dan M.G. Endang Sumiarni. *Politik Hukum dan Tata Hukum Indonesia*. Cahaya Atma Pustaka. Yogyakarta. 2015. Hlm 15. Pilihan hukum ini selama diperkenankan dan selama peraturan yang ada menunjuk pada keberlakuan KUH Perdata. Hal ini biasanya dikarenakan peraturan yang lebih baru belum mengaturnya. Munir Fuady menyatakan bahwa sesuai dengan perkembangan dalam yurisprudensi, maka banyak ketentuan KUH Perdata berlaku bagi semua penduduk Indonesia tanpa melihat golongan asal usul mereka. Dalam hal ini semua orang Indonesia tanpa melihat golongan penduduknya, dianggap telah menundukkan diri secara diam-diam kepada sistem hukum yang terdapat dalam KUH Perdata. Lihat Munir Fuady. *Konsep Hukum Perdata*. RajaGrafindo Persada. Jakarta. 2015. Hlm. 2

Dengan redaksi kalimat yang lain, penjabaran di atas dapat disampaikan sebagai berikut. Hukum keluarga di Indonesia berhasil diunifikasi dengan diundangkannya UU Perkawinan pada tahun 1974. Dengan berlakunya UU Perkawinan maka mengenai ketentuan-ketentuan perkawinan sebelum berlakunya UU Perkawinan dinyatakan tidak berlaku lagi. Ketentuan-ketentuan itu adalah:

- 1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*),
- 2) Ordinansi Perkawinan Indonesia Kristen (*Huwelijk Ordonantie Christen Indonesia*) S.1933 No.74
- 3) Peraturan Perkawinan Campuran (*Regeling op gemeng de Huwelijken* S.1898 No.158)
- 4) Peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan

Dalam unifikasi ketentuan hukum keluarga dengan adanya UUP, apabila dicermati ternyata terdapat defrensiasi. Hal ini ditemui dalam beberapa pasal, misalnya Pasal 2 ayat (1)⁶⁶, Pasal 8 (f)⁶⁷ dan Pasal 66⁶⁸.

Dari ketentuan di atas, secara eksplisit dapat diinterpretasikan bahwa berdasar Pasal 2 UU Perkawinan, tentang keabsahan perkawinan diserahkan negara pada ketentuan masing-masing agama/kepercayaan mempelai. Berdasar Pasal 8 huruf f, ada penambahan larangan kawin yang diserahkan negara pada ketentuan masing-masing agama/kepercayaan mempelai. Berdasar Pasal 66 UU Perkawinan, hal-hal yang belum diatur dalam UU Perkawinan maka berlaku ketentuan-ketentuan dalam KUH Perdata, Ordonansi

⁶⁶ Bunyinya: Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut **hukum masing-masing agama dan kepercayaannya** itu.

⁶⁷ yang mempunyai hubungan yang oleh **agamanya atau peraturan lain** yang berlaku dilarang kawin

⁶⁸ 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/BW*), 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.

Perkawinan Indonesia Kristen (*Huwelijk Ordonantie Christen Indonesia*/HOCI 1933 No.74, Peraturan Perkawinan Campuran (*Regeling op gemeng de Huwelijken* S.1898 No. 158), dan Peraturan-peraturan lain, yang sudah lebih dahulu berlaku sebelum UU Perkawinan.

Berdasar uraian di atas maka secara implisit dalam hukum keluarga Indonesia, selain berlaku hukum nasional juga berlaku hukum agama, hukum kepercayaan/adat dan juga ketentuan-ketentuan dalam peraturan perkawinan yang lalu sepanjang belum diatur dalam UU Perkawinan.

Berlakunya peraturan-peraturan di atas sesuai dengan peruntukannya saat diundangkan, misalnya apabila pemberlakuan HOCI diperlukan saat ini, maka berlakunya juga hanya untuk orang-orang yang beragama Kristen. Untuk peraturan-peraturan yang sekarang sudah tidak ada lagi golongan masyarakat yang dimaksudkan seperti BW maka daya berlakunya berdasar penundukan diri⁶⁹ bagi pihak-pihak yang memerlukan, kecuali apabila untuk suatu golongan masyarakat sudah berlaku hukum tertentu yang bersifat memaksa maka tidak boleh merempuh lagi alternatif penundukan diri.

Pengaturan sama dapat ditemui pada PP No 9 tahun 1975, Pasal 47 dan penjelasannya, yang menyatakan:

Dengan dikeluarkannya Peraturan pemerintah ini maka ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang perkawinan yang telah ada, apabila telah diatur di dalam Peraturan Pemerintah ini dinyatakan tidak berlaku lagi.

Selain hal yang tersebut di atas maka dalam hal suatu ketentuan yang diatur dalam Peraturan Pemerintah ini telah diatur dalam peraturan perundang-undangan tentang perkawinan yang ada maka diperlakukan Peraturan Pemerintah ini yakni apabila:

⁶⁹ Pranata penundukan diri diatur dalam statblad 1917-12 jo 528 yang mulai berlaku pada tanggal 1 oktober 1917 dan sampai sekarang belum pernah dicabut, namun ada beberapa pendapat yang menyatakan bahwa lembaga penundukan diri ini sudah tidak sesuai pada alam kemerdekaan sehingga lebih baik memakai istilah pilihan hukum. Hanya saja patut diingat bahwa asas pilihan hukum ada berdasar konsekuensi dari adanya asas kebebasan berkontrak yang hanya dikenal dalam hukum kontrak dan selama ini tidak dikenal dalam bidang hukum perdata yang lain seperti hukum keluarga.

- a. Peraturan perundangan yang telah ada memuat peraturan yang sama dengan Peraturan Pemerintah
- b. Peraturan perundangan yang telah ada belum lengkap pengaturannya
- c. Peraturan perundangan yang telah ada bertentangan dengan Peraturan Pemerintah.

Unifikasi terdefrensiasi di atas, dipertegas dengan adanya Inpres No 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, yang berlaku khusus untuk penduduk beragama Islam.

Agus Yudha Hernoko memberi istilah dan pemaknaan lain untuk kondisi di atas. Agus mengatakan telah terjadi unifikasi secara administratif (formalitas) namun untuk substansi masih bersifat pluralistik⁷⁰.

Dalam bidang kelembagaan, semula permasalahan di bidang hukum keluarga ditangani oleh peradilan umum. Adanya UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (dalam penulisan disertasi ini selanjutnya disingkat menjadi UU Peradilan Agama) sebagaimana telah diubah terakhir kali dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan kedua atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (dalam penulisan disertasi ini selanjutnya disingkat menjadi UU P Peradilan Agama), yang merupakan kelembagaan khusus untuk menyelesaikan perselisihan dalam bidang hukum keluarga bagi penduduk beragama Islam maka saat ini ada dua kelembagaan yaitu pengadilan negeri untuk penduduk beragama selain Islam dan Pengadilan Agama untuk penduduk yang beragama Islam. Dengan demikian maka lengkaplah adanya 2 sistem hukum keluarga di Indonesia terkait substansi dan struktur, yang berpuncak pada Mahkamah Agung.

Berdasar paparan di atas, maka ketentuan hukum keluarga di Indonesia, dapat diklasifikasikan sebagai berikut:

⁷⁰ Agus Yudho Hernoko. 2017. Slide perkuliahan Materi Hukum Orang dan Hukum Keluarga, Hukum Benda. Hlm. 26.

1) Ketentuan hukum keluarga bagi penduduk Indonesia beragama Islam

- a) Substansi: ketentuan yang berlaku UU Perkawinan, PP, KHI⁷¹, UU Nomor 22 Tahun 1946 jo UU Nomor 32 Tahun 1954 tentang Nikah, Talak, dan Rujuk (UU NTR)⁷², hukum adat, hukum Islam, dan KUH Perdata. Hubungan antara keempat peraturan di atas adalah sebagai berikut. Ketentuan yang utama adalah UU Perkawinan dan peraturan organiknya yaitu PP Nomor 9 Tahun 1975. Dalam hal-hal yang belum diatur dalam UU Perkawinan dan PP maka KHI memberikan pengaturan yang lebih detail. Khusus untuk pencatatan tentang nikah, talak dan rujuk maka berlaku UU NTR. Dalam hal keempat peraturan di atas, tidak/belum mengatur maka pencari keadilan dapat mencari ketentuannya dalam KUH Perdata⁷³ dan ketentuan-ketentuan tentang perkawinan yang pernah berlaku. Apabila dalam perundang-undangan tersebut belum juga diatur maka hakim Pengadilan agama akan mencari rujukan di hadist,

⁷¹ Sehubungan dengan keberadaan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, ada empat ketetapan yang berhubungan. Pertama, Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama No. 07/KMA/1985 dan No.25 Tahun 1985, yang ditetapkan di Yogyakarta tanggal 21 Maret 1985, tentang Penunjukan Pelaksana Proyek Pembangunan Hukum Islam melalui Yurisprudensi. Kedua, Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991, yang ditetapkan di Jakarta, tanggal 10 Juni 1991, tentang instruksi penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam. Ketiga, Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991, yang ditetapkan di Jakarta tanggal 22 Juli 1991, tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1/1991. Keempat, Surat Edaran Direktur Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam No. 3694/EV/HK.00.3/AZ/91, tentang Penyebarluasan Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991. Lihat dalam Abdurrahman. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*. cet. ke 2 Jakarta AKAPRES 1995.Hlm. 98-111

⁷² Di Indonesia pembaruan Hukum Perkawinan Islam dilakukan dengan lahirnya UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, namun sebelumnya telah lahir UU No. 22 Tahun 1946, dan diperluas wilayah berlakunya untuk seluruh Indonesia dengan UU No. 32 Tahun 1954, yakni Undang-undang tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk. Hanya saja Undang-Undang ini hanya mengatur masalah administrasi, yakni pencatatan. Lihat dalam Umar Haris Sanjaya. Aunur Rahim Faqih. *Hukum Perkawinan Islam*. Gama Media. Yogyakarta. 2017.Hlm. XI

⁷³ Posisi KUH Perdata dalam sistem hukum Indonesia sebenarnya sangat unik. Posisi KUH Perdata dapat dibedakan dalam 2 kedudukan. Pertama, KUH Perdata berposisi sebagai hukum yang hidup (*living law*) apabila pasal-pasal dalam KUH Perdata diberlakukan berdasar Pasal 66 UU Perkawinan yaitu dalam hal belum ada pengaturan pada perundang-undangan setelah kemerdekaan maka dapat ketentuan-ketentuan dalam KUH Perdata menjadi berlaku. Kedua, posisi KUH Perdata sebagai sumber hukum jika pasal-pasal dalam KUH Perdata sudah diatur dalam perundang-undangan yang ada sekarang setelah kemerdekaan.

dan pendapat ulama yang dihimpun dalam buku fiqh. Hal ini sebagaimana dinyatakan oleh Euis Nurlaelawati yaitu

*The ranking order of the references follows the hierarchy of the sources. The Qur'anic texts are put in the first rank, followed by the Prophetic saying(s), and then by the opinions of 'ulam derived from the fiqh books*⁷⁴.

- b) Kelembagaan: Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama dan Mahkamah Agung, sementara khusus untuk pelaksanaan dan pencatatan perkawinan di bawah Kantor Urusan Agama (KUA).
- 2) Ketentuan hukum keluarga bagi penduduk Indonesia beragama bukan Islam
 - a) Substansi: ketentuan yang berlaku UU Perkawinan, PP, hukum adat, dan KUH Perdata. Hubungan antara keempat peraturan di atas adalah sebagai berikut. Ketentuan utama harus melihat pada UU Perkawinan dan peraturan organiknya yaitu PP Nomor 9 Tahun 1975. Apabila dalam kedua peraturan di atas tidak ditemukan maka dapat dicari dalam hukum adat maupun KUH Perdata. KUH Perdata yang dimaksud di sini meliputi GHR, dan HOCI.
 - b) Kelembagaan: Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung, sedangkan khusus untuk perkawinan dilakukan di tempat ibadah masing-masing dan dicatatkan di Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil.

Apabila diperagakan narasi terkait unifikasi yang terdefrensiasi di atas maka nampak sebagaimana di bawah ini.

⁷⁴ Euis Nurlaelawati. *Modernization, Tradition, And Identity: The Kompilasi Hukum Islam And Legal Practice in The Indonesian Religious Courts*. Amsterdam University Press. Amsterdam. 2010. Hlm 133. Terjemahan oleh peneliti: Tingkatan referensi yang dirujuk mengikuti sumber hierarkhis sebagai berikut yaitu teks Al-Qur'an menempati ranking pertama, diikuti oleh hadits, dan kemudian pendapat ulama dari buku fiqh

Tabel 2. Unifikasi terdefrensiasi dalam hukum keluarga di Indonesia

Aspek	Penduduk beragama Islam	Penduduk beragama bukan Islam	Keterangan
Perundang-undangan	UU Perkawinan beserta aturan organiknya yaitu PP Nomor 9 Tahun 1975		Unifikasi
	UU NTR	Hukum adat, KUH Perdata	Unifikasi terdefrensiasi
	KHI		
	Hukum Adat, Hukum Islam, KUH Perdata		
Kelembagaan dalam hal perkawinan	Pengadilan Agama, KUA	Pengadilan Negeri, Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil.	Unifikasi terdefrensiasi
Kelembagaan dalam hal kematian	Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil, Balai Harta Peninggalan	Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil, Balai Harta Peninggalan	Unifikasi
Kelembagaan dalam hal perceraian/pembatalan perkawinan	Pengadilan Agama, Kantor Urusan Agama	Pengadilan Negeri, Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil	Unifikasi terdefrensiasi
Kelembagaan dalam hal perwalian	Pengadilan Agama, Balai Harta Peninggalan	Pengadilan Negeri, Balai Harta Peninggalan	Unifikasi terdefrensiasi

b. Perkawinan sebagai Pintu Pembentuk Keluarga

Sejak jaman dahulu, keluarga merupakan unit terkecil di masyarakat dan dipercaya sebagai institusi yang sangat penting karena keluarga merupakan cikal bakal pelanjutan generasi maupun ras manusia.

Sedemikian pentingnya kedudukan dan peran keluarga maka baik hukum agama maupun hukum adat yang kemudian juga diikuti oleh hukum negara, mengatur secara khusus tentang keluarga. bagaimana pembentukan keluarga, hak dan kewajiban masing-masing anggota keluarga dan sebagainya.

Jika dahulu keluarga diyakini sepenuhnya termasuk dalam hukum privat yaitu hukum yang mengatur perhubungan antara pribadi, namun sejak semakin disadarinya bahwa masyarakat Indonesia khususnya dan masyarakat Asia umumnya bersifat komunal, di mana kepentingan pribadi/individu berdampingan dengan kepentingan umum/masyarakat, kepentingan individu membawa pengaruh besar dan harus mengalah pada kepentingan umum/masyarakat, maka terjadilah pergeseran sebagian hukum keluarga ke ranah hukum publik.

KUH Perdata walaupun menyatakan bahwa perkawinan merupakan hubungan keperdataan namun banyak pasal-pasal dalam buku II KUH Perdata yang mengatur campur tangan Negara khususnya dalam hal perlindungan hukum untuk anak melalui kelembagaan yang disebut dewan perwalian. Hal ini ditegaskan Pitlo yang menyebutkan. *Het familierecht ligt dan ook op de grens van publiekrecht en privaatrecht. Nutteloos is het te strijden over de vraag of het publiekrecht dan wel privaatrecht is. Het is een mengvorm*⁷⁵.

Dari pernyataan Pitlo tersebut maka hukum keluarga merupakan hukum campuran karena disamping karakternya sebagai hukum perdata di dalamnya terdapat kehadiran Negara/pemerintah, yang memberikan karakter hukum publik.

Apabila ditinjau dari Hukum Islam maka tidak ada pembagian hukum publik dan hukum privat. Hukum Perkawinan atau hukum keluarga dalam hukum Islam, bukan hanya privat saja bahkan lebih banyak publiknya karena bagi muslim yang sudah mampu maka diwajibkan untuk menikah. Dengan adanya kewajiban tersebut maka diatur pula kewajiban untuk suami-istri dan ayah-ibu serta anak terhadap sesama anggota keluarga.

⁷⁵ A. Pitlo. *Het System Van Het Nederlandse Privaatrecht*. H.D. Tjeenk Willink Groningen. Groningen. 1971. Hlm. 260. Terjemahan Google: Hukum keluarga berada di perbatasan hukum publik dan hukum *privat*. Tidak ada gunanya berdebat tentang apakah hukum publik atau hukum *privat* itu. Ini adalah bentuk campuran.

Di Indonesia, hal tersebut diejawantah antara lain dengan keluarnya UU Kesejahteraan Anak, UU Perlindungan Anak, UU PKDRT, yang mengatur secara khusus beberapa hal terkait keluarga, dengan UU Perkawinan, PP, KHI dan KUH Perdata sebagai ketentuan umumnya.

1) Pengertian dan tujuan perkawinan

Pengertian Perkawinan menurut Ketentuan Pasal 1 UU Perkawinan, perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga/rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Sementara berdasar Pasal 2 KHI, perkawinan yaitu akad yang sangat kuat atau *misaqon ghaliza* untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah. Selanjutnya dalam Pasal 3 KHI dinyatakan tujuan perkawinan yaitu untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawadah, dan rahmah.

Berdasarkan pengertian di atas nyatalah bahwa perkawinan bukan hanya menyangkut aspek materil namun juga aspek immateriel. Tidak sekedar menyangkut yang hanya nampak dari luar tapi juga yang ada di dalam jiwa, sehingga suatu kebahagiaan/keberhasilan suatu keluarga tidak hanya dilihat dari harta kekayaannya saja tapi juga kecerahan roman muka penghuninya.

Keluarga juga bukan hanya urusan dunia namun juga urusan akhirat karena dalam berkeluarga harus berdasarkan pada Ketuhanan Yang Maha Esa. Jadi, perkawinan merupakan perikatan keagamaan karena akibat hukumnya adalah mengikat pria dan wanita dalam suatu ikatan lahir dan batin sebagai suami istri dengan tujuan yang suci dan mulia yang didasarkan atas Ketuhanan yang Maha Esa itu mempunyai hubungan erat sekali dengan

agama/kerohanian, sehingga perkawinan bukan saja mempunyai unsur lahiriah/jasmani, tetapi juga unsur batiniah/ rohaniah⁷⁶. Dengan demikian diharapkan suatu keluarga dapat lebih kokoh dalam menghadapi masalah ataupun rintangan dalam berkeluarga.

Sejalan dengan pemikiran di atas, Hilman Hadikusuma menjelaskan bahwa menurut hukum adat, terjadinya suatu ikatan perkawinan bukan semata-mata membawa akibat terhadap hubungan-hubungan keperdataan, seperti hak dan kewajiban suami istri, harta bersama, kedudukan anak, hak dan kewajiban orangtua, tetapi juga menyangkut hubungan-hubungan adat istiadat, kewarisan, kekeluargaan, kekerabatan, dan ketetanggaan serta kewajiban menaati perintah dan larangan keagamaan, baik dalam hubungan manusia dengan Tuhannya (ibadah) maupun hubungan manusia sesama manusia (mu'amalah) dalam pergaulan hidup agar selamat dunia dan akhirat⁷⁷. Dengan demikian, menurut hukum adat, perkawinan bukan saja perikatan perdata tetapi juga perikatan adat, dan perikatan kekerabatan dan ketetanggaan⁷⁸.

Menyadari hal di atas, pemerintah melalui Undang-Undang Nomor 52 Tahun 2009 tentang Perkembangan Kependudukan dan Pembangunan Keluarga, mengatur tentang pembangunan keluarga. Pembangunan keluarga adalah upaya mewujudkan keluarga berkualitas yang hidup dalam lingkungan yang sehat. Pembangunan keluarga bertujuan untuk meningkatkan kualitas keluarga agar dapat timbul rasa aman, tenteram, dan harapan masa depan yang lebih baik dalam mewujudkan kesejahteraan lahir dan kebahagiaan batin.

⁷⁶ Muhammad Syaifuddin dkk. *Hukum Perceraian*. Cet. Kedua. Sinar Grafika. Jakarta. 2014. Hlm 2.

⁷⁷ Hilman Hadikusuma.. *Hukum Perkawinan Indonesia*. Mandar Maju. Bandung. 2007. Hlm 8

⁷⁸ Muhammad Syaifuddin dkk. Op.Cit. Hlm 4.

2) Asas-Asas perkawinan

Asas-asas Perkawinan dalam UU Perkawinan sesuai nilai yang dihayati bangsa Indonesia yakni (1) Tujuan Perkawinan adalah mencipta keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, (2) Perkawinan sah bila diselenggarakan berdasarkan hukum agama, (3) pada dasarnya dianut asas monogami, (4) calon mempelai hendaknya sudah matang jiwa dan raga, (5) istri punya kedudukan sederajat dengan suami, dan (6) asas perceraian dipersulit⁷⁹.

Selain asas-asas di atas, masih terdapat banyak asas yang dapat digali di dalamnya, misal asas kepastian hukum, asas publisitas, asas nasionalitas, dan lain-lain⁸⁰.

3) Syarat-syarat perkawinan

Syarat-syarat perkawinan dapat dibedakan menjadi syarat materil dan syarat formil. Syarat-syarat yang ada dalam Pasal 6 sampai Pasal 11 UU Perkawinan dan PP Nomor 9 tahun 1975, adalah syarat materil, sedangkan Pasal 12 UU Perkawinan adalah syarat formil yang juga disebut tatacara perkawinan. Syarat-syarat materil yang dapat dijumpai pada Pasal 6 sampai Pasal 11 UU Perkawinan adalah sebagai berikut:

- a) Perkawinan berdasar kesepakatan kedua mempelai dan Ijin perkawinan dari orangtua/wali.
- b) Batas umur perkawinan bagi laki-laki adalah 19 tahun dan bagi perempuan adalah 16 tahun
- c) Ada larangan perkawinan baik yang bersifat absolut maupun relatif.

⁷⁹ Moch. Isnaeni. 2017. Hukum Orang Dan Keluarga Dan Prinsip-Prinsip Hukum Benda. *Makalah*. Penataran Prinsip-Prinsip Hukum Perdata Bagi Dosen Hukum Perdata. Program Studi Magister Ilmu Hukum dan Pusat Pendidikan Dan Pelatihan profesi Hukum. Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Surabaya, 23-24 Agustus 2017. Hlm 5.

⁸⁰ Agus Yudho Hernoko. 2017. Slide perkuliahan Materi Hukum Orang dan Hukum Keluarga, Hukum Benda. Hlm 32

- d) Orang yang sedang menikah tidak boleh menikah lagi, perkecualian ada pada Pasal 3 ayat (2) dan 4
- e) Pasangan sama yang pernah bercerai dua kali maka tidak boleh menikah untuk yang ketiga kali, kecuali diperbolehkan oleh hukum agama
- f) Bagi yang sedang dalam masa tunggu/idah, tidak boleh menikah, yaitu selama:
 - (1) Bagi yang belum pernah melakukan hubungan suami istri maka masa idahnya adalah 0 hari
 - (2) Bagi yang pernah melakukan hubungan suami istri jika masih menstruasi maka masa idahnya adalah tiga kali suci atau minimal 90 hari, sedangkan bagi yang sudah tidak menstruasi maka masa idahnya adalah 90 hari.
 - (3) Bagi istri yang sedang hamil maka masa idahnya sampai dia melahirkan
 - (4) Bagi istri yang ditinggal mati suaminya maka masa idahnya adalah 130 hari.

Adanya ketentuan tentang masa idah ini dimaksudkan untuk menghindari percampuran darah atau *confusio sanguinis*. Latar belakang medis dalam pasal ini untuk memastikan bahwa dalam rahim janda tersebut sudah bersih dari benih suami terdahulu⁸¹. Ketentuan tentang masa idah juga dapat ditemui dalam KUH Perdata. Perbedaannya dengan UU Perkawinan adalah bahwa dalam KUH Perdata, masa tunggu janda adalah selama 300 hari dan tanpa membedakan penyebab putusnya

⁸¹ Moch. Isnaeni. *Hukum Perkawinan Indonesia*. Cet. Ke 2. PT Revka Petra Media. Surabaya. 2016. Hlm 123. Lebih lanjut dijelaskan saat menjadi narasumber pada penataran Prinsip-Prinsip Hukum Perdata Bagi Dosen Hukum Perdata. Program Studi Magister Ilmu Hukum dan Pusat Pendidikan Dan Pelatihan profesi Hukum. Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Surabaya, 23-24 Agustus 2017, bahwa ada persamaan prinsip tentang masa idah antara UU Perkawinan dan KUH Perdata/BW, namun juga ada perbedaan signifikan. BW tidak mengenal pembedaan masa idah, semua ditetapkan masa idahnya 300 hari sementara UU Perkawinan mengenal pembedaan masa idah berdasar penyebab. Setelah diteliti maka penentuan di UU Perkawinan berdasar ketentuan ayat-ayat dalam Al-Qur'an.

perkawinan (apakah karena cerai mati atau karena cerai hidup) dan kondisi dari si perempuan (apakah belum pernah disetubuhi, pernah bersetubuh atau sedang dalam kondisi hamil).

4) Tatacara perkawinan

Menurut PP Nomor 9 Tahun 1975, tatacara perkawinan meliputi tahap pemberitahuan, penelitian, pengumuman, dan pelaksanaan. Pemberitahuan dilakukan secara lisan atau tertulis oleh calon mempelai, orangtua atau wakilnya kepada pegawai pencatat dalam waktu minimal 10 hari sebelum perkawinan dilaksanakan. Pemberitahuan memuat nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, tempat kediaman calon mempelai dan apabila salah seorang atau keduanya pernah kawin, disebutkan juga nama istri atau suaminya terdahulu.

Penelitian dilakukan untuk melihat pemenuhan syarat-syarat perkawinan oleh calon mempelai dan tidak adanya hal yang termasuk penghalang perkawinan. Selain itu juga diteliti mengenai syarat-syarat dalam hal kondisi khusus misalnya penelitian terhadap surat kematian untuk yang menikah kedua kali, penetapan ijin pengadilan dan ijin istri jika merupakan perkawinan poligami, penetapan ijin pengadilan jika merupakan dispensasi perkawinan, dan lain-lain.

Pengumuman dilakukan setelah lolos tahap penelitian. Pengumuman dilakukan dengan menempelkan formulir pengumuman di kantor pencatatan perkawinan yang berisi identitas calon mempelai, identitas orangtua mempelai dan waktu serta tempat perkawinan akan dilaksanakan.

Perkawinan dilaksanakan sesuai hukum agama dan kepercayaan calon mempelai di hadapan pegawai pencatat dan 2 (dua) orang saksi. Setelah itu penandatanganan akta nikah oleh kedua mempelai, pegawai pencatat dan kedua saksi. Dengan

penandatanganan di akte perkawinan tersebut maka perkawinan telah resmi tercatat.

5) Akibat hukum perkawinan

a) Hubungan suami istri

Pasangan yang melakukan perkawinan maka di antara keduanya tercipta hubungan suami istri dengan kewajiban dan hak sebagaimana diatur dalam undang-undang yaitu suami sebagai kepala keluarga dan istri sebagai pengatur rumah tangga.

b) Hubungan orangtua-anak

Apabila ada anak yang dilahirkan dalam perkawinan atau sebagai akibat dari perkawinan tersebut maka mempunyai hubungan hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 45 UUP. Pasal tersebut mengatur hak dan kewajiban antara orangtua dan anak saling bertimbal balik. Orangtua berkewajiban memelihara dan mendidik anak sampai menikah atau mampu berdiri sendiri (mandiri). Kewajiban anak adalah menghormati dan memelihara orangtua jika kelak orangtua memerlukan.

Tentang kewajiban orangtua yang melahirkan kekuasaan orangtua, selanjutnya akan dibahas dalam sub tersendiri dalam disertasi ini.

c) Hubungan harta kekayaan keluarga

Setelah ada perkawinan maka ada pengaturan tersendiri tentang harta kekayaan yang dimiliki para pihak sebagai suami istri yang dapat ditemukan dalam Pasal 35 UU Perkawinan. Dari pasal tersebut maka dapat diketahui bahwa ada harta bawaan (harta gono) dan harta bersama (harta gono gini).

Harta bawaan adalah harta yang diperoleh para pihak sebelum perkawinan. Harta bersama adalah harta yang diperoleh setelah perkawinan⁸².

KHI mengatur tentang harta kekayaan dalam perkawinan dari Pasal 85 sampai Pasal 97. Dalam KHI juga mengenal harta bersama dan harta bawaan.

Harta kekayaan keluarga tidak hanya terdiri atas harta suami istri, tetapi anak sebagai anggota dari keluarga tersebut juga dimungkinkan mempunyai harta sendiri yang terpisah dari harta orangtua. Harta anak sebagaimana halnya harta gono didapat dari hasil pencaharian anak itu sendiri, dari pemberian orang, dari hibah wasiat dan dari warisan⁸³. Harta anak yang merupakan hasil pencaharian anak itu sendiri seperti saat anak mendapat uang dari hasil mengirim puisi atau karangan ke surat kabar, atau dari hasil anak tersebut berjualan sesuatu. Harta anak dari pemberian orang adalah seperti saat anak mendapat hadiah dari sekolahnya karena menduduki rangking pertama di kelasnya.

Pasal 35 UU Perkawinan tersebut merupakan hukum pelengkap/pengatur (*aanvullend/regelend recht*), bukan hukum pemaksa (*dwingend recht*). Hal ini dapat diketahui dari ayat (2) pasal tersebut yang menyatakan bahwa “..... sepanjang tidak diatur lain oleh para pihak” dan adanya Pasal 29 UU Perkawinan yang mengatur tentang perjanjian perkawinan. Apabila para pihak tidak mengatur sendiri harta kekayaannya maka Pasal 35 tersebut berlaku, namun apabila para pihak mengatur harta kekayaannya setelah perkawinan dengan

⁸² Moch. Isnaeni. *Hukum Perkawinan Indonesia*. Surabaya. Revka Petra Media. 2016. Hlm 154.

⁸³ Purnadi Purbacaraka dan A Ridwan Halim. *Filsafat Hukum Perdata: Dalam Tanya Jawab*. Cet ke 2. Jakarta. CV Rajawali. 1987. Hlm 73.

membuat perjanjian perkawinan maka Pasal 35 tersebut tidak berlaku. Pengaturan yang sama juga dapat ditemui dalam KHI.

Dalam perkembangan berikutnya, Pasal 29 yang memungkinkan pihak suami istri membuat perjanjian perkawinan hanya sebelum dan pada saat menikah, diperbaharui Mahkamah Konstitusi (MK) dengan keluarnya putusan MK nomor 69/PUU-XIII/2015. Putusan MK tersebut mengubah beberapa hal yang mendasar dari Pasal 29, yaitu:

- 1) Perjanjian perkawinan dapat dibuat setelah pernikahan.
- 2) Perjanjian perkawinan harus berbentuk tertulis yang disahkan oleh pejabat pencatat perkawinan atau notaris⁸⁴.
- 3) Walaupun perjanjian perkawinan dibuat setelah perkawinan namun dapat berlaku surut yaitu sejak perkawinan dilaksanakan.
- 4) Isi perjanjian perkawinan dapat mengenai harta benda perkawinan dan atau dimungkinkan perjanjian lain.
- 5) Perjanjian perkawinan dapat dirubah dan atau dicabut selama perkawinan.

c. Pertanggungjawaban terhadap anak dan Kekuasaan orangtua

Pertanggungjawaban terhadap anak ditetapkan secara eksplisit pada Pasal 20 sampai 26 UU Nomor 34 Tahun 2014. Secara umum yang bertanggungjawab adalah negara, pemerintah, pemerintah daerah,

⁸⁴ Adanya klausul ini maka peneliti mengidentifikasi perjanjian perkawinan sebagai perjanjian formil, yang berarti apabila belum dipenuhi syarat atau ketentuan yang ditetapkan terkait perjanjian tersebut (dalam hal ini adalah pengesahan dengan pencatatan di petugas pencatat perkawinan atau notaris) maka perjanjian tersebut belum sah dan belum mempunyai kekuatan mengikat terhadap siapapun, namun Hakim Agung MA RI Zahrul Rabain, berpendapat lain. Beliau menyatakan bahwa tidak dicatatkan tidak mengakibatkan batalnya perjanjian kawin. Perjanjian kawin yang tidak dicatatkan mengakibatkan perjanjian perkawinan tersebut tidak mengikat pihak ketiga dan hanya berlaku di antara para pihak. Lihat dalam Zahrul Rabain. Perjanjian Perkawinan Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi. *Makalah*. Seminar Nasional dengan tema Meningkatkan profesional Notaris Dalam Kompetisi Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) Khususnya Dalam Penerapan Hukum Dan Pembuatan Akta Serta Pencatatan Perjanjian Kawin Pasca Perkawinan Berdasar Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No. 69/PUU_XIII/2015 diselenggarakan Ikatan Mahasiswa Magister Kenotariatan Universitas Jayabaya di Puri Agung Convention Hall, Hotel Grand Sahid Jaya, tanggal 20 April 2017. Hlm. 12

masyarakat, keluarga, orangtua atau wali. Khusus untuk anak dalam keluarga maka yang bertanggungjawab adalah orangtua atau wali. Berdasar Pasal 9 UU Kesejahteraan Anak, orangtua adalah yang pertama-tama dan utama bertanggungjawab atas kesejahteraan anak baik secara jasmani, rohani dan sosial.

Adanya tanggungjawab pada orangtua untuk melakukan pemenuhan hak-hak anak atau anak-anaknya memunculkan adanya kekuasaan orangtua pada anak yang sering disebut juga sebagai kuasa asuh⁸⁵. Adanya kewajiban kuasa asuh pada orangtua memunculkan hak asuh untuk anak. Dalam melaksanakan kuasa asuh tersebut dibutuhkan biaya. Biaya pemeliharaan inilah yang sering dimaknai sebagai hak nafkah untuk anak.

Menurut Pasal 26 ayat (2) UU Perlindungan Anak apabila orangtua atau wali tidak dapat melaksanakan kewajibannya maka kewajiban tersebut dapat beralih kepada keluarga. Pasal 4 UU Kesejahteraan Anak menyatakan bahwa anak yang tidak mempunyai orangtua berhak memperoleh asuhan oleh negara atau orang atau badan. Dalam penjelasan UU tersebut disebutkan asuhan anak, pertama-tama dan terutama menjadi kewajiban dan tanggung-jawab orang tua di lingkungan keluarga; akan tetapi, demi untuk kepentingan kelangsungan tata sosial maupun untuk kepentingan anak itu sendiri, perlu ada pihak yang melindunginya. Apabila orang tua anak itu sudah tidak ada, tidak diketahui adanya, atau nyata-nyata tidak mampu untuk melaksanakan hak dan kewajibannya, maka dapatlah pihak lain, baik karena kehendak sendiri maupun karena ketentuan hukum, disertai

⁸⁵ Peneliti menyamakan istilah kuasa asuh dalam bahasa Indonesia dengan *custody right* dalam bahasa Inggris. Ada pendapat yang menyatakan bahwa *custody right* sekarang disebut kewajiban dan tanggungjawab orangtua (*"custody", is now called Parental Rights and Responsibilities*). Alasan perubahan ini sebagai berikut: *The wording of the law has changed from custody to parental rights and responsibilities to emphasize the law's policy of protecting children. Children need to know that their parents each have the responsibility to take care of them financially and emotionally, to guide and parent them and to spend time with them no matter how angry the parents are with one another. Parental Rights And Responsibilities.* www.VermontJudiciary.org, diakses pada tanggal 22 Januari 2016.

hak dan kewajiban itu. Bilamana memang tidak ada pihak-pihak yang dapat melaksanakannya maka pelaksanaan hak dan kewajiban itu menjadi tanggungjawab Negara.

Dengan demikian urutan pertanggungjawaban terhadap anak dari paparan di atas dapat disimpulkan yang pertama adalah orangtua atau wali, kemudian keluarga, masyarakat, dan kemudian negara. Posisi negara menurut peneliti di sini adalah dilaksanakan pemerintah daerah terdekat. Apabila pada pemerintah daerah terdekat tidak ada fasilitasnya maka dikoordinasi oleh pemerintah pusat.

Menurut Pasal 1 butir 4 UU Perlindungan Anak, Orang tua adalah ayah dan/atau ibu kandung, atau ayah dan/atau ibu tiri, atau ayah dan/atau ibu angkat.

Pengaturan tentang kekuasaan orangtua terhadap anak dalam UU Perkawinan, tidak sejauh apa yang diatur dalam KUH Perdata. Hal ini karena pembentuk UU Perkawinan tidak begitu saja mengangkat aturan-aturan itu dari KUH Perdata, dikarenakan bentuk lembaga hukum kekuasaan orangtua dalam KUH Perdata bukan merupakan budaya hukum sebagian besar bangsa Indonesia. Hal mana berarti jika timbul gugatan masalah kekuasaan orangtua dari pihak yang berkepentingan, dengan meminjam istilah J.Prins “kebanyakan terserah kepada hakim” untuk mempertimbangkan dan menetapkan keputusannya⁸⁶.

Menurut UU Perkawinan dan KHI maka kekuasaan orangtua meliputi: diri pribadi si anak yaitu untuk mewakili perbuatan hukum anak baik di dalam maupun di luar pengadilan dan mengurus harta benda si anak.

Apabila orangtua sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya atau orangtua berkelakuan buruk sekali, maka kekuasaan

⁸⁶ Hilman Hadikusuma. *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*. Mandar Maju. Bandung. 2007. Hlm. 137.

orangtua itu dapat dicabut. Hal ini ditetapkan dalam Pasal 49 UU Perkawinan jo Pasal 30 UU Perlindungan Anak⁸⁷.

Pencabutan kekuasaan orangtua berlaku sementara waktu. Apabila keadaan yang menyebabkan pencabutan kekuasaan orangtua, sudah tidak ada lagi maka orangtua dapat memperoleh kembali kekuasaannya atas anaknya. Selama waktu pencabutan kekuasaan orangtua ini, biaya pemeliharaan dan pendidikan anak tetap ditanggung oleh orangtua yang berkewajiban.

4. Konsep Putusnya Perkawinan

a. Pengertian dan macam-macam putusnya perkawinan

Hubungan hukum yang terjadi antara dua orang karena terjadinya perkawinan di antara mereka, pasti suatu saat juga akan putus. Sebagaimana layaknya hubungan hukum yang lain maka putusnya hubungan hukum karena perkawinan diatur dengan perundang-undangan antara lain mengenai sebab-sebab yang diperbolehkan untuk putusnya suatu perkawinan, tata cara putusnya perkawinan, dan akibat hukum karena putusnya perkawinan tersebut.

Menurut Pasal 38 UU Perkawinan, perkawinan dapat putus karena:

- 1) Kematian, disebut cerai mati
- 2) Perceraian, disebut cerai hidup. untuk lingkup Pengadilan Negeri, semua cerai hidup disebut cerai gugat, sementara untuk lingkup Pengadilan Agama dibedakan menjadi cerai talak dan cerai gugat menurut pihak yang mengajukan atau berinisiatif untuk memutuskan hubungan. Apabila yang berinisiatif mengajukan perceraian adalah pihak suami maka disebut cerai talak, sedangkan apabila yang mengajukan perceraian adalah pihak istri maka disebut cerai gugat.

⁸⁷ (1) Dalam hal orang tua sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26, melalaikan kewajibannya, terhadapnya dapat dilakukan tindakan pengawasan atau kuasa asuh orang tua dapat dicabut. 2) Tindakan pengawasan terhadap orang tua atau pencabutan kuasa asuh sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan melalui penetapan pengadilan

- 3) Penetapan pengadilan, yang sebenarnya dimaksudkan adalah pembatalan perkawinan.

Dalam hal terjadi cerai mati tidak ada perselisihan di antara suami isteri, namun dalam hal cerai talak, dan cerai gugat terkandung adanya perselisihan di antara suami isteri. Pembatalan perkawinan juga dimungkinkan karena adanya perselisihan antara suami istri dan terkait tidak terpenuhinya syarat materil perkawinan.

Perpisahan hidup suami istri yang bukan dikarenakan oleh hal-hal sebagaimana disebutkan dalam Pasal 38 UUP di atas, walaupun banyak terjadi di masyarakat, bukanlah merupakan ruang lingkup dari disertasi ini.

b. Prosedur Putusnya Perkawinan

Status seseorang dapat dilihat pada dokumen kependudukannya yang berupa Kartu Tanda Penduduk (KTP) dan Kartu Keluarga (KK). Terkait status perkawinan maka ada 4 kategori yaitu belum menikah, menikah, cerai mati dan cerai hidup. Apabila terjadi putusnya perkawinan yang dibuktikan dengan akta maka dapat diajukan perubahan status hukum seseorang yang tertulis dalam KTP dan KK.

1) Prosedur putusnya perkawinan karena kematian

Saat seseorang secara resmi dinyatakan meninggal maka sebenarnya secara otomatis telah terjadi putusnya perkawinan antara yang meninggal dengan pasangan yang masih hidup. Untuk melakukan pemberesan kewajiban dan hak-hak dari orang yang telah meninggal maka kematian tersebut perlu dicatatkan ke pejabat yang berwenang untuk mendapatkan akta kematian sebagai alat bukti bagi pihak ketiga bahwa telah terjadi kematian.

Proses yang ada saat ini menurut Pasal 81 jo Pasal 80 Perpres Nomor 25 Tahun 2008⁸⁸ adalah sebagai berikut:

⁸⁸ Menurut UU Adminduk, ada 10 peristiwa penting yang harus dicatat yaitu kelahiran, kematian, lahir mati, perkawinan, perceraian, pengakuan anak, pengesahan anak, pengangkatan

- a) Pelapor mengisi dan menyerahkan Formulir Pelaporan Kematian dengan melampirkan persyaratan Surat Pengantar dari RT dan RW dan/atau Keterangan kematian dari dokter/paramedis kepada Petugas registrasi di kantor desa/kelurahan untuk diteruskan kepada Instansi Pelaksana atau UPTD Instansi Pelaksana;
- b) Kepala Desa/Lurah menerbitkan Surat Keterangan Kematian dan disampaikan kepada yang bersangkutan untuk digunakan seperlunya;
- c) Pejabat Pencatatan Sipil pada Instansi Pelaksana atau UPTD Instansi Pelaksana mencatat pada Register Akta Kematian dan menerbitkan Kutipan Akta Kematian;
- d) Instansi Pelaksana atau UPTD Instansi Pelaksana sebagaimana dimaksud pada huruf c memberitahukan data hasil pencatatan kematian kepada Instansi Pelaksana atau UPTD Instansi Pelaksana tempat domisili yang bersangkutan;
- e) Instansi Pelaksana atau UPTD Instansi Pelaksana tempat domisili sebagaimana dimaksud pada huruf d mencatat dan merekam dalam database kependudukan⁸⁹.

Akta kematian tersebut berfungsi untuk pengurusan hak-hak si yang meninggal, pengurusan harta warisan baik pengumpulan maupun pembagiannya atau apabila pasangan yang masih hidup ingin menikah lagi maka harus melampirkan akte kematian dari suami/istri dari perkawinan yang dahulu.

- 2) Prosedur putusnya perkawinan karena perceraian dan penetapan pengadilan

anak, perubahan nama dan perubahan status kewarganegaraan. Kutipan akta diterbitkan untuk peristiwa kelahiran, kematian, perkawinan, perceraian, pengakuan dan pengesahan anak.

⁸⁹ Dengan berubahnya asas pencatatan sipil dari asas peristiwa menjadi asas domisili berdasar Pasal 102 UU No 24-2013, maka ketentuan pada butir d tidak lagi berlaku dan semua kata instansi pelaksana dibaca sebagai instansi tempat pelapor berdomisili.

Prosedur putusnya perkawinan karena perceraian atau penetapan pengadilan dapat dimulai setelah pihak yang mengajukan pemutusan memenuhi alasan yang diperbolehkan oleh undang-undang. Ada perbedaan alasan yang dapat diajukan antara perceraian dan penetapan pengadilan.

Alasan terjadinya perceraian yang penjelasannya dimuat dalam Pasal 19 PP No 9 Tahun 1975 jo Pasal 116 KHI :

- a) Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pematat, penjudi dan lain sebagainya dan sukar disembuhkan.
- b) Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa ijin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya.
- c) Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung.
- d) Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain.
- e) Salah pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami/istri.
- f) Antara suami dan istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan untuk hidup rukun lagi dalam rumah tangga

Alasan pengajuan pembatalan perkawinan menurut Pasal 22 UU Perkawinan adalah bila para pihak tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan, termasuk bila ada pihak yang masih terikat perkawinan dengan orang lain, bila perkawinan dilangsungkan di depan pegawai pencatat yang tidak berwenang, bila wali nikah tidak sah, atau bila perkawinan tidak dihadiri oleh 2 (dua) orang saksi. Pembatalan juga dapat diajukan apabila perkawinan dilangsungkan di bawah ancaman yang melanggar hukum atau ada salah sangka mengenai diri suami atau istri.

Setelah salah satu syarat di atas dipenuhi maka dapat mengajukan proses persidangan. Proses persidangan sesuai hukum acara perdata sebagaimana yang diatur dalam HIR (Herziene Insland Reglement) yaitu melalui proses jawab-jawab, pembuktian dan putusan hakim. Proses jawab-jawab biasanya terdiri atas pembacaan surat gugatan/permohonan pembatalan pernikahan, jawaban gugatan/permohonan, replik dan duplik.

Setelah pembacaan putusan hakim, apabila para pihak menerimanya maka putusan menjadi mempunyai kekuatan hukum tetap, sedangkan apabila para pihak tidak menyetujuinya atau tidak menerima putusan hakim maka dapat mengajukan upaya hukum berupa banding. Upaya hukum terhadap banding adalah kasasi. Setelah putusan hakim di tingkat kasasi maka putusan hakim sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap. Apabila ada pihak yang masih tidak menyetujui/menerimanya maka dapat mengajukan upaya hukum luar biasa yaitu peninjauan kembali.

Pada cerai talak, walaupun putusan perceraian telah berkekuatan hukum tetap namun putusannya perkawinan dinyatakan terjadi setelah suami atau wakilnya membacakan ikrar talak dengan dihadiri atau tanpa dihadiri istri atau kuasanya. Hal ini berbeda dengan cerai gugat yang sejak putusan hakim berkekuatan hukum tetap maka perkawinan telah putus dengan segala akibat hukumnya. Pada cerai talak, dalam waktu 6 (enam) bulan setelah putusan hakim berkekuatan hukum, suami atau kuasanya tidak membacakan ikrar talak maka perceraian dibatalkan dan suami atau kuasanya tidak dapat mengajukan permohonan cerai talak dengan alasan yang sama.

c. Akibat hukum putusannya perkawinan

- 1) Akibat hukum putusannya perkawinan karena kematian
 - a) Akibat terhadap mantan suami/istri

Dengan adanya kematian maka status yang masih hidup, jika dia adalah laki-laki maka menjadi duda cerai mati sedangkan jika dia adalah perempuan maka menjadi janda cerai mati. Duda/janda tersebut bebas untuk menikah lagi tentunya jika janda telah selesai masa idahnya dan duda telah sesuai dengan kepatutan.

Kedudukan duda/janda bersama anak-anaknya juga adalah sebagai ahli waris dari harta warisan yang meninggal. Dengan demikian hubungan hukum yang tercipta dengan adanya kematian pewaris adalah hubungan di antara ahli waris dimana mereka secara bersama-sama menjadi pemilik (*medeeligendom*) atas harta warisan dari pewaris.

b) Akibat hukum terhadap anak

Dengan kematian bapak maka anak menjadi anak yatim sedangkan dengan kematian ibu maka anak menjadi piatu. Bagi anak yang sudah kehilangan bapak dan ibunya maka dia menjadi anak yatim piatu. Dalam hukum adat jawa, disebut anak *lola*. Sama halnya seperti janda/duda, maka anak yatim/piatu/yatim piatu menjadi ahli waris dari harta warisan si pewaris.

Berdasar Pasal 45 UU Perkawinan maka orangtua yang masih hidup tetap mempunyai kewajiban untuk memelihara dan mendidik anak dengan memanfaatkan harta yang dia punya. Apabila harta tersebut tidak cukup maka dapat memakai harta anak sejauh hanya untuk memenuhi kepentingan anak.

c) Akibat hukum terhadap harta bersama

Dengan adanya kematian maka harta bersama dibagi 2 (dua), setengah menjadi milik suami dan setengahnya menjadi milik istri. Apabila yang meninggal suami maka setengah harta bersama yang merupakan milik suami dan harta gono suami menjadi harta warisan. Apabila yang meninggal adalah istri

maka setengah dari harta bersama yang merupakan milik istri dan harta gono istri menjadi harta warisan.

2) Akibat hukum putusnya perkawinan karena perceraian

a) Akibat terhadap mantan suami/istri sama seperti halnya akibat jika terjadi kematian. Perbedaannya hanya pada masa idah janda. Status hukum suami/istri menjadi duda/janda cerai hidup.

b) Akibat hukum terhadap anak

Akibat terhadap anak dengan adanya perceraian adalah sebagaimana diatur dalam Pasal 41 UU Perkawinan, bahwa orangtua tetap berkewajiban untuk memelihara dan mendidik anak. Apabila ada sengketa kuasa asuh maka diputuskan dengan penetapan pengadilan. Biaya pemeliharaan dan pendidikan merupakan kewajiban ayah. Jika ayah tidak sanggup maka ibu dapat membantu.

c) Akibat hukum terhadap harta bersama

Akibat hukum terhadap harta bersama adalah harta bersama dibagi dua antara suami dan istri. Kemudian harta bersama yang telah dibagi tersebut menjadi milik pribadi suami/istri yang bersangkutan. Apabila kelak mereka menikah lagi maka harta bersama dari perkawinan terdahulu menjadi harta gono untuk perkawinan yang kemudian.

3) Akibat hukum pembatalan perkawinan

a) Akibat terhadap mantan suami/istri

Adanya pembatalan menyebabkan perkawinan dianggap tidak pernah ada. Oleh karenanya status suami kembali menjadi perjaka, bukan duda dan status istri kembali menjadi gadis, bukan janda. Dengan kata lain, apabila pada kematian, maka penyebutannya untuk suami/istri adalah menjadi duda/janda mati, pada perceraian maka penyebutannya

adalah duda/janda hidup, untuk pembatalan perkawinan, maka penyebutannya kembali menjadi belum menikah.

b) Akibat hukum terhadap anak

Berdasar Pasal 28 UU Perkawinan maka putusan pembatalan perkawinan tidak berlaku surut terhadap anak. Dengan demikian, anak yang lahir dari perkawinan yang kemudian dibatalkan tetap berstatus menjadi anak sah. Harus diperhatikan bahwa ketentuan Pasal 28 hanyalah untuk perkawinan yang sejak semula memang sah secara substansi. Untuk perkawinan yang tidak sah secara substansi misalnya perkawinan tersebut berlangsung antara 2 pihak yang mempunyai larangan untuk kawin yang berarti sejak semula perkawinan tersebut adalah tidak sah maka anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak sah tersebut juga menjadi anak tidak sah, hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibu. Dalam kasus ini, putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang membuka kemungkinan pengakuan paksa, tidak dapat diberlakukan karena dengan adanya UU Adminduk Perubahan, maka pengakuan yang dapat disahkan hanyalah pengakuan oleh ayah yang telah menikah secara agama dengan ibu dari anak tersebut.

c) Akibat hukum terhadap harta bersama

Adanya penetapan pengadilan tentang pembatalan perkawinan tidak berlaku surut untuk status harta bersama antara suami istri yang beritikad baik. Hal ini berbeda apabila pembatalan tersebut karena adanya perkawinan lain yang lebih dahulu.

d. Perwalian: Lembaga Penerus Tanggungjawab Orangtua Setelah Kekuasaan Orangtua Berakhir

UU Perkawinan mengatur tentang perwalian dalam Pasal 50 sampai Pasal 54, KHI mengatur pada Pasal 107 sampai Pasal 112, sementara UU Perlindungan Anak mengatur masalah perwalian dalam Pasal 33 sampai Pasal 36. Dari pasal-pasal tersebut, Pasal 33 ayat (1), (3), (4) dan (5) dirubah oleh Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (UU Perlindungan Anak-Perubahan 1). Berdasar pasal-pasal dari ketiga undang-undang tersebut, dapat diketahui beberapa ketentuan tentang perwalian sebagaimana dipaparkan di bawah ini.

Menurut Pasal 1 butir 5 UU Perlindungan Anak, wali adalah orang atau badan yang dalam kenyataannya menjalankan kekuasaan asuh sebagai orang tua terhadap anak. Orang yang dapat ditunjuk sebagai wali adalah dari keluarga si anak atau orang lain yang sudah dewasa, berpikiran sehat, adil, jujur dan berkelakuan baik serta harus memiliki kesamaan dengan agama si anak⁹⁰. Pengertian orang di sini meliputi orang dan badan hukum. Apabila penunjukan wali belum dilakukan maka BHP atau lembaga lain yang bertugas mengurus harta benda si anak⁹¹. Setelah ada penunjukan wali, maka BHP atau lembaga

⁹⁰ Dalam Pasal 33 ayat (3) UU Perlindungan Anak ditetapkan bahwa wali harus seagama dengan si anak, namun dalam Pasal 33 ayat (3) UUPA-P1 dirubah bahwa wali harus memiliki kesamaan dengan agama si anak. Perubahan ini menurut penulis menyebabkan keaburan ketentuan. Apa yang dimaksud dengan “kesamaan”? Apa yang didefinisikan sebagai “perbedaan”? Bolehkah orang beragama Kristen Protestan menjadi wali dari anak yang beragama Kristen Katolik atau Islam karena sama-sama merupakan agama samawi? Bolehkah orang beragama Kristen Protestan menjadi wali anak beragama Hindu atau Budha karena sama-sama dikategorikan sebagai agama? Tidak bolehkah orang yang berkepercayaan/penghayat kepercayaan menjadi wali dari anak yang mempunyai agama? Bagaimana dengan agama Khonghucu yang di negara Tiongkok bukan termasuk agama tetapi sebagai kepercayaan? Apakah pengertian dari agama? Perubahan pada Pasal 33 ayat (3) ini jelas merupakan perubahan yang sangat berisiko.

⁹¹ Posisi BHP atau lembaga lain tersebut dalam UU Perlindungan Anak ini, menurut peneliti bukan sebagai wali dari si anak karena tugasnya hanya mengurus harta benda anak tetapi tidak termasuk mengurus diri si anak. Berbeda dengan tugas wali yang meliputi pengawasan dan pengurusan diri si anak dan harta benda anak. Pengaturan dalam Pasal 35 ayat (1) UU Perlindungan Anak ini berbeda dengan ketentuan dalam Pasal 359 KUH Perdata yang dengan jelas

lain tersebut bertugas sebagai wali pengawas untuk mewakili kepentingan si anak.

Perwalian oleh orang atau badan hukum meliputi diri pribadi anak dan harta bendanya. Wali berkewajiban mengurus anak dan harta bendanya dengan menghormati agama dan kepercayaan anak itu. Kewajiban administrasi wali adalah membuat daftar harta benda anak pada waktu memulai jabatannya dan mencatat perubahan-perubahan harta benda anak⁹².

Terkait dengan tugas kepengurusan harta benda anak, wali bertanggungjawab atas segala kerugian yang timbul karena kesalahan atau karena kelalaiannya. Atas tuntutan dari anak atau keluarganya, hakim dapat menjatuhkan keputusan yang mewajibkan wali mengganti kerugian tersebut.

Asas-asas perwalian ada 2 (dua) yaitu asas tak dapat dibagi-bagi (*ondeelbaarheid*) dan asas kesepakatan dari keluarga. Asas tak dapat dibagi-bagi berarti bahwa setiap anak hanya mempunyai satu orang wali, namun satu orang wali dapat untuk beberapa orang anak. Asas kesepakatan dari keluarga adalah bahwa penunjukan wali oleh hakim dilakukan setelah mendengar pendapat dari keluarga sedarah atau keluarga semenda atau periparan (*aangehuwden*)⁹³.

Macam-macam perwalian berdasar UU Perkawinan ada 2 (dua) yaitu perwalian karena wasiat orangtua sebelum meninggal

menyatakan bahwa BHP, jika perlu, melakukan tindakan-tindakan seperlunya guna pengurusan diri dan harta kekayaan si belum dewasa. Pendapat peneliti ini tidak sejalan dengan pendapat dari BHP sebagaimana tertulis dalam <http://bhpsby.blogspot.co.id/2008/06/uraian-tugas-pokok-balai-harta.html> (diakses tanggal 25 Maret 2016 jam 13), yang menyatakan bahwa BHP mempunyai tupoksi sebagai wali sementara. Hal ini didasarkan pada Pasal 359 jo Pasal 35 UUPA. Pencampuradukan ketentuan dalam Pasal 359 dan Pasal 35 UUPA ini menimbulkan kerancuan berpikir. Oleh karenanya UU Perlindungan Anak perlu di-review. Apabila pendapat BHP yang benar dan memang dimaksudkan oleh Undang-Undang maka penunjukan BHP sebagai wali sementara ini mendukung pendapat peneliti bahwa sistem hukum Indonesia mengenal adanya wali karena undang-undang (*wettelijk voogdij*).

⁹² Kewajiban administrasi wali ini menurut Pasal 110 ayat (4) KHI, harus dibuktikan dengan adanya suatu pembukuan yang ditutup setiap satu tahun sekali.

⁹³ Titik Triwulan Tutik. *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional*. Kencana Prenadamedia group. Jakarta. 2014. Hlm. 88

(*testamentaire voogdij*) dan perwalian karena penetapan hakim (*datieve voogdij*). Dasar hukum perwalian karena wasiat dapat dilihat pada Pasal 51 Ayat (1) UU Perkawinan. Perwalian karena penetapan hakim berdasarkan Pasal 53 ayat (2) UU Perkawinan jis Pasal 31 ayat (3), Pasal 33 ayat (2), Pasal 34, dan Pasal 36 UU Perlindungan Anak.

Prosedur perwalian melalui penetapan pengadilan adalah dimulai dari penentuan orang yang akan menjadi wali. Orang yang dapat ditunjuk sebagai wali adalah dari keluarga si anak atau orang lain yang sudah dewasa, berpikiran sehat, adil, jujur dan berkelakuan baik serta harus memiliki kesamaan dengan agama si anak. Pengertian orang di sini meliputi orang dan badan hukum. Apabila penunjukan wali belum dilakukan maka BHP atau lembaga lain yang bertugas mengurus harta benda si anak. Setelah ada penunjukan wali, maka BHP atau lembaga lain tersebut bertugas sebagai wali pengawas untuk mewakili kepentingan si anak.

Seorang wali dapat dicabut dari kekuasaannya apabila ia sangat melalaikan kewajibannya terhadap si anak atau ia berkelakuan buruk sekali. Apabila seorang wali dicabut dari kekuasaannya maka hakim menunjuk orang lain sebagai wali anak tersebut. Menurut peneliti, pencabutan dan penunjukan wali harus dalam putusan pengadilan yang sama, supaya tidak terjadi kekosongan kekuasaan wali bagi anak tersebut.

C. Landasan Teori

Teori berasal dari kata *theoria* (bahasa latin) yang berarti perenungan, yang pada gilirannya berasal dari kata *thea* (bahasa Yunani) yang berarti cara atau hasil pandang, adalah suatu konstruksi dalam cita atau ide manusia, dibangun dengan maksud untuk menggambarkan secara reflektif fenomena yang dijumpai di alam pengalaman⁹⁴.

⁹⁴ Soetandyo Wignyoebroto dalam Mohammad Jamin. 2014. *Peradilan Adat: Pergeseran Politik hukum, Perspektif Undang-Undang Otonomi Khusus Papua*. Yogyakarta. Graha Ilmu. hlm. 17.

Teori, menurut Kerlinger adalah *a set of interrelated construct (concepts), definitions, and proposition that present a sistematic view of phenomena by specifying relations among variables, with purpose of explaining and predicting the phenomena*⁹⁵. Sementara menurut Cooper dan Schindler, *a theory is a set of sistematically interrelated concepts, definition, and proposition that are advanced to explain and predict phenomena*⁹⁶.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja, teori hukum adalah ilmu yang mempelajari pengertian-pengertian pokok dan sistem dari hukum⁹⁷. Lebih lanjut Lili Rasyidi mengatakan bahwa teori hukum merupakan pemikiran (tentunya yang bersifat abstrak) yang dapat dicapai oleh ilmu hukum. Merupakan temuan-temuan yang bersifat teoritikal di bidang ilmu hukum, hasil kerja para pakar hukum melalui pengalamannya sehari-hari dalam memecahkan permasalahan hukum yang dihadapinya. Oleh karena itu temuan yang bersifat teoritikal itu bersifat membumi artinya dapat lagi digunakan untuk memecahkan masalah-masalah hukum terutama yang sama, di kemudian hari⁹⁸. Sedangkan JJH Bruggink, menyatakan teori hukum merupakan suatu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum, yang untuk suatu bagian penting sistem tersebut memperoleh bentuk dalam hukum positif⁹⁹.

Tugas teori hukum menurut Radbruch adalah untuk membuat jelas nilai-nilai hukum dan postulat-postulatnya hingga dasar-dasar filsafatnya paling dalam¹⁰⁰. Sementara Meuwissen mengungkapkan tugas teori hukum yaitu menganalisis dan menerangkan pengertian hukum (pengertian dari

⁹⁵ Khudzaifah Dimyati. 2014. *Teori Hukum*. Seri Kuliah 1 dan 2 Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret. Terjemahan oleh peneliti: seperangkat konsep, batasan dan proporsi yang menyajikan suatu pandangan sistematis tentang fenomena dengan merinci hubungan-hubungan antara variable, dengan tujuan memprediksikan gejala itu)

⁹⁶ Ibid. Terjemahan peneliti: teori adalah satu set proposisi, pengertian, dan konsep yang berhubungan secara sistematik yang digunakan untuk menjelaskan dan memprediksi fenomena)

⁹⁷ Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi. 2001. *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*. Bandung. PT Citra Aditya Bakti. Hlm. 11.

⁹⁸ Ibid. hlm 11-12.

⁹⁹ Op cit.

¹⁰⁰ W. Friedmann. 1990. *Teori dan Filsafat Hukum: Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum (Susunan I)*. Terjemahan dari Legal Theory. Jakarta. Rajawali Pers. Hlm. 2

hukum) dan berbagai konsep hukum atau konsep yuridik (konsep yang digunakan dalam hukum) seperti hukum subyektif, hukum obyektif, hubungan hukum, asas-asas hukum, hak milik, kontrak, hukuman, itikad baik, dan sejenisnya¹⁰¹. Jan Gijssels dan Mark van Hocke menjelaskan bahwa tugas teori hukum tidak hanya menganalisis konsepsi teoretikal, tetapi juga praktikal¹⁰².

Raymon D Wacks membedakan teori hukum menjadi teori hukum normatif dan teori hukum deskriptif. *Descriptive legal theory seeks to explain what the law is, and why, and its consequences. It learns about facts.* Sementara *Normative legal theory are concerned with what the law ought to be. It learns about values*¹⁰³.

Dalam disertasi ini, sebagai *grand theory* adalah teori negara hukum. Berdasar Pasal 1 ayat (3) UUD RI 1945, Indonesia adalah negara hukum maka kehadiran negara dalam kehidupan warganegaraanya sangat diperlukan terlebih dalam hukum keluarga yang merupakan hukum campuran. Kehadiran Negara ini untuk menjamin pemenuhan hak asasi warganegaraanya khususnya golongan yang rentan yaitu anak, orang lanjut usia, penyandang disabilitas dan wanita hamil. Sampai saat ini banyak dikenal varian dari teori ini. Sesuai dengan alam postmoderns maka teori Negara Hukum Pancasila dan teori Negara Hukum Profetik yang dikembangkan di Indonesia.

Untuk *middle theory* dari disertasi ini adalah teori sistem hukum dari Friedman. Dalam upaya membangun sistem perlindungan hukum untuk anak maka teori sistem hukum dari Friedman merupakan teori yang komprehensif untuk dapat terlaksananya sistem tersebut.

Beberapa teori yang dipakai sebagai pisau analisis (*applied theory*) untuk menangkap fakta hukum kemudian menginduksinya menjadi tataran

¹⁰¹ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani. 2014. *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Disertasi dan Tesis*. Buku Kedua. Jakarta. RajaGrafindo Persada. Hlm. 1

¹⁰² Ibid. hlm 1.

¹⁰³ Hari Purwadi. 2014. *Teori Hukum*. Materi mata kuliah Teori Hukum Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas sebelas Maret Surakarta. Slide 19. (Terjemahan oleh peneliti: Teori hukum deskriptif mencari penjelasan tentang apa itu hukum, dan mengapa dan konsekuensinya. Teori ini mempelajari fakta. Sementara teori hukum normatif membahas bagaimana seharusnya hukum itu. Teori ini mempelajari tentang nilai-nilai.)

normatif adalah teori perlindungan hukum dari Philipus M Hudjon, teori efektivitas hukum dari Antony Allot. dan teori Integratif dari Romli Atmasasmita. Analisis rumusan masalah pertama menggunakan teori perlindungan hukum dan teori efektivitas hukum, sementara analisis rumusan masalah kedua menggunakan teori perlindungan hukum dan teori integratif.

Secara singkat, tiap teori di atas dapat dibaca pada narasi di bawah ini:

1. Teori Negara Hukum

Negara hukum merupakan istilah terjemahan Indonesia dari istilah *rechtsstaat* (diberikan oleh ahli-ahli hukum Eropa Barat Kontinental) atau *rule of law* (diberikan oleh kalangan ahli hukum Anglo-Saxon)¹⁰⁴. Antonim dari istilah negara hukum atau Negara yang berdasarkan hukum adalah Negara yang berdasarkan kekuasaan (*machtsstaat*).

Dengan demikian, pengertian Negara hukum adalah Negara yang dalam kiprahnya berlandaskan/dibatasi hukum karena dalam hukum tersebut terkandung hak-hak dasar/asasi manusia¹⁰⁵.

Utrecht membedakan antara Negara hukum formil dan Negara hukum materiil. Pada awalnya yang berkembang adalah Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Kemudian berkembang Negara hukum materiil yang mencakup pengertian keadilan di dalamnya¹⁰⁶.

Negara hukum menurut Sudargo Gautama ialah suatu Negara, di mana hak-hak asasi manusia diakui oleh undang-undang, dimana untuk merealisasikan perlindungan hak-hak ini kekuasaan Negara dipisahkan pada pelbagai tangan, dan dengan susunan badan peradilan yang

¹⁰⁴ Moh. Mahfud MD. *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia: Studi tentang Interaksi Politik dan Kehidupan Ketatanegaraan*. Cetakan kedua. Rineka Cipta. Jakarta. 2000. Hlm. 27

¹⁰⁵ Teori Hukum Alam menyatakan bahwa manusia/orang merupakan subyek hukum kodrati yang merupakan ciptaan Tuhan dan oleh Tuhan, orang diberi hak-hak. Hak-hak ini berkait erat dengan eksistensi/hakekat manusia. Tidak terpenuhinya hak-hak ini maka akan mengganggu hakekat dari manusia itu sendiri oleh karenanya hak-hak pemberian Tuhan ini disebut sebagai hak asasi manusia. Dalam pengertian sebaliknya maka hak-hak yang tidak berkait dengan hakekat hidup manusia maka bukanlah hak asasi.

¹⁰⁶ Fajlurrahman Jurdi. *Teori Negara Hukum*. Setara Press. Malang. 2016. Hlm. 19.

bebas kedudukannya, untuk dapat memberi perlindungan semestinya kepada setiap orang yang merasa hak-haknya dirugikan, walaupun andaikata hal ini terjadi oleh alat Negara sendiri¹⁰⁷.

Negara hukum atau Negara yang berdasarkan hukum, menurut sumber dan prinsip-prinsip utama dalam konsep tersebut, menurut Azhary dapat dibedakan menjadi 5 (lima), yaitu:

- a. Negara Hukum menurut Al-Qur'an dan Sunah/Nomokrasi Islam
- b. Negara Hukum menurut konsep Eropa Kontinental/*Rechtsstaat*
- c. Konsep *rule of law* yang diterapkan di Negara-negara Anglo-Saxon
- d. Konsep *socialist legality*
- e. Konsep Negara hukum Pancasila¹⁰⁸

Pemaparan masing-masing konsep hukum di atas dapat dilihat dalam tabel di bawah ini.

Tabel 3. Perbandingan Konsep-Konsep Negara Hukum

KONSEP	SUMBER	PRINSIP UTAMA
<i>NOMOKRASI ISLAM</i>	Bersumber dari Qur'an, Sunnah, dan <i>ra'yu-nomokrasi</i> -bukan teokrasi-Persaudaraan dan <i>humanism teosentrik</i> -kebebasan beragama dalam arti positif	(1) kekuasaan sebagai amanah, (2) musyawarah, (3) keadilan, (4) persamaan, (5) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, (6) peradilan bebas, (7) perdamaian, (8) kesejahteraan, dan (9) ketaatan rakyat
<i>RECHTSSTAAT</i>	Bersumber dari rasio manusia- <i>liberalistic/individualistic-humanisme</i> yang antroposentrik-pemisahan antara agama dan Negara	Menurut Stahl: (1) pengakuan perlindungan hak-hak asasi, (2) <i>trias politika</i> , (3) <i>wetmatig berstuur</i> , (4) peradilan administrasi. Menurut Scheltema: (1)

¹⁰⁷ Sudargo Gautama. *Pengertian tentang Negara Hukum*. Alumni. Bandung. 1983. Hlm.

¹⁰⁸ Muhammad Tahir Azhary. *Negara Hukum: suatu study tentang Prinsip-prinsipnya*. Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini. Bulan Bintang. Jakarta. 1992. Hlm. 63. Bandingkan dengan Abdul Aziz Hakim yang menyatakan bahwa konsep Negara Hukum dapat dibedakan menjadi Negara Hukum konsep Anglo Saxon, Negara Hukum konsep Benua Eropa, Negara Hukum konsep International Commision of Jurist, Negara Hukum konsep Komunis-Sosialis Legality, dan Nomokrasi Islam. Abdul Aziz Hakim. *Negara Hukum dan Demokrasi di Indonesia*. Pustaka Pelajar. Yogyakarta. 2011. Hlm 12-21

	secara mutlak-ateisme dimungkinkan	kepastian hukum, (2) persamaan, (3) demokrasi, (4) pemerintahan yang melayani kepentingan umum.
<i>RULE OF LAW</i>	Bersumber dari rasio manusia- <i>liberalistic/individualistic-humanisme</i> yang antroposentrik-pemisahan antara agama dan Negara secara mutlak- <i>freedom of religion</i> dalam arti positif dan negatif-ateisme dimungkinkan	Prinsip: (1) Supremasi hukum, (2) <i>Equality before the law</i> , (3) <i>individual rights</i> . Tidak memerlukan peradilan administrasi Negara, karena peradilan umum dianggap berlaku untuk semua orang, baik warga biasa maupun pejabat pemerintah. Kalau <i>rechtsstaat</i> menekan pada peradilan administrasi, <i>rule of law</i> menekankan pada <i>equality before the law</i> .
<i>SOCIALIST LEGALITY</i>	Bersumber dari rasio manusia-komunis-ateis-totaliter-kebebasan beragama yang semu dan kebebasan propaganda anti agama	(1) perwujudan sosialisme, (2) hukum adalah alat di bawah sosialisme (3) penekanan pada realisasi sosialisme ketimbang hak-hak perorangan
NEGARA HUKUM PANCASILA	Hubungan yang erat antara agama dan Negara-bertumpu pada Ketuhanan yang Maha Esa- kebebasan beragama dalam arti positif- ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang-asas kekeluargaan dan kerukunan.	(1) Pancasila, (2) MPR, (3) sistem konstitusi, (4) persamaan, (5) peradilan bebas.

Oemar Seno Adji menyatakan bahwa Pancasila merupakan dasar pokok dan sumber hukum di Indonesia maka Negara Hukum Indonesia dapat pula dinamakan Negara Hukum Pancasila.

Dasar Teori Negara Hukum Pancasila dapat ditemui pada Pasal 1 ayat (3) UUD RI Tahun 1945 dan cita hukum sebagaimana dimuat dalam

paragraph keempat Pembukaan UUD RI Tahun 1945. Sementara Teori Negara Hukum Profetik berdasarkan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 serta sejalan dengan sila pertama dari Pancasila. Kedua teori ini tidaklah saling bertentangan dan sampai saat ini diyakini bahwa kedua teori ini hidup berdampingan dalam alam kemerdekaan Indonesia.

2. Teori Sistem Hukum

Istilah sistem berasal dari bahasa Latin (*systema*) dan bahasa Yunani (*Sustēma*) yang berarti suatu kesatuan yang terdiri komponen atau elemen yang dihubungkan bersama untuk memudahkan aliran informasi, materi atau energi untuk mencapai suatu tujuan. Kata sistem banyak digunakan dalam percakapan sehari-hari, dalam forum diskusi maupun temu ilmiah. Kata ini digunakan untuk banyak hal, dan juga pada banyak bidang, sehingga maknanya menjadi beragam. Dalam pengertian yang paling umum, sebuah sistem adalah sekumpulan benda yang memiliki hubungan di antara mereka. Sistem sebagai suatu organisasi atau kumpulan objek-objek yang terangkai dalam interaksi dan saling bergantung dan teratur¹⁰⁹.

Pengertian sistem memang dapat ditemukan dari berbagai sumber, namun yang terutama adalah pengertian sistem yang dikeluarkan oleh doktrin/pakar di bidang tertentu. Pengertian sistem dapat diklasifikasikan menjadi pengertian secara umum, pengertian secara khusus menurut bidang atau keilmuan tertentu dan pengertian secara lebih khusus dalam bidang yang sama namun dengan sudut pandang yang berbeda.

Pengertian sistem secara umum, misalnya adalah pengertian yang ada dalam kamus atau pengertian dari pakar yang tidak dimaksudkan untuk mendefinisikan sistem dalam kaitannya dengan suatu bidang tertentu. Pengertian sistem secara umum sebagai kata benda dalam Kamus besar bahasa Indonesia adalah perangkat unsur yang secara teratur saling

¹⁰⁹ <https://boscodoho.wordpress.com/2013/04/22/teori-sistem-umum-perkembangan-filosofi-dan-teori-sistem-dari-perspektif-keilmuan/> diunduh tanggal 31 Agustus 2017. Pukul 09.00

berkaitan sehingga membentuk suatu totalitas; atau susunan yang teratur dari pandangan, teori, asas, dan sebagainya; atau metode¹¹⁰.

Mengutip pendapat Shorde dan Voich, Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa sistem secara umum mempunyai dua pengertian yang penting untuk dikenali, sekalipun dalam pembicaraan-pembicaraan keduanya sering dipakai secara tercampur begitu saja. Pertama adalah pengertian sistem sebagai jenis satuan, yang mempunyai tatanan tertentu. Tatanan tertentu di sini menunjuk kepada suatu struktur yang tersusun dari bagian-bagian. Kedua, sistem sebagai suatu rencana, metoda, atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu¹¹¹.

Mahfud MD berpendapat, sistem adalah kesatuan yang terdiri dari bagian-bagian yang satu dengan yang lain saling bergantung untuk mencapai tujuan tertentu¹¹². Pendapat lain dari Elias M Awad mengatakan bahwa sistem adalah keseluruhan yang terdiri dari banyak bagian atau komponen yang terjalin dalam hubungan antara komponen yang satu dengan yang lain secara teratur¹¹³.

Menurut Lawrence M Friedman, sistem adalah sebuah unit yang beroperasi dengan batas-batas tertentu. Sistem bisa bersifat mekanis, organis atau sosial¹¹⁴.

Sunaryati Hartono sependapat dengan pendapat Visser T Hooft, yang menyatakan bahwa sistem adalah sesuatu yang terdiri dari sejumlah unsur atau komponen yang saling pengaruh mempengaruhi dan terkait satu sama lain oleh satu atau beberapa asas. Lebih lanjut dijelaskan bahwa agar supaya berbagai unsur itu membentuk kesatuan yang terpadu maka dibutuhkanlah organisasi. Pada sistem politik atau sistem hukum, organisasi itu adalah buatan manusia. Untuk memelihara keutuhan sistem

¹¹⁰ Pusat Buku. 2008. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta. Kementrian Pendidikan dan Kebudayaan Hlm 1362

¹¹¹ Shorde dan Voich dalam Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Citra Aditya Bakti. Bandung. Cet. Ke 8. 2014. Hlm 48.

¹¹² Moh. Mahfud MD. 2012. *Membangun Politik Hukum: Menegakkan Konstitusi*. Jakarta. PT RadjaGrafindo Persada. Hlm 20.

¹¹³ Elias M Awad dalam Moh. Mahfud MD. *Ibid*. Hlm. 20

¹¹⁴ Lawrence M Friedman, *opcit*.

diperlukan organisasi dan asas-asas tertentu sehingga begitu organisasi atau salah satu asas yang mengaitkan unsur-unsur itu diubah, serentak akan dialami pula perubahan dalam sistem yang bersangkutan, sehingga sistem itu bukan lagi merupakan sistem yang semula¹¹⁵.

Sementara pengertian sistem secara khusus, berbeda-beda, tergantung dari latar belakang keilmuan ahli yang mengutarakan pengertian sistem tersebut. Menurut latar belakang keilmuan ahli yang bersangkutan, maka dapat diketahui adanya pengertian sistem hukum, sistem politik, sistem ekonomi, sistem pendidikan, dan lain-lain.

Pengertian sistem secara lebih khusus yaitu dari ahli yang mempunyai latar belakang sama namun dari sudut pandang yang berbeda, misalnya adalah pengertian sistem hukum yang dikemukakan oleh HLA. Hart, Lawrence M Friedman, Anthony Allot, Mochtar Kusumaatmadja, Jimly Ashshidiqie dan lain-lain. Banyak teori tentang sistem hukum yang telah dikemukakan oleh para ahli atau pun percobaan untuk menyempurnakan teori tentang sistem yang telah ada.

Jika dicermati dari pendapat-pendapat tentang sistem hukum tersebut, maka ada perbedaan mendasar, sehingga bisa ditarik atau dibedakan menjadi 2 (dua) golongan. Pertama teori sistem yang membicarakan tentang bekerjanya/efektivitas/penegakan hukum (*law enforcement*) di masyarakat, sementara golongan yang kedua membicarakan tentang internal/isi dari hukum itu sendiri (*output of law making*). Dengan demikian dapat dikategorisasi, golongan pertama seperti teori sistem dari Lawrence M Friedman, Jimly Asshiddiqie, Adi Sulistiyono, Sunaryati Hartono, Soerjono Soekanto. Dalam kategori pertama ini, ada yang menyebut teorinya sebagai teori sistem hukum, namun ada yang menyebut teori efektivitas hukum. Sementara di golongan

¹¹⁵ CFG Sunaryati Hartono. *Politik Hukum Menuju Satu Hukum Nasional*. Alumnus. Bandung. 1991. Hlm 56.

kedua ada nama-nama seperti John Austin, Hans Kelsen dengan teorinya yaitu teori hukum murni, HLA Hart¹¹⁶, J.W. Harris, dan Joseph Raz¹¹⁷.

Menurut Lawrence M Friedman, dalam sistem hukum ada kekuatan-kekuatan sosial dan *legal* yang dengan cara tertentu mendesak masuk dan membentuk hukum. Kemudian muncul hukum itu sendiri, struktur-struktur dan peraturan-peraturan. Ketiga, ada dampak dari hukum tersebut terhadap perilaku di dunia luarnya. Tiga unsur dari sistem hukum yaitu struktur, substansi dan budaya hukum ini, diteorikan Lawrence M. Friedman sebagai *Three Elements of Legal System*¹¹⁸.

Unsur yang pertama adalah struktur yaitu pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan. Ruang lingkup sub sistem struktural adalah Hakim, pengadilan, orang-orang yang terkait (polisi, jaksa, advokad, dan lain-lain). Substansi artinya peraturan yang sesungguhnya, norma dan pola perilaku manusia dalam sistem (penekanan) pada hukum yang hidup, tidak hanya peraturan secara normatif. Sub sistem ketiga yaitu kultur/budaya hukum berisi tentang elemen sikap dan nilai sosial, termasuk ide, sikap, harapan dan pendapat yang dipegang oleh para pemimpin dan anggotanya, meliputi kultur hukum internal (*internal legal culture*) dan kultur hukum eksternal (*external legal culture*)¹¹⁹.

a) *internal legal culture* merupakan kultur (budaya) hukumnya para anggota masyarakat yang menjalankan tugas-tugas hukum yang terspesialisasi seperti advokad, hakim, dan anggota legislatif.

¹¹⁶ Lihat H.L.A. Hart. *The Concept of Law*. Oxford University Press. London, 1961.

¹¹⁷ Lihat Joseph Raz. *The Concept Of A Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System* Second Edition. Oxford University Press. New York. 1980.

¹¹⁸ Lawrence M Friedman. 2011. *Sistem Hukum: Perspektif Ilmu Sosial*. Bandung. Nusa Media. Hlm 2-21

¹¹⁹ Ibid. Hlm. 292. Baca juga Sheryl J. Grana. Jane C. Ollenburger. *The Social Context of Law*. Prentice Hall. New Jersey. 1999. Hlm. 11

b) *external legal culture* adalah kultur (budaya) hukum yang ada pada populasi/masyarakat umum. Dari budaya hukum yang hidup di masyarakat ini, dapat diketahui bagaimana nilai-nilai yang dipegang masyarakat yang kemudian terwujud dalam sikap mereka

Paparan di atas dapat dideskripsikan dalam tabel sebagaimana di bawah ini:

Tabel 4. Teori Sistem Penegakan Hukum dari Lawrence M Friedman

NO	SUB-SISTEM	BATAS-BATAS/RUANG LINGKUP
1	2	3
1	Struktur	Hakim, pengadilan, orang-orang yang terkait (polisi, jaksa, advokat)
2	Substansi	Peraturan-peraturan baik <i>living law</i> maupun <i>law in books</i> (primer dan sekunder) dan ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku
3	Kultur	Elemen sikap dan nilai sosial, termasuk elemen sikap dan nilai-nilai yang dipegang oleh para pemimpin dan anggotanya.

Soerjono Soekanto memberikan teori sistem penegakan hukum yang terdiri atas hukumnya, penegak hukum, sarana/fasilitas, masyarakat, dan kebudayaan yang dapat ditampilkan seperti tabel di bawah ini¹²⁰.

Tabel 5. Teori Sistem Penegakan Hukum dari Soerjono Soekanto

NO	SUB-SISTEM	BATAS-BATAS/RUANG LINGKUP
1	2	3
1	Hukumnya	Peraturan tertulis yang berlaku umum dan dibuat oleh Penguasa Pusat maupun Daerah yang sah
2	Penegak Hukum	Mencakup mereka yang secara langsung maupun tidak langsung berkecimpung di bidang penegakan hukum, baik <i>law enforcement</i> maupun <i>peace maintenance</i> .
3	Sarana/fasilitas	Mencakup tenaga manusia yang berpendidikan dan trampil, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup, dan seterusnya

¹²⁰ Soerjono Soekanto. *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Cetakan ke-sepuluh. RajaGrafindo Persada. Jakarta . 2011. Hlm. 8-59

		yang mendukung penegakan hukum.
4	Masyarakat,	Lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan
5	Kebudayaan	Hasil karya, cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Menurut Soerjono Soekanto, 5 (lima) faktor di atas mempunyai kaitan yang sangat erat dan berpengaruh pada penegakan hukum baik positif mungkin juga negatif. Di antara kelima faktor tersebut, maka faktor penegak hukum menempati titik sentral (peraturan disusun penegak hukum, penerapannya dilaksanakan penegak hukum, dan penegak hukum dianggap sebagai golongan panutan hukum oleh masyarakat luas).

Faktor masyarakat dimasukkan sebagai sub sistem karena Soekanto berpendapat bahwa penegakan hukum berasal dari masyarakat, dan bertujuan untuk mencapai kedamaian di dalam masyarakat. Oleh karena itu, dipandang dari sudut tertentu, maka masyarakat dapat mempengaruhi penegakan hukum. Faktor kebudayaan yang sebenarnya bersatu padu dengan faktor masyarakat sengaja dibedakan karena di dalam pembahasannya diketengahkan masalah sistem nilai-nilai yang menjadi inti dari kebudayaan spiritual atau non-materiel. Kemudian mengenai penambahan sub sistem sarana/fasilitas, Soekanto berpendapat bahwa tanpa adanya sarana atau fasilitas tertentu, maka tidak mungkin penegakan hukum akan berlangsung dengan lancar

Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa sistem hukum terdiri atas struktur, substansi, kultur, sistem informasi, dan kepemimpinan. Teori Sistem Hukum tersebut dapat ditampilkan seperti tabel di bawah ini ¹²¹.

¹²¹ Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa dia menambahkan sistem informasi dan kepemimpinan sebagai komponen baru dari teori sistem yang dikemukakan Lawrence M Freidmann saat memberi kata pengantar dalam buku Ahmad Tholabi Kharlie. 2013. *Hukum keluarga Indonesia*. Jakarta. Sinar Grafika. Hlm xviii. Namun dalam berbagai kesempatan, Jimly menyebut sistem, struktur, kultur dan kebijakan hukum sebagai hal-hal yang mendasar pada perbaikan dan penegakan hukum.

Tabel 6. Teori Sistem Penegakan Hukum dari Jimly Asshiddiqie

NO	SUB-SISTEM	BATAS-BATAS/RUANG LINGKUP
1	2	3
1	Struktur	Para penegak hukum sebagai orang atau unsur manusia dengan kualitas, kualifikasi dan kultur kerja. Termasuk institusi, badan atau organisasi dengan kualitas birokrasi masing-masing.
2	Substansi	Sama seperti Lawrence M Friedmann
3	Kultur	Sama seperti Lawrence M Friedmann
4	Sistem Informasi	Dalam rangka komunikasi hukum, perlu kebutuhan adanya media digital dan elektronika, baik radio, televisi maupun jaringan internet dan media lainnya, guna pembudayaan masyarakatan dan pendidikan hukum (<i>law socialization and law education</i>) ¹²²
5	Kepemimpinan	Kepemimpinan diperlukan dalam semua tingkatan yang memenuhi dua syarat: (1) kepemimpinan diharapkan dapat menjadi penggerak yang efektif untuk tindakan-tindakan penegakan hukum yang pasti; (2) kepemimpinan tersebut diharapkan dapat menjadi teladan bagi lingkungan yang dipimpinnya masing-masing mengenai integritas kepribadian orang yang taat aturan ¹²³ .

Jimly Asshiddiqie juga menyatakan bahwa dalam hukum sebagai suatu kesatuan sistem terdapat elemen kelembagaan (elemen institusional), elemen kaedah aturan (elemen instrumental), dan elemen perilaku para subyek hukum yang menyangkut hak dan kewajiban yang ditentukan oleh norma aturan itu (elemen subyektif dan kultural). Kegiatan ketiga elemen sistem itu mencakup (1) kegiatan pembuatan hukum (*law making*), (2) kegiatan pelaksanaan atau penerapan hukum (*law administering*), (3) kegiatan peradilan atas pelanggaran hukum (*law adjudicating/law enforcement* dalam arti sempit), (4) masyarakatan dan pendidikan

¹²² Jimly Asshiddiqie. 2008. Menuju Negara Hukum yang Demokratis. Jakarta. Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Hlm 233

¹²³ ibid. hlm 332

hukum (*law socialization and law education*), dan (5) pengelolaan informasi hukum (*law information management*)¹²⁴.

Achmad Ali menyatakan bahwa sistem hukum terdiri atas struktur, substansi, kultur, profesionalisme, kepemimpinan yang apabila ditampilkan seperti tabel di bawah ini¹²⁵

Tabel 7. Teori Sistem Penegakan Hukum dari Achmad Ali

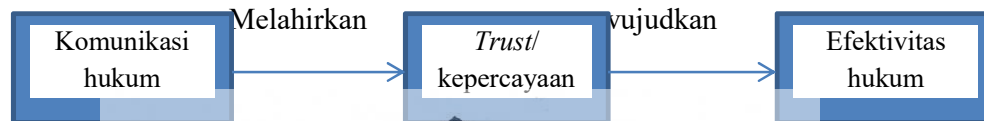
NO	SUB-SISTEM	BATAS-BATAS/RUANG LINGKUP
1	2	3
1	Struktur	keseluruhan institusi-institusi hukum yang ada beserta aparatnya, mencakupi antara lain kepolisian dengan para polisinya, kejaksaan dengan jaksanya, pengadilan dengan hakimnya, dan lain-lain
2	Substansi	keseluruhan aturan hukum, norma hukum dan asas hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan
3	Kultur	opini-opini, kepercayaan-kepercayaan (keyakinan-keyakinan), kebiasaan-kebiasaan, cara berpikir, dan cara bertindak, baik dari para penegak hukum maupun dari warga masyarakat, tentang hukum dan berbagai fenomena yang berkaitan dengan hukum
4	Profesionalisme	unsur kemampuan dan keterampilan secara pribadi dari sosok-sosok penegak hukum
5	Kepemimpinan	unsur kemampuan dan keterampilan secara pribadi dari sosok-sosok penegak hukum utamanya kalangan petinggi hukum. sebagai sub elemennya adalah komunikasi hukum dan sosialisasi hukum.

Achmad Ali menambahkan sub sistem profesionalisme dan kepemimpinan dalam teori sistem Lawrence M. Friedmann. Ali menyatakan bahwa untuk memahami tentang hubungan antara kepemimpinan atau *leadership* dengan kesuksesan penegak hukum dalam menegakkan hukum dan keadilan, ada beberapa pendapat pakar, salah satunya adalah John Baldoni yang mengemukakan faktor kepemimpinan sangat erat hubungannya dengan kemampuan pemimpin melakukan komunikasi yang optimal, sehingga mampu membangun *trust* atau

¹²⁴ Jimly Asshiddiqie. 2008. *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*. Jakarta. Penerbit Sekretariat Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Hlm 226

¹²⁵ Achmad Ali, 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (JudicialPrudence) Termasuk Interpretasi Undang-undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hal.204

kepercayaan. Achmad Ali menegaskan bahwa komunikasi dan sosialisasi hukum merupakan faktor yang sangat esensial bagi efektivitas hukum. Secara umum dikatakan bahwa melalui komunikasi, seorang pemimpin atau penegak hukum membangun *trust* dari masyarakatnya. Kaitan antara komunikasi dan efektivitas hukum, dapat digambarkan sebagai berikut:



Adi Sulistyono mengemukakan teori sistem hukum sebagaimana dapat ditampilkan seperti tabel di bawah ini¹²⁶

Tabel 8. Teori Sistem Penegakan Hukum dari Adi Sulistiyono

NO	SUB-SISTEM	BATAS-BATAS/RUANG LINGKUP
1	2	3
1	Substansi	Peraturan, regulasi
2	Aparat penegak hukum	Pemerintah, Badan Usaha Milik Negara (BUMN) dan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD)
3	Budaya hukum	Budaya merupakan suatu ekspresi perilaku sekelompok masyarakat tertentu yang <i>ajeg</i> , terus menerus dilakukan oleh masyarakat tersebut secara intens hingga mengakar kuat dalam jati diri mereka ¹²⁷
4	Politik hukum presiden	Presiden yang visioner dan <i>strong leadership</i> , memegang peranan <i>vital</i> dalam mengarahkan, memandu, dan menjembatani kepentingan Presiden mempunyai kekuasaan untuk membuat kebijakan dan mempengaruhi kinerja Kementerian terkait di bawahnya
5	Perilaku hukum anggota legislatif	Anggota legislatif seharusnya mempunyai rasa nasionalisme yang kuat untuk ikut mengembangkan regulasi lebih berpihak pada rakyat, juga harus mengoptimalkan fungsi pengawasan pada departemen atau badan
6	Pendidikan hukum	Mencakup pendidikan hukum yang formal, informal dan nonformal

¹²⁶ Adi Sulistyono. Materi mata kuliah Psikologi Hukum. Program Studi Psikologi. Fakultas Kedokteran. Universitas Sebelas Maret. 2014.. Juga disebutkan dalam Adi Sulistiyono. Membingkai Perlindungan Hukum Terhadap Ekonomi Kreatif. *Makalah*. 2014. Hlm 8.

¹²⁷ Adi Sulistyono. Membingkai Perlindungan Hukum Terhadap Ekonomi Kreatif. *Makalah*. Seminar Nasional dengan Tema “Perlindungan Hukum Terhadap Ekonomi Kreatif dalam Menyongsong *ASEAN Economic Community 2015*” yang diselenggarakan oleh Kelompok Studi dan Penelitian (KSP) “Principium” Periode 2014/2015 pada hari Sabtu, 29 November 2014 di Auditorium Universitas Sebelas Maret (UNS) Surakarta. 2014.Hlm 16.

Dari sisi pandang lain, Mochtar Kusumaatmadja memandang tatanan hukum sebagai suatu sistem yang tersusun atas tiga komponen (subsistem), yakni: a) asas-asas dan kaidah-kaidah hukum, b) kelembagaan hukum, dan c) proses perwujudan hukum. Konsepsi hukum ini diajukan Mochtar Kusumaatmadja, untuk memberikan landasan teoritis dalam memerankan hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat serta membangun tatanan hukum nasional yang akan mampu menjalankan peranan tersebut¹²⁸.

Allot memberikan pengertian sistem yang hampir sama dengan menyatakan: *a legal system comprises not only norms, but also institutions (including facilities) and processes. The norms include rules of law, as well as principles. The institution of the law comprise both the facilities and the relationship identified and controlled by the norms. The processes of the law describe the norms and institution in action*¹²⁹.

Pengertian sistem dari Mochtar Kusumaatmadja dan Allot ini merupakan campuran dari pengertian sistem hukum golongan pertama dan kedua. Apabila melihat bahwa dalam pengertian tersebut dimasukkan asas, kaidah dan kelembagaan, ini merupakan ciri golongan pertama, namun ketika sub sistem ketiga adalah proses yang berarti merupakan penghubung antara sub sistem pertama dan kedua, tanpa melibatkan masyarakat di dalamnya maka ini merupakan ciri golongan yang kedua.

Menurut Erman Rajagukguk, semua Teori Hukum (*Legal Theory*) harus dilihat di dalam konteksnya¹³⁰. Ada 3 (tiga) konteks dasar yang paling utama. Pertama, pentingnya konteks sejarah di dalam mana teori itu

¹²⁸ Bernard Arief Sidharta. *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*. Cet ke-3. Penerbit Mandar Maju. Bandung. 2009. Hlm. 7

¹²⁹ Antony Allot. *The Limits Of Law*. Butterworths. London. 1980. Pg. viii, 7. Terjemahan peneliti: sistem hukum tidak hanya terdiri atas norma-norma tetapi juga institusi termasuk fasilitas dan proses-proses. Norma-norma termasuk ketentuan-ketentuan hukum juga asas-asas. Institusi terdiri atas fasilitas dan hubungan yang ditetapkan dan dikontrol oleh norma. Proses-proses hukum mendeskripsikan bekerjanya norma dan institusi.

¹³⁰ Erman Rajagukguk. 2014. *Filsafat Hukum (Ekonomi)*. *Makalah*. Diunduh dari www.ermanrajagukguk.com pada tanggal 2 Januari 2015. Hlm 3-5.

dibuat. Kedua, adalah konteks budaya di mana teori tersebut merupakan bagian. Akhirnya perlu dipertimbangkan konteks dalam masalah-masalah tertentu di mana suatu teori ditawarkan sebagai jawaban. Dalam hubungannya dengan konteks sejarah, ada 3 (tiga) hal yang harus diperhatikan. Pertama, konteks sejarah suatu teori hukum tidak lepas dari masa di waktu mana teori tersebut lahir. Tiap masa melahirkan generasi yang memikirkan masyarakat yang lebih baik dalam masanya. Teori hukum lahir sebagai reaksi terhadap keadaan masyarakat. Kedua, suatu sistem hukum merupakan karakteristik dari suatu masyarakat dimana sistem itu hidup, dengan demikian teori hukum tidak terlepas dari budaya suatu masyarakat. Hak atas suatu penemuan lebih kuat hidup dalam suatu masyarakat yang individualistis daripada masyarakat komunal. Hak dan kewajiban berbeda dari suatu masyarakat ke masyarakat lainnya, begitu juga apa yang dimaksud dengan adil dan kebebasan. Tiap-tiap masyarakat tidak sama penghayatannya terhadap agama. Ketiga, teori hukum juga lahir dari konteks permasalahan-permasalahan khusus dalam usaha mencari jawaban atas permasalahan tersebut. Umpamanya, klasifikasi teori hukum ke dalam Hukum Alam dan kaum positivist dalam beberapa kasus menggambarkan perbedaan yang asli tentang apa yang dimaksud dengan hukum itu.

Memaknai pendapat Erman Rajagukguk di atas maka bisa dilihat perkembangan teori sistem di Indonesia, sejak jaman Soerjono Soekanto, Mochtar Kusumaatmadja, Achmad Ali, Jimly Asshiddiqie, dan Adi Sulistiyono. Melalui teorinya, masing-masing pakar menambahkan/menonjolkan sub sistem yang dirasa harus mendapat perhatian pada jamannya karena teori sebenarnya merupakan jawaban yang ditawarkan atas masalah-masalah tertentu yang terjadi di jaman tersebut.

3. Teori Perlindungan Hukum

Pengertian perlindungan hukum bagi rakyat, berkaitan dengan rumusan yang dalam kepustakaan berbahasa Belanda berbunyi *rechtsbescherming van de burgers tegen de overheid* dan dalam

kepastakaan berbahasa Inggris adalah *legal protection of the individual in relation to acts of administrative authorities*¹³¹. Dalam hal ini dibedakan dua macam perlindungan hukum bagi rakyat yaitu perlindungan hukum preventif dan perlindungan hukum represif.¹³²

Khusus untuk penelitian disertasi ini, teori perlindungan hukum dari Hadjon diperluas, mengingat pertama, teori perlindungan hukum dari Hadjon sebenarnya ditujukan dalam rangka perlindungan rakyat terhadap pemerintah sementara perlindungan hukum yang dimaksud dalam penelitian ini adalah perlindungan hukum yang dilakukan pemerintah untuk rakyat. Kedua, bahwa dalam teori Hadjon menitik beratkan pada perlindungan represif, sementara dalam penelitian ini lebih fokus pada perlindungan preventif. Ketiga, jika lingkup teori Hadjon sebenarnya adalah dalam bidang *law making*¹³³, maka dalam penelitian ini juga difokuskan untuk membuat sistem yang mudah dilaksanakan dalam tataran *law enforcement*. Sementara tujuan perlindungan dari teori Hadjon itulah yang merupakan hakekat dari teori ini.

Macam-macam perlindungan dapat dibedakan menjadi dua, yaitu perlindungan preventif dan represif. Perlindungan preventif dengan tujuan untuk mencegah sebelum terjadinya pelanggaran. Hal ini terdapat dalam peraturan perundang-undangan dengan maksud untuk mencegah pelanggaran yang dilakukan oleh subyek hukum serta memberikan rambu-rambu atau batasan-batasan kepada subyek hukum dalam melakukan

¹³¹ Philipus M Hadjon. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Surabaya. PT Bina Ilmu. 1987. Hlm. 1

¹³² Ibid. hlm 2.

¹³³ Jimly Asshiddiqie berpendapat bahwa dalam hukum sebagai suatu kesatuan sistem terdapat (1) elemen kelembagaan (elemen institusional), (2) elemen kaedah aturan (elemen instrumental), dan (3) elemen perilaku para subyek hukum yang menyangkut hak dan kewajiban yang ditentukan oleh norma aturan itu (elemen subyektif dan kultural). Ketiga elemen sistem hukum itu mencakup kegiatan pembuatan hukum (*law making*), (b) kegiatan pelaksanaan atau penerapan hukum (*law administering*), (c) kegiatan peradilan atas pelanggaran hukum (*law adjudicating*), (d) pemasyarakatan dan pendidikan hukum (*law socialization and law education*), dan (e) pengelolaan informasi hukum (*law information management*). Kegiatan b dan c merupakan kegiatan penegakan hukum (*law enforcement*), dalam Jimly Asshiddiqie. *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*. Penerbit Sekretariat Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Jakarta. 2008. Hlm 226

kewajibannya. Sementara perlindungan represif merupakan perlindungan akhir berupa tanggung jawab perusahaan, denda, penjara, dan hukuman tambahan yang diberikan apabila sudah terjadi sengketa atau subyek hukum melakukan pelanggaran.

4. Teori Batas (Efektivitas) Hukum (*the limits of law*) dari Antony Allot

Dalam teorinya, Antony Allot mencoba memberikan deskripsi batas (efektivitas) hukum, mengapa hukum tidak selalu dipatuhi, atau berlaku di masyarakat.

Menurut Allot, hukum dapat dibedakan dalam 3 (tiga) tipografi yaitu pertama, HUKUM (*LAW*) dalam tataran abstrak. Kedua, Hukum (*Law*) sebagai sistem hukum. Ketiga, hukum (*law*) sebagai ketentuan atau pasal tertentu dari sistem hukum (*Law*). Hukum (*Law*) dapat diibaratkan sebagai sistem komunikasi (*Communications System*)¹³⁴ yang terdiri atas unsur-unsur (1) siapa yang mengkomunikasikan? (*emitter*) (2) kepada siapa? (*recipient*) (3) apa metode komunikasinya? (*the code*) (4) apa isi komunikasi itu (*the message*) (5) bagaimana pesan diterima (*receiving apparatus, detector*) (6) apa tujuan pesan itu? (*function*) (7) apa gangguan terhadap komunikasi? (*noise interference*). Sebagai suatu sistem komunikasi maka mempunyai masalah yang sama seperti sistem komunikasi lain yaitu dalam hal pengiriman dan penerimaan pesan. Perbedaannya terletak pada fungsi dan masyarakat atau komunitasnya¹³⁵.

Saat membahas batas efektivitas hukum (*limits on the effectiveness of law*), maka pertama-tama akan terhambat dengan sukarnya mengukur keefektivan secara kuantitatif. Efektivitas sering disamaartikan dengan tingkat kepatuhan hukum (*the degree of compliance with legal norms*).

¹³⁴ Pada zaman kuno, fokus pembicaraan pada filsafat barat adalah tentang alam (*kosmosentris*). Pada masa abad pertengahan, suasana berubah dari *kosmosentris* ke *teosentris*. Awal jaman modern/sejak *renaissance*, fokus pembicaraan adalah mengenai manusia (*antroposentris*). Antara tahun 1600 dan 1900, pembahasan berubah ke bahasa sebagai subyek kenyataan manusia. Filsafat zaman sekarang disebut *logosentrisme*. Kata *logos* berarti bahasa, teks, isi pemikiran, kata dan pembicaraan. Teguh Prasetyo. Abdul Halim Barkatullah. *Filsafat. Teori, dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*. Cet. Ke-4. RadjaGrafindo Persada. Jakarta. 2016. Hlm 25,43

¹³⁵ Antony Allot. Op.Cit. hlm viii, hlm. 2, 5

Hal kedua yang menjadi perhatian adalah sifat masyarakat di mana hukum tersebut bekerja. Allot menyebutkan *primitive societies* dan *modern societies*. Hukum tidak dapat bekerja baik jika tidak sesuai dengan suasana/keadaan masyarakatnya (*Laws do not work well if they are out of fit with their social context*). Hal ini lebih berpotensi terjadi pada masyarakat dengan struktur kompleks daripada di masyarakat dengan struktur yang masih sederhana¹³⁶.

Dalam keadaan seperti ini maka penyesuaian hukum untuk merubah kondisi masyarakat merupakan bagian dari tugas pengadilan yaitu dengan melakukan pengartian/pemaknaan kembali istilah-istilah hukum (*re-definition of instrumental legal terms*) dan melalui penafsiran kontekstual (*contextual interpretation of statutes*)¹³⁷. Legislation menyesuaikan hukum melalui kebijaksanaan (*a step-wise fashion*) sementara masyarakat menyesuaikan diri melalui *catanomic* (penyesuaian hukum/*law conforming*) dan *paranomic* (pengabaian hukum/*law disregarding*). *Paranomic* bukan diarahkan untuk mencabut hukum tetapi ke pembentukan tekanan (*osmotic pressure*) kepada administrasi hukum supaya memberi variasi pelaksanaan atau tidak dilaksanakan (*variation application or non-application*).

Tujuan hukum bisa tercapai karena memang disengaja atau karena kebetulan. Adakalanya, orang tahu hukum dan perilakunya disesuaikan dengan hukum, namun bisa terjadi orang tidak tahu hukum sehingga tujuan hukum tidak tercapai. Hal ini dapat terjadi karena 2 (dua) alasan yaitu peraturan perundang-undangan terlalu banyak atau kegagalan mengkomunikasikan hukum ke subyek hukum. Dipatuhinya hukum juga karena hal yang diatur dalam hukum, sama atau mendekati atau tidak kontradiktif dengan nilai-nilai atau perilaku yang selama ini sudah dianut atau dilakukan dalam masyarakat¹³⁸.

¹³⁶ Ibid. hlm 236-237. <https://aafandia.wordpress.com/2009/05/22/antony-allot-the-limit-of-law-butterworths-london-1980/> diunduh tanggal 10 Januari 2017 pukul 17.00

¹³⁷ Anthony Allot. *ibid.*. Hlm x,

¹³⁸ Ibid. hlm 235

Antony Allot menyatakan bahwa dua alasan ketidakefektifan hukum adalah pertama terletak pada “peralatan” untuk menyampaikan tujuan hukum dan yang kedua adalah kemungkinan terjadinya konflik atau ketidaksesuaian antara tujuan hukum dengan nilai-nilai yang dianut masyarakat dimana hukum tersebut diterapkan.

Gordon Woodman menyatakan ada 2 (dua) yang dikritik dari teori Allot tersebut yaitu terkait *law purposes* dan *legal facilities*. Tentang *law purposes*, Woodman menyampaikan 3 (tiga) hal yaitu pertama, gagasan tentang tujuan hukum terlalu menyederhanakan proses pembuatan hukum (*the notion of the purpose of a law entails an oversimplified view of law making*). Kedua, gagasan tentang tujuan hukum adalah salah jika dianggap hanya ada saat pembuatan (*the notion of the purpose of a law assumes wrongly that there is a moment when a law is made*). Ketiga gagasan tentang tujuan hukum memusatkan pada kepatuhan yang hal ini mencegah persepsi yang akurat terhadap efek keseluruhan dari undang-undang (*the notion of the purpose of a law produces a concentration on compliance which prevents an accurate perception of the law's total effect*). Sementara tentang *legal facilities*, Woodman menyoroti bahwa unsur-unsur sistem hukum diletakkan terlalu jauh dari yang biasanya untuk dapat memberi analisis yang bermanfaat (*this ordering the elements of a legal system is too remote from usual and popular views of legal system to provide a useful analysis*). Kedua, unsur-unsur sistem hukum menghalangi penyelidikan (*this ordering the elements of a legal system hinders an inquiry*). Ketiga, unsur-unsur sistem hukum kurang membantu menjelaskan nilai dari fasilitas (*this ordering the elements of a legal system leads to an underuse of the illustrative value of facilities*)¹³⁹.

Dari beberapa kritik Woodman di atas, Allot menyimpulkan ada 3 (tiga) hal yang dijadikan isu yaitu (1) Woodman menyangkal bahwa sebuah undang-undang memiliki tujuan-tujuan yang dapat diidentifikasi.

¹³⁹ Gordon Woodman. Review Essay The Limit of “The Limit Of Law”. 21 *Journal of Legal Pluralism*. 1983. Pg. 129-146

Jika sebuah undang-undang memiliki tujuan, Woodman berpendapat bahwa undang-undang tersebut cenderung banyak dan rumit, dan melampaui dugaan atau niat yang diungkapkan legislator, jika ada (*he denies that a law has an identifiable purpose of purposes. If a law has purposes, he argues they tend to be many and complex, and go beyond the alleged or expressed intention of legislator, if any*), (2) Woodman menuduh bahwa Allot melihat undang-undang sebagai mesin, dan Allot hanya peduli dengan saat pembuatan undang-undang (*He alleges that I see a law as a machine, and I am concerned only with the moment of making of such a law*), (3) Woodman menyatakan bahwa Allot gagal melihat pembuatan undang-undang dalam konteks masyarakatnya, dan karena itu gagal untuk menghargai efek total sebuah undang-undang di masyarakat (*he avers that I fail to see law-making in its societal context, and hence fail to appreciate the total effects a law in society*)¹⁴⁰.

Menjawab isu pertama, Allot menegaskan bahwa sistem hukum merupakan sistem yang bertujuan (*a Law is a purposive system, that Laws have purposes*). Tujuan ini dapat tidak jelas atau wayuh arti bagi pengamat, hakim, orang-orang, pembentuk UU, yang semua berkontribusi dalam membentuk hukum dan mendefinisikan tujuan. Menyimak isu yang kedua, Allot menegaskan bahwa pemikirannya jauh dari dan bahkan tidak pernah berpikir bahwa sistem hukum adalah sebuah mesin, Hukum adat (*customary law*) berkembang sangat pelan dan merupakan proses yang tidak pernah akan selesai. Sementara untuk hukum tertulis (*non-customary law*), agak berbeda dan bersifat lebih mekanistik. Allot menyatakan bahwa dalam sistem hukum, penekanan pada peran hakim dan pelaksana hukum yaitu menuangkan dan memodifikasi aturan (*moulding and modifying the norms*) sehingga undang-undang tidak hanya terdiri atas teks semata tetapi aturan, penafsiran dan penerapan. Peran orang-orang (misalnya subyek hukum) adalah membuat, membentuk dan melarang aturan. Menanggapi

¹⁴⁰ Antony Allot. *The Limits Of Law: A Reply*. 21 *Journal of Legal Pluralism*. 1983. Pg. 147-153

kritik yang ketiga, Allot menyatakan bahwa tanpa konteks sosial maka studi tentang kepatuhan (hukum) menjadi tak berarti (*meaningless*).

Mencermati dialektika antara Allot dan Woodman di atas, didapat pemahaman bahwa sistem hukum sebagai sistem komunikasi sebagaimana yang diutarakan Allot, tidak dapat dilihat sebagai interaksi tunggal. Ada komunikasi antara legislator (*emitter*) dan hakim (*resipient*). Ada komunikasi antara hakim (*emitter*) dan advokat (*resipient*). Ada komunikasi antara legislator (*emitter*) dan masyarakat (*resipient*). Ada komunikasi antara hakim (*emitter*) dan masyarakat (*resipient*), dan sebagainya. Posisi *emitter* dan *resipient* di atas, dapat saling berkebalikan.

Dengan pemahaman ini maka unsur-unsur dalam teori Allot juga harus dipersepsikan menurut bentuk komunikasinya yaitu komunikasi antara individu misalnya komunikasi antara advokat dengan kliennya, komunikasi antar kelompok misalnya komunikasi antara legislator dan majelis hakim, atau komunikasi antara kelompok dan individu misalnya komunikasi antara majelis hakim dan penggugat atau tergugat. Walaupun pesan (*message*) dan tujuan (*function*) yang disampaikan sama namun bentuk komunikasi akan mempengaruhi metode dan media yang digunakan (*the code*), tingkat penerimaan (*receiving apparatus/detector*) maupun gangguan yang terjadi (*noise of interference*).

5. Teori Integratif dari Romli Atmasasmita

Teori Hukum Integratif dari Romli Atmasasmita merupakan rekonstruksi dan sinergitas atas Teori Hukum Pembangunan dari Mochtar Kusumaatmadja dan Teori Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo. Menurut Mochtar, hukum merupakan sistem norma (*system of norms*) dan menurut Satjipto, hukum sebagai sistem perilaku (*system of behavior*), maka dilengkapi bahwa hukum dapat diartikan dan seharusnya diartikan sebagai sistem nilai (*system of values*). Ketiga hakekat hukum dalam kehidupan masyarakat Indonesia harus dipandang sebagai satu kesatuan pemikiran yang cocok dalam menghadapi dan mengantisipasi kemungkinan terburuk abad globalisasi saat ini dengan tidak melepaskan

diri dari sifat tradisional masyarakat Indonesia yang masih mengutamakan nilai moral dan sosial. Ketiga hakekat hukum itu dalam pemikiran Romli disebut *tripartite character of the Indonesian legal theory of social and bureaucratic engineering* (SBE/teori rekayasa birokrasi dan masyarakat/sosial). Teori itu melandaskan pada sistem norma, sistem perilaku dan sistem nilai yang bersumber pada Pancasila sebagai ideologi bangsa Indonesia yang disebut teori hukum integratif

Kinerja BSE dengan tiga karakter tersebut di atas, dapat dijelaskan sebagai berikut: setiap langkah pemerintah pembentukan hukum dan penegakan hukum merupakan kebijakan berlandaskan sistem norma dan logika berupa asas dan kaidah, dan kekuatan normatif dari hukum harus dapat diwujudkan dalam perubahan perilaku masyarakat dan birokrasi kearah cita-cita membangun negara hukum yang demokratis. Negara hukum demokratis dapat terbentuk jika dipenuhi secara konsisten tiga pilar yaitu penegakan berdasarkan hukum (*rule by law*), perlindungan HAM (*enforcement of human right*) dan akses masyarakat memperoleh keadilan (*access to justice*). Dalam konteks Indonesia, ketiga pilar itu harus diikat oleh Pancasila sebagai ideologi bangsa¹⁴¹.

Melihat perkembangan saat ini maka kedudukan Pancasila dapat dilihat dalam 3 (tiga) hal. Pertama, Pancasila sebagai dasar negara. Masalah ini amat jelas karena rumusan Pancasila terdapat dalam Pembukaan UUD 1945. Kedua, memahami nilai-nilai dalam Pancasila sebagai pandangan dunia (*world view*) atau visi masa depan masyarakat Indonesia. Tidak pula bisa diingkari bahwa nilai-nilai yang dikandung Pancasila memang hidup dan berkembang di dalam masyarakat Indonesia. Ketiga, meletakkan Pancasila sebagai visi bangsa. Masalah ini sebenarnya

¹⁴¹ Romli Atmasasmita. *Teori Hukum Integratif: Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan teori Hukum Progresif*. Genta Publishing. Yogyakarta. 2012. Hlm 96. <http://luthfiwe.blogspot.co.id/2012/06/integrasi-teori-hukum-pembangunan-dan.html> diakses tanggal 1 Agustus 2016 jam 09.00, <http://shidarta-articles.blogspot.co.id/2012/05/teori-hukum-integratif-dalam-konstelasi.html> diakses tanggal 1 Agustus 2016 jam 09.00, <https://nasima.wordpress.com/2012/11/08/teori-untuk-teori/> diakses tanggal 1 Agustus 2016 jam 09.00, <http://www.negarahukum.com/hukum/mengurai-sepintas-%e2%80%99chukum-integratif-%e2%80%9d-romli-atmasasmita.html> diakses tanggal 1 Agustus 2016 jam 09.00

merupakan konsekuensi logis dari Pancasila sebagai dasar negara dan pandangan hidup masyarakat Indonesia. Keduanya mengandung visi tentang masa depan yang dicita-citakan¹⁴².

Radbruch sebagaimana dikutip Rahardjo menyatakan bahwa kehidupan dalam masyarakat menjadi tertib karena adanya tatanan. Tatanan ini mempunyai sub-sub tatanan yaitu kebiasaan, hukum dan kesusilaan, yang masing-masing mempunyai sifat-sifat tersendiri. Sub tatanan kebiasaan sangat dekat dengan kenyataan, sementara sub tatanan kesusilaan sangat dekat dengan idealis yaitu insan kamil (manusia sempurna). Oleh karenanya timbul tegangan di antara sub-sub tersebut, ada tegangan antara ideal dan kenyataan, atau dalam kata-kata Radbruch *“ein immer zunehmende Spannungsgrad zwischen Ideal und Wirklichkeit”*¹⁴³. Hukum berada di tengah-tengah tegangan tersebut, dan berusaha memadukan antara yang ideal dan kenyataan¹⁴⁴.

Penerapan teori tentang tatanan hukum, pada disertasi ini dapat digambarkan sebagai berikut: pada perlindungan hukum terhadap anak setelah putusnya perkawinan orangtua, ada gap/kesenjangan antara norma-norma yang ideal (digambarkan sebagai sumbu y yaitu sumbu yang vertical) dengan kenyataan yang terjadi di masyarakat (digambarkan sebagai sumbu x yaitu sumbu yang horizontal). Karena arah dari dua sumbu/gaya tadi adalah tegak lurus maka terjadi tegangan di antaranya. Sistem yang dibangun dalam disertasi ini dengan bersaranakan logika adalah mencoba untuk menjembatani kedua hal tersebut sehingga mempersempit kesenjangan yang ada. Dengan demikian sistem yang dibangun dalam disertasi ini mempertemukan antara norma yang ideal dengan kenyataan sehari-hari yang ada di masyarakat. Sebagaimana UU Perkawinan merupakan produk kompromistis dari seluruh elemen

¹⁴² As'ad Said Ali. *Negara Pancasila: Jalan Kemaslahatan Bangsa*. Penerbit Pustaka LP3ES. Jakarta. 2009. Hlm 56.

¹⁴³ Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Cet ke 8. Citra Aditya Bakti. Bandung. Hlm 13-17

¹⁴⁴ Setiono. Materi pembimbingan disertasi. PDIH FH UNS. 2016.

bangsa¹⁴⁵, maka sistem yang dibangun untuk memberi perlindungan hukum untuk anak diupayakan merupakan kompromistis antara muatan filosofis, yuridis, dan sosiologis. Hal ini dimaksudkan supaya sistem tersebut dapat diterapkan secara nyata dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat.

D. Kerangka Berpikir

Merupakan fitrah manusia jika mempunyai keinginan untuk menikah. Oleh karenanya merupakan hal yang lazim jika laki-laki menikah dengan perempuan. Dari pernikahan tersebut akan terbentuk keluarga. Ada keluarga yang diberkahi dengan anak atau anak-anak, tetapi ada juga yang tidak. Sementara itu juga sudah menjadi fitrah manusia untuk sayang dan menyayangi, oleh karenanya keluarga yang tidak mempunyai anak, akan berusaha untuk mempunyai anak, bisa anak kandung atau anak angkat atau anak asuh sehingga kebahagiaan keluarga tersebut akan terasa lengkap.

Suatu pernikahan pasti akan berakhir, dapat karena kematian, perceraian atau pembatalan pernikahan. Saat bertemu fase ini, sebenarnya kehidupan belum berakhir. Pihak yang ditinggalkan karena kematian atau pihak-pihak yang pernikahannya berakhir karena perceraian atau pembatalan, dapat mencoba untuk menikah kembali dengan orang lain. Maka akan terbentuk keluarga kedua dengan anak-anak sebagai pelengkap kebahagiaan. Keluarga baru ini pun juga mempunyai kemungkinan untuk berakhir. Demikian siklus kehidupan manusia. Ada yang menikah hanya sekali namun juga ada yang menikah berulang kali. Tidak ada yang salah pada siklus ini namun setiap ada pemutusan hubungan pernikahan, pasti ada pihak yang paling menderita, yaitu anak-anak. Hal ini terjadi karena anak-anak belum bisa hidup secara mandiri. Anak-anak masih sangat membutuhkan orang lain terutama orangtuanya untuk dapat hidup dan bertumbuh kembang secara optimal. Anak-anak adalah pihak yang tidak dapat mempertahankan hak-haknya sendiri.

¹⁴⁵ Moch. Isnaeni. Op. Cit. hlm. 54

Oleh karenanya diperlukan suatu sistem perlindungan anak yang dapat menjamin pemenuhan hak-hak dasar anak sehingga anak dapat berkembang optimal sebagai generasi penerus bangsa. Apakah salah satu orangtuanya menikah kembali, ataukah salah satu atau kedua orangtuanya meninggal, ataukah bercerai ataukah dibatalkan pernikahannya, hak-hak anak harus tetap dapat dipenuhi.

Dalam realita, kewajiban tersebut belum bisa dijalankan. Banyak orang (masyarakat) yang beranggapan bahwa permasalahan anak merupakan masalah domestik keluarga anak tersebut. Orang lain tidak boleh mencampuri bahkan Negara juga tidak boleh mencampuri. Sementara harus disadari juga bahwa ketahanan keluarga di Indonesia semakin menurun. Juga antara satu keluarga dengan keluarga yang lain berbeda-beda kadar ketahanannya. Di sisi lain hubungan antara satu keluarga dengan keluarga yang lain semakin renggang. Maka semakin genting permasalahan untuk melindungi hak-hak dasar anak yaitu hak asuh dan hak nafkah. Hak asuh untuk pemeliharaan dari sisi jasmani dan rohani sementara hak nafkah dari sisi ekonomi. Kedua hak ini harus berjalan berdampingan. Oleh karenanya sistem perlindungan hak anak harus meliputi kedua hak tersebut.

Dalam penelitian ini, diungkap bagaimana sistem hukum yang berjalan sekarang ini. Adanya berbagai kondisi seperti yang terjadi di masyarakat dan telah disampaikan di latar belakang, tentang terjadinya anak telantar, ABH, anak berperilaku menyimpang yang penyebabnya adalah putusnya perkawinan orangtua, membuat sistem yang diterapkan sekarang harus dipertanyakan. Dari penelitian-penelitian yang telah dilakukan maupun informasi dari media, dapat disimpulkan bahwa sistem perlindungan hukum terhadap hak asuh dan hak nafkah anak di Indonesia, saat ini belum berjalan optimal. Mengapa hal ini bisa terjadi? Apa sebenarnya kendala/hambatan yang dihadapi dalam menjamin pemenuhan hak-hak anak sebagai korban dari putusnya perkawinan orangtua? Oleh karenanya melalui penelitian ini, diidentifikasi penyebab sistem hukum yang ada sekarang belum dapat memberi perlindungan hukum kepada anak-anak yang perkawinan orangtuanya putus dan bagaimana sistem

yang diusulkan/ dibangun untuk memperbaiki sistem perlindungan tersebut. Adanya sistem ini ini diharap dapat membantu menciptakan generasi yang sehat, bahagia dan mandiri.

Secara sederhana alur pikiran peneliti di atas dapat dilihat pada kerangka pemikiran di bawah ini:



