

BAB III
KEDUDUKAN HUKUM WARIS ANAK ZINA
DALAM HUKUM ISLAM, HUKUM POSITIF DAN HUKUM ADAT

A. Kewarisan Anak zina Hukum Islam

1. Kedudukan Anak Zina menurut Islam

Perempuan yang hamil karena zina adalah bahwa laki-laki yang menzinahi tidak mau menikahi perempuan yang ibunya, kecuali kalau laki-laki itu mengakuinya dizinahnya. Istilah yang umum dipakai adalah si pria tidak mau bertanggung jawab. Seakan-akan pihak pria-lah satu-satunya oknum yang harus bertanggung jawab atas masalah kecelakaan ini. Faktanya adalah keduanya sama-sama bersalah. Itulah sebabnya dalam hukum Islam yang terkena hukuman bukan hanya pelaku pria tapi juga wanita. Allah berfirman dalam QS An-Nur 24:2 :

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ

Artinya: “Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman.”¹

¹ Departemen Agama RI., 2000 Terjemahan ...Hlm. 245

Hukuman dera adalah apabila pelaku zina tidak memiliki suami atau istri. Sedangkan untuk kasus terakhir maka hukumnya adalah rajam. Kedudukan anak hasil zina yang lahir tanpa ada ikatan pernikahan sama sekali antara ibunya dengan pria manapun, maka ada dua pendapat ulama.

1) Pendapat pertama

Adalah anak tersebut dinasabkan pada ibunya walaupun seandainya ayah biologisnya mengklaim (Arab ilhaq atau istilhaq) bahwa ia adalah anaknya. Ini pendapat mayoritas ulama antar-madzhab yaitu madzhab Maliki, Syafi'i, Hanbali dan sebagian madzhab Hanafi²

Pendapat ini berdasarkan pada hadits sahih sebagai berikut :

لَوْلَدٌ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ ،

“Anak itu menjadi hak pemilik firasy (pemilik kasur), dan bagi pezina dia mendapatkan kerugian.” (HR Bukhari no. 6760 dan Muslim no. 1457).³

Hadits dari Abdullah bin ‘Amru yang berbunyi;

فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ فُلَانًا ابْنِي عَاهَرْتُ بِأُمِّهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا دَعْوَةَ فِي الْإِسْلَامِ ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَاللِّعَاقِ الْحَجَرِ .

“Seorang berdiri seraya berkata: “Wahai Rasulullah! Sungguh Si Fulan ini adalah anak saya, saya telah menzinahi ibunya dizaman Jahiliyah.”

Maka Rasulullah ﷺ : “Tidak ada pengakuan anak dalam Islam. Masa jahiliyah

² Ibnu Qudamah dalam *Al-Mughni*, kitab "al-mughni" ibnu qudamah pustaka azzam Hlm. 9/122

³ HR Bukhari no. 6760 dan Muslim no. 1457

sudah hilang. Anak adalah milik suami wanita (al-Firâsy) dan pezina mendapatkan kerugian.” (HR: Abu Daud)⁴

Menurut madzhab Syafi‘i anak zina perempuan boleh menikah dengan ayah biologisnya walaupun itu hukumnya makruh.⁵ Ini menunjukkan bahwa sama sekali tidak ada hubungan nasab syari‘i antara anak dengan bapak biologis dari hubungan zina.

Menurut madzhab Hanbali, walaupun tidak dinasabkan pada bapaknya, namun tetap haram hukumnya menikahi anak biologisnya dari hasil zina.⁶ Anak zina dinasabkan pada ibunya, maka apabila anak zina ini perempuan maka wali nikahnya kelak adalah wali hakim yaitu pejabat KUA dan jajarannya

2) Pendapat kedua

Adalah bahwa anak zina tersebut dinasabkan pada ayah biologisnya walaupun tidak terjadi pernikahan dengan ibu biologisnya. Ini adalah pendapat dari Urwah bin Zubair, Sulaiman bin Yasar, Al-Hasan, Ibnu Sirin, Nakha‘i, dan Ishaq. Pendapat ini dipilih oleh Ibnu Taimiyah dari madzhab Hanbali apabila ada klaim atau pengakuan (istilhaq) dari bapak biologis anak.⁷ Urwah bin Zubair dan Sulaiman bin Yasar pernah berkata bahwa “Seorang pria yang datang pada seorang anak dan mengklaim bahwa anak itu adalah anaknya dan

⁴ <https://wartapontianak.pikiran-rakyat.com/nasional/pr-1171072091/anak-dari-hasil-zina-siapa-nasabnya?page=2>

⁵ Al-Jaziri dalam *Al-Fiqh alal Madzahib al-Arba'ah*, Hlm. 5/134

⁶ Ibnu Qudamah *Al-Mughni*, kitab "al-mughni" Hlm. 7/485

⁷ Ibnu Taimiyah dalam *Al-Fatawa Al-Kubro*, Hlm. 3/178

mengaku pernah berzina dengan ibunya dan tidak ada laki-laki lain yang mengaku, maka anak itu adalah anaknya ”.⁸

Bukair berkata, “Aku bertanya pada ‘Urwah tentang hal ini, maka ia menjawab sebagaimana pendapat Sulaiman bin Yasar.”

كَانَ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهُوَيْهِ يَذْهَبُ إِلَى أَنَّ الْمَوْلُودَ مِنَ الرَّبِّيِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَوْلُودًا ” : قَالَ ابْنُ الْقَيْمِ وَهَذَا مَذْهَبُ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ ، رَوَاهُ عَنْهُ الْحِقِّقُ بِهِ : عَلِيُّ فِرَاشٍ يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ ، وَادَّعَاهُ الرَّابِيُّ . يُجَلَّدُ وَيَلْزَمُهُ الْوَلَدُ : إِسْحَاقُ بِإِسْنَادِهِ فِي رَجُلٍ زَنَى بِامْرَأَةٍ ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا ، فَادَّعَى وَلَدَهَا فَقَالَ ” زَادَ الْمَعَادُ ” أَنْتَهَى مِنْ . ” وَهَذَا مَذْهَبُ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ

Ibnul Qayyim rahimahullah berkata, “Ishaq bin Rahawaih berpendapat tentang anak yang dilahirkan dari zina, jika tidak ada pihak lain yang mengklaim bahwa itu anaknya, sedangkan yang berzina itu mengakuinya, maka anak tersebut disandarkan pada ayah biologisnya. Ini juga yang jadi pendapat Al-Hasan Al-Bashri. Hal ini diriwayatkan dari Ishaq dengan sanadnya tentang laki-laki yang berzina dengan seorang wanita, lalu lahirlah anak dari hasil hubungan zina tersebut. Lalu laki-laki tersebut mengaku itu anaknya, maka ia dikenakan hukuman cambuk dan anak itu dinasabkan padanya. Ini juga yang jadi pendapat ‘Urwah bin Az-Zubair dan Sulaiman bin Yasar. Demikian dinukil dari Zaad Al-Ma’ad, 5:381.⁹

Hal senada juga diungkap Dr Yusuf Qardawi : Dalam kitabnya Al Ijtihad Al Mu’shair, Al Qardawi menyatakan :

فقد فهموا مما ذكره الفقهاء أن لكل أحد أن يستلحق أو يقر بنسب من يشاء. والفقهاء إنما أرادوا الإقرار بنسب حقيقي وبنوة حقيقية مبني على نكاح سري أو نكاح فيه خلاف أو وطء

⁸ Ibnu Qudamah *Al-Mughni*, kitab "al-mughni" Hlm. 9/123

⁹ Sumber <https://rumaysho.com/23315-kedudukan-anak-hasil-zina-dengan-ayah-biologisnya.1>

شبهة أو غير ذلك. بل أجاز جماعة من السلف استلحاق ولده من الزنا إذا لم يكن فراش ورجحه ابن تيمية

bahkan sekelompok ulama salaf membolehkan pengakuan nasab anak zina, bila ibunya tidak dalam hubungan perkawinan dengan laki laki lain. Pendapat ini dikokohkan oleh Ibnu Taimiyah”. (Al Qardhawi, hlm 53)

Dalam kitabnya yang lain, Al Qardhawi mengutip beberapa ulama salaf yang membolehkan Istilhaq anak hasil zina. Beliau mengatakan:

لكن جاء عن عدد من فقهاء السلف : عروة بن الزبير والحسن البصرى واسحاق بن راهويه وغيرهم أنهم أجازوا استلحاق ولد الزنا إذا لم يكن فراش أي لم تكن المرأة متزوجة بأن لم تتزوج قط أو كانت مطلقة أو أرملة، وادعى مدع أن هذا ولده جاز انيستلحق ولد الزنى .ورجحه شيخ الإسلام ابن تيمية وتأكيده ابن القيم

Artinya: “Akan tetapi beberapa fuqaha salaf seperti Irwan Bin Zubair, Hasan Basri, Ishaq bin Rahuwaihi, dan lain lain, membolehkan pengakuan nasab anak zina, bila ibunya tidak dalam hubungan perkawinan dengan laki laki lain, pendapat ini di kuatkan oleh Syaikhul Islam Ibnu Taimiyah dan juga muridnya Ibnul Qayyim”. (Al Qardawi, 29).¹⁰

Dengan adanya pengakuan dari ayah biologisnya hal ini sangatlah jelas mengangkat harkat dan martabat anak zina dalam kehidupan sosial maupun dalam hukum,- dengan adanya pengakuan (Istilhak) maka anak zina berhak atas nasab, waris, maupun perwalian,- sebab dalam sisi manapun anak merupakan anugerah terbesar tuhan yang diberikan kepada manusia,- dari anaklah muncul generasi-generasi lanjutan dari kehidupan selanjutnya, oleh

¹⁰ <https://arrahim.id/in/anak-hasil-zina-wajib-di-akui-nasab-oleh-ayah-biologisnya/>

karenanya sudah sepiasnya Hak – hak anak dilindungi tanpa melihat kedudukan kelahirannya, atau perilaku orang tuanya, karena secara Fitrah anak adalah suci, secara kodrati pun tidak anak yang mau terlahir dalam kondisi orang tua yang berzina seandainya seorang anak dalam kelahirannya mempunyai hak untuk melakukan pilihan,-

Berdasarkan penjelasan dari beberapa madzhab fiqih diatas tentang Kedudukan Anak Zina yang Lahir di Luar Nikah dapat disimpulkan bahwa, ada dua pendapat ulama.

Pendapat pertama adalah anak tersebut dinasabkan pada ibunya walaupun seandainya ayah biologisnya mengklaim (ilhaq atau istilhaq) bahwa ia adalah anaknya. Ini pendapat mayoritas ulama antar-madzhab yaitu madzhab Maliki, yafi“i, Hanbali dan sebagian madzhab Hanafi.

Pendapat kedua adalah bahwa anak zina tersebut dinasabkan pada ayah biologisnya walaupun tidak terjadi pernikahan dengan ibu biologisnya

2. Kedudukan waris anak zina dalam hukum Islam

Jumhur ulama sepakat perihal kewarisan anak zina hanya mempunyai hak kewarisan kepada ibu biologisnya saja, meskipun ada sebagian ulama kontemporer yang memberikan ruang kepada anak zina untuk mendapatkan keperdataan kepada bapak biologisnya dengan cara istilah (pengakuan), perihal berapa bagian waris terkait pembagian waris dengan ibu biologisnya

ulama jumbuh dalam hal ini berbeda pendapat,- Secara umum, pendapat para ulama fiqih dapat dikelompokkan menjadi tiga pendapat sebagai berikut¹¹

a. Pendapat Pertama

Bahwasanya Ibu dapat mewarisi bagian tetap, saudara ibu juga mewarisi bagian tetap, dan sisanya dikembalikan kepada mereka, menurut mereka yang berpendapat adanya pengembalian (al-radd). Berdasarkan pendapat ini, anak itu tidak bisa mewarisi dari orang lain dan orang lain tidak bisa mewarisi darinya dengan cara ashabah senasab berdasarkan al-ukhuwwah atau al-umumah

Ulama fiqih yang termasuk dalam kelompok pertama ini menjadikan hadits yang diriwayatkan oleh Sahl bin Sa'du sebagai dalil. "...Sunnah menetapkan bahwa anak li'an dapat mewarisi dari ibunya dan ibunya pun dapat mewarisi darinya, dengan bagian yang telah ditetapkan Allah

Jumbuh ulama juga mempunyai dalil yang menguatkan pendapat mereka bahwa waris-mewarisi harus sesuai dengan ketetapan nash, dan tidak ada nash yang menyatakan bahwa ibu boleh mewarisi lebih dari 1/3, demikian juga dengan saudara seibu, tidak bisa mewarisi lebih dari 1/6

Contohnya, seorang anak yang lahir karena perbuatan zina atau li'an wafat, meninggalkan warisan berupa tanah seluas 90 hektare dan meninggalkan ahli waris: ibu, ayah, paman dari pihak ibu, dan ayahnya ibu.

¹¹ Komite Fakultas Syariah Universitas Al Azhar, *Hukum Waris* (Jakarta: Senayan Abadi Publishing, 2009

Dalam kasus ini, seluruh warisan hanya diberikan kepada ibu, karena ia mendapat bagian tetap dan pengembalian (ar-radd). Hal ini disebabkan paman dari pihak ibu dan ayahnya ibu termasuk dalam kelompok dzawil arham, dan ayah si mayit pun tidak mendapatkan apa-apa karena nasabnya terputus

Namun, jika seorang anak yang lahir karena perbuatan zina atau li'an wafat meninggalkan istri, anak perempuan, dan saudara seibu, maka istri mendapatkan $\frac{1}{8}$, anak perempuan $\frac{1}{2}$, dan sisanya untuk anak perempuan tersebut. Sedangkan saudara seibu tidak mendapatkan apa-apa, karena ia tidak dapat mewarisi ketika ada bersama pokok atau cabang yang mewarisi.

b. Pendapat Kedua

Dalam satu riwayat dari Ibnu Mas'ud, Ibnu Umar pun berpendapat serupa dengan pendapat kedua ini. Pendapat ini juga dipegang oleh ulama-ulama besar dari kalangan tabi'in, seperti 'Atha, Mujahid, an-Nakha'i, dan asy-Sya'bi. Hadits yang dijadikan dalil oleh para ulama yang berpendapat demikian adalah sabda Rasulullah SAW ketika menjawab pertanyaan mengenai hal ini, "Ashabah-nya adalah ashabah ibunya."

“ Asy-Syaukani berkata ketika menjelaskan pendapat ini, "Ibu mendapatkan bagiannya, kemudian untuk ashabah ibu secara berurutan. Pembagian tersebut dilakukan, jika tidak ada orang lain selain ibu dan kerabatnya, misalnya anak laki-laki atau istri si mayit. Jika si mayit mempunyai anak laki-laki atau istri, mereka berhak mendapatkan warisan sesuai bagiannya dalam masalah waris-mewarisi."

Hadits lain yang dijadikan sandaran oleh mereka adalah sabda Rasulullah SAW, "Berikanlah bagian-bagian itu kepada yang berhak. Jika ada sisa, pertama-tama untuk ahli waris laki-laki yang terdekat. Hadits di atas mengharuskan warisan dibagikan kepada laki-laki yang paling dekat dengan anak li'an dari kerabat ibunya, yang dinasabkan kepada ibunya, setelah bagian ashabul furudh diberikan. Jikalau nasab anak li'an berpindah dari ayahnya kepada ibunya, maka berpindah juga ashabahnya dari kerabat ayah kepada kerabat ibu

Berdasarkan pendapat mazhab ini, jika seorang anak yang lahir karena perbuatan zina atau li'an wafat meninggalkan istri, anak perempuan dan saudara seibu, maka istri mendapatkan $\frac{1}{8}$ yang menjadi bagian tetapnya (fardh), anak perempuan mendapatkan $\frac{1}{2}$ sebagai bagian tetap, dan saudara seibu mendapatkan sisa sebagai ashabah.

Jika seorang anak li'an wafat, meninggalkan ibu dan paman dari pihak ibu, maka ibu mendapatkan bagian $\frac{1}{3}$ dan paman dari pihak ibu mendapatkan $\frac{2}{3}$ sebagai ashabah

c. Pendapat Ketiga

Terdapat perbedaan pendapat antara mazhab ini dengan mazhab sebelumnya. Pada pendapat kedua, diterangkan bahwa ashabah anak li'an dan anak yang lahir karena perbuatan zina adalah mereka yang menjadi ashabah ibunya. Kalau sang ibu hidup, dia dapat mengambil bagian tetapnya (fardh) dan sisanya diambil oleh ashabah ibunya. Sedangkan pendapat yang ketiga

ini, menerima mereka yang menjadi ashabah ibunya sebagai ashabah anak li'an dan anak yang lahir karena perbuatan zina, dengan syarat ibunya tidak ada atau meninggal. Jika ibu ada, ibulah yang menjadi ashabah-nya, atau dengan kata lain, sang ibu akan mengambil seluruh harta warisan anak li'an dan anak yang lahir karena perbuatan zina. Dalil yang dipergunakan oleh para ulama yang pendapat seperti ini adalah sabda Rasulullah SAW

“ Perempuan menguasai tiga warisan, warisan budak yang dimerdekakannya, barang yang ditemukannya, dan warisan anak li'an-nya.”

(HR Abu Daud, Turmudzi, an-Nasa'i, dan Ibnu Majah)”,

Kalau ibu mewarisi dari budak yang dimerdekakannya dengan cara ashabah, ibu pun mewarisi dari anak li'an-nya dengan cara ashabah juga, karena ibu sama derajatnya dengan ayah dan ibu si anak li'an. Sebagai bukti, Ibnu Abbas pernah berkata, "Ibu anak li'an adalah ayah dan ibunya."

Dengan demikian, jika seorang anak li'an wafat meninggalkan istri, ibu, dan saudara perempuan seibu, maka istri mendapatkan $\frac{1}{4}$ sebagai bagian tetap, dan ibu mendapatkan seluruh sisanya, sebagai bagian tetap dan sekaligus sebagai ashabah. Apabila ibu tidak ada, istri mendapatkan $\frac{1}{4}$ sebagai bagian tetap dan saudara perempuan mendapatkan sisa sebagai ashabah dan bagian tetap. Jika ia wafat, meninggalkan saudara perempuan seibu dan anak laki-laki dari saudara perempuan seibu, maka saudara perempuan seibu mendapatkan $\frac{1}{6}$ dan anak laki-laki dari saudara perempuan seibu mendapatkan sisa sebagai ashabah. Cara pembagian yang demikian

sesuai dengan dua pendapat tersebut Mazhab ini merupakan mazhab Abdullah ibnu Mas'ud, Imam Ahmad bin Hambal dan Ishaq bin Rahawaih. Ibnul Qayyim

B. kedudukan waris anak zina dalam hukum positif

Perihal anak zina dan anak luar nikah didalam hukum positif dibedakan secara jelas,- sebagaimana didalam pembahasan terdahulu perihal anak zina dalam hukum positif,- Dalam Pasal 280 – Pasal 281 KUHPerdato menegaskan bahwasannya dengan pengakuan terhadap anak diluar nikah, terlahirlah hubungan perdata antara anak itu dan bapak atau ibunya. Pengakuan terhadap anak di luar nikah dapat dilakukan dengan suatu akta otentik, bila belum diadakan dalam akta kelahiran atau pada waktu pelaksanaan pernikahan. Pembagian hak waris anak hasil diluar nikah yang diakui cenderung dilakukan secara kekeluargaan

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sebagai salah satu sumber hukum dalam pembagian hak dan kedudukan anak luar nikah. Sebagaimana diatur dalam Pasal 280 Kitab Undang- Undang Hukum Perdata yang berbunyi:“Dengan pengakuan terhadap anak di luar kawin, terlahirlah hubungan perdata antara anak itu dan bapak atau ibunya”.

Hal tersebut sejalan juga dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 mengenai kedudukan anak luar nikah, yang berdampak baik dalam hal kedudukan secara yuridis seorang ayah terhadap

anaknyanya apabila dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain yang menurut hukum mempunyai hubungan darah termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain yang menurut hukum mempunyai hubungan darah termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.

Menurut Pasal 272 BW bahwa anak-anak luar kawin yang dapat diakui adalah anak yang dilahirkan oleh seorang ibu tetapi yang tidak dibenihkan oleh seorang pria yang berada dalam ikatan perkawinan sah dengan ibu si anak tersebut dan tidak termasuk di dalam kelompok anak zinah dan anak-anak sumbang¹²

Adapun yang sekarang perlu mendapat keterangan ialah hukum waris seorang anak di luar kawin tapi yang diakui oleh si ayah dan oleh si ibu. Sebelum membicarakan pasal-pasal yang bersangkutan, perlu ditegaskan sekali lagi bahwa hukum waris dari anak ini hanya terdapat antara ia sendiri dengan orang tua yang mengakuinya.

Pengakuan ini adalah suatu hal yang lain sifat dari pengesahan. Dengan pengakuan seorang anak itu tidak menjadi anak sah. Anak yang lahir di luar perkawinan itu baru menjadi anak sah jika kedua orang tuanya kemudian kawin, setelah mereka itu kedua-duanya mengakui anak itu, atau jika pengakuan itu dilakukan dalam akta perkawinan itu sendiri. Demikian

¹² Andy Hartanto. *Hukum Waris, Kedudukan dan Hak Waris Anak Luar Kawin Menurut "Burgerlijk Wetboek", Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi* (Surabaya: LaksBang, 2015).Hlm. 87

ketentuan yang dimuat dalam Pasal 272 Menurut Klaassen, Eggens dan Polak hak anak luar kawin terhadap harta warisan orang tua yang mengakuinya pada dasarnya adalah sama dengan anak sah. Mereka (anak luar kawin yang diakui) adalah benar-benar sebagai ahli waris yang mempunyai hak saissine, hak heredetatis petition dan hak untuk menuntut pemecahan warisan¹³

1. Bagian Anak Luar Kawin Jika Mewaris Bersama Ahli Waris Golongan I

Apabila pewaris meninggal dunia dengan meninggalkan keturunan yang sah dan/atau suami/isteri yang hidup terlama, maka anak luar kawin yang diakuiinya mewaris sepertiga bagian dari yang mereka sedianya harus mendapat seandainya mereka adalah anak sah (Pasal 863 B.W. bagian pertama). Keturunan atau anak- anak yang sah dan atau suami/isteri pewaris yang masih hidup terlama adalah termasuk ahli waris golongan I. Jadi disini diatur perkawinan anak luar kawin bersama-sama dengan golongan I. Dalam hal demikian anak luar kawin menerima sepertiga dari hak yang mereka sedianya terima seandainya mereka sebagai anak sah. Jadi cara menghitung hak bagian anak luar kawin adalah mengandalka mereka sebagai anak sah lebih dahulu, baru kemudian dihitung haknya sebagai anak luar kawin¹⁴

¹³ J.G. Klaassen, J. Eggens dan J.M. Polak. *Huwelijkgoederen end Erfrecht, handleidingbij be Studie en Practijk* (Tjeenk WillinkZwolle, 1956). Hlm. 97

¹⁴ J. Satrio. *Hukum Waris* (Bandung: PT. CitraAditya Bakti, 1990). Hlm. 88

Misalnya seorang pewaris meninggalkan sejumlah harta dan tiga orang anak-anak sah serta seorang isteri yang hidup terlama. Disamping itu pewaris juga meninggalkan seorang anak luar kawin yang sudah diakui. Pembagiannya adalah anak luar kawin tersebut dihitung seakan-akan dia anak yang sah, sehingga bagian masing ahli waris adalah seperlima. Akan tetapi khusus untuk anak luar kawin maka bagiannya adalah sepertiga kali seperlima, sehingga yang diterima oleh anak luar kawin adalah seperlimabelas bagian dari harta peninggalan (Pasal 863 KUH-Perdata). Sedang sisa harta peninggalan yang berjumlah empat belas per lima belas bagian dibagi bersama di antara para ahli waris yang sah, yaitu tiga anak-anaknya dan isterinya

2. Bagian Anak Luar Kawin Jika Mewaris Bersama Ahli Waris Golongan II dan Golongan III

Apabila seorang pewaris tidak meninggalkan keturunan yang sah dan juga tidak ada suami/isteri yang hidup terlama, akan tetapi pewaris tersebut meninggalkan keluarga sedarah dalam garis ke atas maupun saudara laki-laki dan perempuan atau meninggalkan keturunan saudara, dengan meninggalkan anak luar kawin, maka berapa bagian anak luar kawin dan bagaimana cara pembagiannya. Menurut Pasal 863 B.W dikatakan bahwa apabila anak luar kawin mewaris bersama-sama dengan ahli waris

golongan II atau golongan III, maka anak luar kawin mendapat setengah atau separoh dari harta warisan.¹⁵

Pasal 863: Jika pewaris meninggalkan keturunan yang sah atau seorang isteri/suami maka bagiannya adalah 1/3 dari bagian jika ia itu anak sah. Dengan kata lain jika ia mewaris bersama-sama dengan waris golongan¹⁶

3. Bagian Anak Luar Kawin Jika Mewaris Bersama Ahli Waris Golongan IV

Bagian anak luar kawin akan semakin besar jika dia mewaris dengan ahli waris dari golongan yang derajatnya lebih jauh lagi dari pewaris. Menurut Pasal 863 ayat (1) B.W dikatakan bahwa bagian anak luar kawin apabila hanya ada sanak saudara dalam derajat yang lebih jauh adalah tiga per empat. Maksud kata “sanak saudara dalam derajat yang lebih jauh” dalam Pasal 863 ayat (1) B.W tersebut adalah ahli waris golongan IV.

Sebagai contoh jika seorang pewaris tidak meninggalkan saudara-saudara dan orang tua (ibu-bapak), akan tetapi pewaris mempunyai paman dan bibi dari pihak bapak maupun dari pihak ibu atau sepupu atau saudara misan (bahasa Jawa), maka bagian anak-anak luar kawin adalah tiga per empat dari harta warisan, sedang sisa harta warisan yang seperempat dibagi

¹⁵ J. Satrio. *Hukum Waris* (Bandung: PT. CitraAditya Bakti, 1990). Hlm.88

¹⁶ Berdasarkan *Pasal-Pasal Hukum Perdata BW* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2003

bersama di antara para ahli waris golongan IV yaitu paman dan bibi, atau keturunannya/saudara sepupu atau misanan tersebut. 12

Dari ketentuan mengenai bagian warisan anak luar kawin seperti tersebut di atas, maka dapat dikatakan bahwa semakin dekat derajat ahli waris sah yang mewaris bersama-sama dengan anak luar kawin, maka semakin kecil bagian yang diperoleh anak luar kawin semakin besar. Hal ini adalah wajar karena meski menjadi anak luar kawin, namun hubungan antara anak luar kawin dengan pewaris adalah lebih dekat dibandingkan dengan ahli waris golongan II, III dan golongan IV meski mereka adalah ahli waris yang sah menurut undang-undang, sehingga oleh karenanya anak-anak luar kawin akan mendapat bagian yang lebih besar dari harta warisan orang tua yang sudah mengakuinya.

4. Bagian Anak Luar Kawin Jika Menjadi Satu-Satunya Ahli Waris

Uraian pada beberapa bab di atas adalah jika anak luar kawin mewaris bersama-sama dengan ahli waris golongan lain, baik dari golongan I, II, III atau dengan golongan IV, serta jika mewaris dengan golongan yang berlainan derajat. Namun ada kemungkinan seorang pewaris tidak meninggalkan ahli waris dari golongan I sampai golongan IV, akan tetapi hanya meninggalkan anak luar kawin. Dalam hal keadaan yang demikian, maka anak luar kawin yang diakui oleh pewaris secara sah akan mewaris seluruh harta warisan (Pasal 865 B.W).

Anak luar kawin menurut hukum dianggap tidak sah, meskipun demikian anak tersebut boleh memperoleh haknya, akan tetapi bukan waris, misalnya berupa hibah dan sedekah, dikarenakan anak tersebut dianggap anak luar nikah yang hanya memiliki hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya saja, terkecuali terhadap anak luar kawin yang diakui (vide Pasal 862 – 866 KUH- Perdata).

Disamping itu anak luar kawin tersebut juga berhak atas nafkah alimentasi atau hak nafkah atas anak luar kawin, termasuk anak yang dilahirkan dari perzinahan dan anak sumbang (Lihat Pasal 867 B.W). Kendati demikian, khusus anak zina dan anak sumbang tidak mungkin memiliki hubungan secara yuridis dengan ayah kandungnya karena orang tua dan anak tersebut dilarang oleh undang-undang untuk memberikan pengakuan.

Dalam hal demikian yang berlangsung dalam kehidupan bermasyarakat yang menjadi perhatian merupakan tugas dari aparat negara dalam menangani masalah tersebut serta dalam penjamin adanya kepastian hukum. Oleh sebab itu melalui saluran hukum yang berlaku dan yang tersedia, langkah hukum yang ditempuh dalam hal ini Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 adalah merupakan hal yang tepat apabila undang-undang yang diuji materil tersebut bertentangan dengan Konstitusi (dalam hal ini yang diajukan untuk diuji materil adalah UUP Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 43 ayat (1)

Berdasarkan Putusan MK 45/PUU-VIII/2010 Perkembangan hukum terkait dengan anak luar kawin, termasuk anak zina dan anak sumbang diberikan oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor : 45/PUU-VIII/2010. Putusan tersebut menyatakan pada intinya menyatakan dua hal yaitu :1) Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan yang menyatakan : “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Bertentangan dengan Undang- Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya.

Menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, sehingga ayat tersebut harus dibaca : “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain yang menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”.

Dengan demikian maka anak luar kawin disamping mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, juga mempunyai

hubungan perdata dan hubungan darah dengan laki-laki sebagai ayahnya dan Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut diisyaratkan harus dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum.

Bahwa putusan MK MK 45/PUU-VIII/2010 merupakan jaminan keadilan bagi anak zina sebagaimana yang tertuang dan dijamin di dalam Konstitusi Pasal 27, 28 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. pada tiga hal, yakni: keadilan hak, objektivitas proses biologis dan bantuan teknologi:

a. Keadilan hak

Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi menilai bahwa jika kehamilan dari hubungan seksual di luar perkawinan menjadi dasar hilangnya hubungan keperdataan anak dengan laki-laki yang sebagai bapaknya, maka hukum telah bersikap tidak tepat dan tidak adil. Lebih lanjut Majelis Hakim juga menilai bahwa jika hukum membebaskan tanggungjawab sebagai seorang bapak bagi laki-laki yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak -padahal memang dialah yang melakukan hubungan seksual dengan ibu anak tersebut-, maka lagi-lagi peraturan yang demikian adalah tidak tepat dan tidak adil.

Hal ini bertentangan dengan Pasal 28B ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh,

dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

b. Objektivitas proses biologis

Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi juga berpendapat bahwa tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara ovum dan spermatozoa, baik melalui hubungan seksual (coitus) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan.

Lebih lanjut majelis berpendapat bahwa berdasarkan objektivitas proses biologis tersebut, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak. Putusan MK Nomor 46/PUU-VII/2010 tentang Nasab Anak Luar Kawin

c. bantuan teknologi

Menurut majelis, perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat membuktikan bahwa seorang anak merupakan anak dari laki-laki tertentu. Test DNA bisa menjadi alat untuk membuktikan adanya hubungan darah antara seorang anak dengan bapak biologisnya

C. Kedudukan waris anak zina dala hukum adat

Hukum waris adat adalah salah bagian dari hukum adat secara keseluruhan, dan yang ada dalam hukum adat ini tidak mengenal adanya pembidangan hukum seperti dalam ilmu hukum umumnya. Hukum adat tidak mengenal perbedaan antara hukum privat dengan hukum publik, kedua bidang hukum seperti ini telah menyatu dalam aturan hukum adat.

Oleh karena itu pada saat pembahasan hukum waris, maka yang diketahui hanyalah bagian dari hukum adat. Masyarakat Indonesia secara sosial dan secara hukum sangat beragam, sehingga mengakibatkan kondisi hukum waris yang berlaku juga bersifat plularistis. Pluralistis yang dimaksudkan adalah terdapatnya berbagai sistem hukum waris yang berlaku, yaitu sistem hukum waris Barat (berdasar Burgelijk Wetboek), sistem hukum waris Islam, dan sistem hukum waris Adat¹⁷

Permasalahan pengaturan hukum waris adat yang berlaku di Indonesia sebagaimana dikemukakan di atasterletak pada pengaturan yang didasarkan pada sistem kekerabatan. Pada sistem kekerabatan menentukan kedudukan ahli waris yang dilihat dari jenis kelamin atau gender para ahli waris. Kedudukan ahli waris berdasarkan sistem kekeluargaan yang dianut, ini dapat dinilai bersifat diskriminatif, karena pada masyarakat yang menganut sistem patariliniial hanya laki-laki saja yang berkedudukan sebagai ahli waris,

¹⁷ Gusti Muzainahjurnal *Ilmu Hukum Prinsip Prinsip Hukum Kedudukan Perempuan Dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar* Pebruari 2012, Vol. 8, No. 15, Hlm. 10 - 19

sedangkan dalam masyarakat yang menganut sistem kekeluargaan perempuan, yang berkedudukan sebagai ahli waris hanya pihak perempuan. Berbeda dengan sistem kekeluargaan bilateral atau parental, baik perempuan maupun laki-laki samasama berkedudukan sebagai ahli waris.¹⁸

Didalam masyarakat sering terjadi kejadian- kejadian abnormal salah satunya mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan yang sah. Anak yang lahir di luar perkawinan, ber-ibu pada orang perempuan yang tidak menikah yang melahirkannya, sebagaimana juga seorang yang dilahirkan dari seorang ibu yang dalam hubungan perkawinan Ini dianggap sebagai suatu hal yang biasa dan tidak tercela atau cacat seperti halnya di Minahasa, Ambon, Timur dan Mentawai. Akan tetapi di beberapa daerah terdapat suatu sikap yang keras, mengutuk terhadap ibu yang melahirkan tanpa pernikahan dan anak tersebut, karena dibawa oleh pendirian yang magis religius, akan membawa celaka, sial dan sebagainya¹⁹

Namun dengan perkembangan kebudayaan maka terciptalah aturan untuk mencegah si ibu dan si anak tersebut tertimpa nasib yang malang dengan terbentuknya lembaga kawin paksa yang terdiri atas Kawin Paksa dan Kawin Sempurna²⁰

¹⁸ Gusti Muzainahjurnal *Ilmu Hukum Prinsip Prinsip Hukum Kedudukan Perempuan Dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar*

¹⁹Mainake Yosephus: 2013 *Hukum Waris anak di Indonesia...*: Hlm. 87

²⁰ Bushar Muhammad: 2006: *Pokok-Pokok Hukum Adat ...*Hlm. 31

Kawin Paksa yakni yang dipaksakan kepada laki-laki yang ditunjuk oleh si perempuan sebagai orang yang menurunkan anak yang masih dalam kandungannya. Laki-laki itu dipaksa supaya kawin dengan perempuan itu. Tindakan demikian misalnya di Sumatera Selatan selalu diambil dalam rapat marga. Demikian pula kalangan di Bali apabila laki-laki tersebut menolak maka laki-laki tersebut akan dihukum/didenda.

Kawin Sempurna, yakni perkawinan di mana seorang wanita yang tidak kawin tetapi mengandung dengan laki-laki siapa saja yang menjadi suami dengan maksud agar kelahiran bayi jatuh dalam perkawinan. Tindakan demikian ditemukan misalnya di Jawa dengan jalan kawin darurat dan di Bugis dengan kawin pattonkok siriq²¹

Dalam masyarakat hukum adat biasa terjadi di mana keluarga/rumah tangga dari suatu ikatan perkawinan tidak saja terdapat anak kandung tetapi juga terdapat anak tiri, anak angkat, anak asuh, anak akuan dan sebagainya. Kesemua anak-anak itu ada sangkut pautnya dengan hak dan kewajiban orangtua yang mengurus atau memeliharanya, begitu pula sebaliknya. Kedudukan anak-anak tersebut juga berlatar belakang pada susunan masyarakat adat bersangkutan dan bentuk perkawinan orangtua yang berlaku. Hal ini agar tidak menjadi masalah tentang sah tidaknya anak, hal

²¹ Bushar Muhammad: 2006: *Pokok-Pokok Hukum Adat ...*Hlm. 31

mana dipengaruhi oleh agama yang dianut masyarakat bersangkutan, tetapi yang juga penting adalah menyangkut masalah keturunan dan pewarisan²²

Ahli waris dalam konsep hukum adat yang terpenting adalah anak kandung sendiri. Dengan adanya anak kandung ini maka anggota keluarga yang lain menjadi tertutup untuk menjadi ahli waris.

Dalam masyarakat hukum adat khususnya dalam hal pewarisan terhadap anak luar kawin masing- masing di setiap daerah mempunyai peraturan tersendiri. Mengenai pembagiannya menurut Putusan Mahkamah Agung tanggal 1 Nopember 1961 Reg. No. 179 K/Sip/61, anak perempuan dan anak laki- laki dari seorang peninggal warisan bersama berhak atas harta warisan dalam arti bahwa bagian anak laki-laki adalah sama dengan anak perempuan.

Dalam sistem kekerabatan patrilineal yang berdasarkan pada garis keturunan laki-laki (bapak), dengan bentuk perkawinan yang dilakukan adalah perkawinan jujur dengan pemberian barang atau uang jujur yang dilakukan oleh pihak kerabat calon suami kepada pihak kerabat calon istri, sebagai tanda pengganti pelepasan perempuan keluar dari kewargaan adat persekutuan hukum bapaknya, pindah dan masuk ke dalam persekutuan suaminya. Hal ini setelah terjadinya perkawinan tersebut, keluarga, kerabat dan suami-istri

²² Hilman Hadikusuma: *Hukum Waris Adat 2003*:..Hlm. 126

mengharapkan mendapat keturunan laki-laki yang kelak akan menjadi penerus keturunan atau penerus silsilah orangtuanya dan kerabatnya.

Contohnya pada suku Batak yang merupakan masyarakat yang bertipe patrilineal (murni) dan bersifat genealogis, yang hubungan kekerabatan di antara anggotanya mutlak ditarik menurut garis keturunan laki-laki atau garis keturunan bapak, oleh sebab itu hanya keturunan anak laki-laki saja sebagai ahli waris yang diperhitungkan dalam pembagian harta warisan orangtuanya.

Anak perempuan bukan sebagai penerus keturunan orangtuanya (bapaknya) dan bukan sebagai ahli waris orangtuanya (bapaknya). Menurut orang Batak, anak perempuan hanya disiapkan untuk menjadi anak orang lain yang akan memperkuat keturunan orang lain atau marga lain. Pandangan masyarakat patrilineal (Batak, Nias, Bali, Lampung).

Pada suku Bali, kedudukan anak luar kawin (astra) di mungkin kan dapat diterima dalam masyarakat dengan alasan-alasan tertentu. Misalnya mengesahkan anak luar kawin dengan melakukan pembayaran adat dan diupacarai adat, sehingga anak luar kawin dapat diterima dan tinggal dalam masyarakat serta dapat berhubungan dengan ibunya.

Masyarakat yang bersistem kekerabatan matrilineal adalah masyarakat yang menganut garis keturunan perempuan atau garis ibu, sehingga sebagai penerus keturunan adalah perempuan, namun sebagai ahli waris adalah semua anak baik perempuan maupun anak laki-laki dari harta peninggalan ibunya.

Sedangkan harta peninggalan orangtuanya (bapak) diwaris oleh semua saudara perempuan dan anak keponakan perempuan.

Tentang anak diluar kawin itu ada dua jenis, yaitu: Pertama, Anak yang lahir dari bapak dan ibu antara orang-orang mana tidak terdapat larangan untuk kawin. Kedua, Anak yang lahir dari bapak dan ibu yang dilarang untuk kawin karena sebab yang ditentukan oleh undang-undang atau jika salah satu dari bapak-ibu di dalam perkawinan dengan orang lain.

Ditinjau dari segi hukum adat yang bercorak kekerabatan matrilineal, apabila seorang ibu yang tidak kawin dan melahirkan anak (anak luar kawin), maka dalam hubungan hukum anak luar kawin tersebut hanya mempunyai ibu dan tidak mempunyai bapak. Hal semacam ini dalam masyarakat adat matrilineal merupakan perbuatan yang tercela dan tidak terpuji. Oleh sebab itu pada masyarakat matrilineal di Minangkabau, telah menjadi kebiasaan masyarakatnya apabila ada seorang gadis atau perempuan hamil (tidak dengan perkawinan yang sah), maka gadis atau perempuan tersebut oleh keluarganya akan diusahakan dikawinkan dengan laki-laki yang menyebabkan ia hamil, namun apabila laki-laki yang menyebabkan ia hamil itu tidak ingin mengawini gadis atau perempuan tersebut, maka keluarga dapat mencari laki-laki lain yang mau mengawininya. Tujuannya adalah untuk kedudukan anak yang akan dilahirkan kelak mempunyai seorang bapak atau orangtua

Beberapa tempat di daerah Jawa, menganggap perempuan yang melahirkan anak itu sebagai ibu anak yang bersangkutan, jadi biasa seperti

kejadian normal seorang perempuan melahirkan anak dalam perkawinan yang sah. Namun di beberapa daerah lain ada yang mencela keras si ibu yang tidak kawin beserta anaknya. Bahkan mereka ada yang dibuang dari persekutuan (masyarakat). Namun ada tindakan adat atau solusi untuk mengatasi si ibu atau perempuan yang hamil luar kawin, yaitu dengan memaksa laki-laki yang bersangkutan untuk mengawini perempuan tersebut, agar supaya anak yang dilahirkan kelak mempunyai orangtua yang lengkap (bapak).

Dalam masyarakat Minahasa, hubungan antara seorang laki-laki yang menyebabkan seorang anak dilahirkan di luar perkawinan, dengan anak tersebut dapat mempunyai hubungan antara bapak dengan anak. Dalam hukum adat setempat, laki-laki yang bersangkutan dapat memberi sesuatu hadiah adat. Tujuannya adalah memberi tanda pengakuan dengan memberikan sesuatu berupa hibah kepada perempuan yang melahirkan anak untuk menghilangkan keraguan masyarakat terhadapnya.

Hukum adat juga mengenal usaha yang lain, yaitu dengan cara mengawinkan perempuan yang sedang hamil itu dengan salah seorang laki-laki lain (laki-laki lain yang mau mengawinin perempuan tersebut). Maksudnya supaya anak tersebut dapat lahir dalam perkawinan yang sah.

Hal ini banyak dijumpai di desa-desa Jawa, disebut nikah tambelan. Tetapi meskipun telah dilakukan upaya-upaya adat seperti tersebut di atas, semuanya itu tidak dapat menghilangkan perasaan dan pandangan tidak baik terhadap anak yang dilahirkan itu.

Anak luar kawin ini di Jawa disebut anak kowar, Jawa Barat disebut anak haram atau jadah, di Melayu disebut anak kampung²³. Istilah anak haram atau jadah biasanya banyak digunakan dalam daerah-daerah pedesaan seperti di Desa Agung Mulyo, Kecamatan Juwana, Kabupaten Pati, di desa Ngawi.

Hubungan anak yang dilahirkan di luar perkawinan tersebut, mengakibatkan, yaitu : Kedudukan hukum dari seorang anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah sama dengan anak sah dalam hubungan terhadap ibunya, di beberapa daerah (Jawa), suami dari perempuan itu dengan alasan-alasan yang logis dapat menolak untuk mengakui anak itu sebagai anaknya dan anak luar kawin dapat dianggap tidak mempunyai bapak. Di dalam hukum adat pada dasarnya setiap anak yang dilahirkan di dalam ikatan perkawinan adalah anak sah meskipun kelahirannya disebabkan laki-laki lain.

Hukum waris adat sangat dipengaruhi oleh sistem kekeluargaan yang bersifat susunan unilateral, yaitu matrilineal dan patrilineal. Kedudukan anak luar kawin dalam kekerabatan yang patrilineal berbeda dengan anak sah. Anak luar kawin dalam kekerabatan yang patrilineal hanya berhak mewaris dari harta peninggalan ibunya saja.

Di daerah Minangkabau yang menganut sistem matrilineal, maka apabila suaminya meninggal, maka anak-anak tidak merupakan ahli waris dari harta pencahariannya, sebab anak-anak itu merupakan warga anggota

²³ Soerojo Wignjodipuro: *Pengantar dan asas-asas hukum adat*. Hlm. 127

famili ibunya sedangkan bapaknya tidak, sehingga harta pencahariannya jatuh pada saudara-saudara sekandungnya.

Di Aceh yang kuat keagamaan Islamnya, anak luar kawin tidak berhak mewaris sehingga dalam hal ini kedudukan anak luar kawin di dalam hukum adat dengan sistem patrilineal dan matrilineal pada dasarnya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya saja. Oleh karena itu anak luar kawin hanya akan memperoleh warisan dari ibunya maupun keluarga ibunya saja. Anak tersebut tidak berhak atas warisan dari bapaknya karena tidak mempunyai hubungan perdata dengan bapaknya.

Didalam masyarakat adat yang menggunakan sistem kekeluargaan yang bersifat Parental seperti masyarakat adat Provinsi Jawa tengah yang mana apabila ada orang tua yang tidak mempunyai anak sah tetapi mempunyai anak luar kawin, maka anak luar kawin yang berkelakuan baik terhadap keluarga bapak biologisnya akan mendapat warisan dari keluarga bapak biologisnya. Jika ayah biologisnya mempunyai anak sah dan anak luar kawin, maka dalam pewarisan anak sah akan mendapat lebih banyak dari anak luar kawin, dikarenakan anak luar kawin itu dapat mewaris dari ayah biologisnya tidak sebanyak anak sah yang sah²⁴

Masyarakat suku Dayak Agabag di Kecamatan Lumbis, Kabupaten Nunukan, Propinsi Kalimantan Timur dengan system kekerabatan Parental, anak luar kawin memiliki hak dan bagian yang sama dalam hal pewarisan dan

²⁴ Sri Wahyuni : *Hukum Adat Indonesia ...*Hlm. : 52

anak luar kawin harus melalui pengakuan anak dengan cara diterapkannya denda adat sebagai tanda pengakuan untuk dapat mewaris dari ayah biologisnya²⁵

Pada masyarakat adat yang menggunakan sistem kekeluargaan yang bersifat Parental mengakui adanya anak luar kawin yang dipersamakan dengan anak sah dengan syarat tertentu seperti melalui pengakuan anak ataupun sikap dan kelakuan yang ditunjukkan oleh anak tersebut kepada ayah biologisnya.

Dengan adanya pengakuan terhadap anak luar kawin dan apabila sikap dan kelakuan anak tersebut dianggap baik maka anak tersebut dapat mewarisi dari ayah biologisnya. Namun, pembagian warisan ini hanya berdasarkan pada asas parimirma dengan dasar welas asih dan kerelaan. Sehingga anak luar kawin dan keluarga dari ibu anak luar kawin tersebut tidak memiliki hak menuntut terhadap harta warisan dari bapak biologisnya.

Dasar hukum adat terhadap pemberian warisan untuk anak luar kawin tidak ada, besarnya pembagian hanya berdasarkan kerelaan sebesar apa dan barang apa yang akan diberikan oleh keluarga bapak biologisnya atau berupa wasiat yang dapat berisi apa saja yang akan diberikan oleh bapak biologisnya²⁶

²⁵ Victoria Ola Tokan: *Sistem Pewarisan Adat Suku Dayak Agabaq Di Kecamatan Lumbis Kabupaten Nunukan Provinsi Kalimantan Timur ...*Hlm. 110

²⁶ Hilman Hadikusuma: *Hukum Waris Adat ...*Hlm. 68

Beberapa Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung mengenai kedudukan anak luar kawin menurut hukum adat tersebut, antara lain seperti yang terdapat pada Yurisprudensi Mahkamah Agung :

1. Nomor 179/K/SIP/1960 tanggal 23 Oktober 1961:

Berdasarkan rasa kemanusiaan dan keadilan umum juga, atas hakikat persamaan hak antara anak sah dan anak luar kawin, dalam beberapa keputusan mengambil sikap dan menganggap sebagai hukum yang hidup di Indonesia, bahwa anak- anak luar kawin dan anak -anak sah dari seorang peninggal harta (pewaris), bersama-sama berhak atas harta warisan, dengan kata lain bagian seorang anak -anak sah adalah sama dengan bagian seorang anak anak luar kawin.

2. Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 415/K/SIP/1970 tanggal 30 Juni 1971 :

Hukum adat di daerah Padang, Sumatera Utara, tentang kedudukan anak (anak sah dan anak luar kawin) terhadap warisan orang tua. Di daerah Tapanuli pemberian dan penyerahan kepada seorang anak anak luar kawin merupakan “serah lepas”²⁷. Putusan Mahkamah Agung tanggal 18 Maret 1959, yang menyatakan menurut hukum adat yang berlaku di Jawa Tengah, anak luar kawin hanya diperkenankan mewaris harta gono gini (harta bersama dari

²⁷ Sri Wahyuni : Hlm. 61-62

keluarga bapak biologisnya, sedangkan harta pusaka (barang asal) anak luar kawin tidak berhak mewarisinya,

3. Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 1037/K/SIP/1971 tanggal 31 Juli 1973

Menjelaskan hukum adat di Pematang Siantar, Sumatera Utara, tentang kedudukan anak anak luar kawin terhadap warisan orangtuanya, dalam hal ini pewaris yang telah meninggal dengan meninggalkan seorang anak anak luar kawin, maka anak anak luar kawin inilah yang merupakan satu-satunya ahli warisnya dan yang berhak atas harta yang ditinggalkannya²⁸

4. Putusan Makamah Agung tanggal 18 Maret 1959,

Menyatakan menurut hukum adat yang berlaku di Jawa Tengah, anak luar kawin hanya diperkenankan mewaris harta gono gini (harta bersama dari keluarga bapak biologisnya, sedangkan harta pusaka (barang asal) anak luar kawin tidak berhak mewarisinya²⁹

Yurisprudensi Mahkamah Agung ini dapat digunakan selama pihak-pihak yang bersengketa tidak merasa dirugikan, namun apabila pihak-pihak yang bersengketa merasa dirugikan maka hakim dapat menggunakan jalan musyawarah dan kembali kepada pengaturan hukum adat yang berlaku di daerah tersebut

²⁸ Sri Wahyuni : *Hukum Adat Indonesia* Hlm. :63.

²⁹ Sri Wahyuni : *Hukum Adat Indonesia* Hlm. : 53

D. Teori Keadilan

Pengertian Keadilan Keadilan berasal dari kata adil, menurut Kamus Bahasa Indonesia adil adalah tidak sewenang-wenang, tidak memihak, tidak berat sebelah. Adil terutama mengandung arti bahwa suatu keputusan dan tindakan didasarkan atas norma-norma objektif.

Keadilan pada dasarnya adalah suatu konsep yang relatif, setiap orang tidak sama, adil menurut yang satu belum tentu adil bagi yang lainnya, ketika seseorang menegaskan bahwa ia melakukan suatu keadilan, hal itu tentunya harus relevan dengan ketertiban umum dimana suatu skala keadilan diakui. Skala keadilan sangat bervariasi dari satu tempat ke tempat lain, setiap skala didefinisikan dan sepenuhnya ditentukan oleh masyarakat sesuai dengan ketertiban umum dari masyarakat tersebut.³⁰

Di Indonesia keadilan digambarkan dalam Pancasila sebagai dasar negara, yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Dalam sila lima tersebut terkandung nilai-nilai yang merupakan tujuan dalam hidup bersama. Adapun keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan kemanusiaan yaitu keadilan dalam hubungannya manusia dengan dirinya

³⁰ M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Ctk. Kedua, Kencana, Jakarta, 2014, Hlm. 85.

sendiri, manusia dengan manusia lainnya, manusia dengan masyarakat, bangsa, dan negara, serta hubungan manusia dengan Tuhannya.³¹

Nilai-nilai keadilan tersebut haruslah merupakan suatu dasar yang harus diwujudkan dalam hidup bersama kenegaraan untuk mewujudkan tujuan negara, yaitu mewujudkan kesejahteraan seluruh warganya dan seluruh wilayahnya, mencerdaskan seluruh warganya. Demikian pula nilai-nilai keadilan tersebut sebagai dasar dalam pergaulan antar negara sesama bangsa di dunia dan prinsip-prinsip ingin menciptakan ketertiban hidup bersama dalam suatu pergaulan antar bangsa di dunia dengan berdasarkan suatu prinsip kemerdekaan bagi setiap bangsa, perdamaian abadi, serta keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial).³²

Teori-teori Hukum Alam sejak Sokrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”.³³ Berbagai macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran. Diantara teori-teori itu dapat disebut: teori keadilan Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics* dan teori keadilan sosial John Rawls dalam bukunya *a*

³¹ M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, , Hlm. 85.

³² M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, , Hlm., Hlm. 86.

³³ Carl Joachim Friedrich, 2004. “*Filsafat Hukum Perspektif Historis, Nuansa dan Nusamedia*. Bandung Hlm. 24 2L.

theory of justice dan teori hukum dan keadilan Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*.

1. Keadilan menurut para Filosofis

a. Teori Keadilan Aristoteles

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics, politics, dan rethoric*. Spesifik dilihat dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang, berdasarkan filsafat hukum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.³⁴

Pada pokoknya pandangan keadilan ini sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan. Aristoteles membedakan hak persamaanya sesuai dengan hak proposional. Kesamaan hak dipandangan manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Inilah yang dapat dipahami bahwa semua orang atau setiap warga negara dihadapan hukum sama. Kesamaan proposional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukanya. Lebih lanjut, keadilan menurut pandangan Aristoteles dibagi kedalam dua macam keadilan, keadilan “distributief” dan keadilan “commutatief”.

³⁴ J. Van Apeldoorn, 1996. “*Pengantar Ilmu Hukum*”, cetakan kedua puluh enam Pradnya Paramita, , Jakarta. Hlm. 11-12

- 1) Keadilan distributif ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut prestasinya.
- 2) Keadilan commutatif memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya dalam hal ini berkaitan dengan peranan tukar menukar barang dan jasa³⁵

Dari pembagian macam keadilan ini Aristoteles mendapatkan banyak kontroversi dan perdebatan. Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.³⁶

b. Teori Keadilan John Rawls

Beberapa konsep keadilan yang dikemukakan oleh Filsuf Amerika di akhir abad ke-20, John Rawls, seperti *A Theory of Justice*, *Political Liberalism*, dan *The Law of Peoples*, yang memberikan pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan.³⁷

³⁵ Carl Joachim Friedrich *Filsafat Hukum Perspektif Historis* ...Hlm. 25

³⁶ Pan Mohamad Faiz, 2009. “Teori Keadilan John Rawls”, dalam *Jurnal Konstitusi*, Volume 6 Nomor 1, Hlm. 135.

³⁷ Pan Mohamad Faiz, 2009. “Teori Keadilan John Rawls” Hlm. 139

John Rawls yang dipandang sebagai perspektif “*liberal-egalitarian of social justice*”, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (social institutions). Akan tetapi, kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan³⁸.

Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaanya yang dikenal dengan “posisi asli” (*original position*) dan “selubung ketidaktahuan” (*veil of ignorance*).³⁹

Pandangan Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam masyarakat. Tidak ada perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai suatu “posisi asli” yang bertumpu pada pengertian ekulibrium reflektif dengan didasari oleh ciri rasionalitas (rationality), kebebasan (freedom), dan persamaan (equality) guna mengatur struktur dasar masyarakat (basic structure of society). Sementara konsep “selubung ketidaktahuan” diterjemahkan oleh John Rawls bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang

³⁸ Pan Mohamad Faiz, 2009. “*Teori Keadilan John Rawls*”... Hlm.140

³⁹ Pan Mohamad Faiz, 2009. “*Teori Keadilan John Rawls*”Hlm.140

dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai “*Justice as fairness*”.⁴⁰

Dalam pandangan John Rawls terhadap konsep “posisi asli” terdapat prinsip-prinsip keadilan yang utama, diantaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki dan kompitabel dan ketidaksamaan atas kebutuhan sosial, ekonomi pada diri masing-masing individu. Prinsip pertama yang dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), seperti kebebasan beragama (*freedom of religion*), kemerdekaan berpolitik (*political of liberty*), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (*freedom of speech and expression*), sedangkan prinsip kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), yang menghipotesakan pada prinsip persamaan kesempatan (*equal oppotunity principle*).

Lebih lanjut John Rawls menegaskan pandangannya terhadap keadilan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas

⁴⁰ John Rawls, 2006. “*A Theory of Justice, London: Oxford University press*”, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Teori Keadilan, , Pustaka Pelajar. Yogyakarta. Hlm. 90

kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik.⁴¹

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. Kedua, setiap aturan harus meposisi diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidak-adilan yang dialami kaum lemah.

c. Teori Keadilan Hans Kelsen

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan didalamnya.⁴²

⁴¹ Hans Kelsen, 2011. "*General Theory of Law and State*", diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media. ..Hlm. 7

⁴² Hans Kelsen, 2011. "*General Theory of Law and State*",... Hlm. 9

Pandangan Hans Kelsen ini pandangan yang bersifat positifisme, nilai-nilai keadilan individu dapat diketahui dengan aturan-aturan hukum yang mengakomodir nilai-nilai umum, namun tetap pemenuhan rasa keadilan dan kebahagiaan diperuntukan tiap individu. Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif.

Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan.

Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.⁴³

Sebagai aliran positifisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya

⁴³ Hans Kelsen, 2011. "*General Theory of Law and State*",....Hlm. 12

sahih dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.⁴⁴

Pemikiran tentang konsep keadilan, Hans Kelsen yang menganut aliran positifisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam. Menurut Hans Kelsen:⁴⁵

Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda : yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”

Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen: pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tata-tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan

⁴⁴ Hans Kelsen, 2011. “*General Theory of Law and State*”,..... Hlm.14

⁴⁵ Hans Kelsen, 2011. “*General Theory of Law and State*”,.....Hlm.14

dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan.⁴⁶

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan diatas dasar suatu yang kokoh dari suatu tananan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia bena-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.⁴⁷

Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (law umbrella) bagi peraturan peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan hukum tersebut.⁴⁸

Hukum sangat erat hubungannya dengan keadilan, bahkan ada pendapat bahwa hukum harus digabungkan dengan keadilan, supaya benar-benar berarti sebagai hukum, karena memang tujuan hukum itu adalah tercapainya rasa keadilan pada masyarakat. Suatu tata hukum dan peradilan

⁴⁶ Kahar Masyhur, 1985. “*Membina Moral dan Akhlak*”, *Kalam Mulia*, Jakarta. Hlm. 68

⁴⁷ Kahar Masyhur, 1985. “*Membina Moral dan Akhlak*”, *Kalam Mulia* Hlm. 71

⁴⁸ Suhrawardi K. Lunis, 2000. “*Etika Profesi Hukum*”, Cetakan Kedua, Sinar Grafika, Jakarta. Hlm. 50.

tidak bisa dibentuk begitu saja tanpa memerhatikan keadilan, karena adil itu termasuk pengertian hakiki suatu tata hukum dan peradilan, oleh karenanya haruslah berpedoman pada prinsip prinsip umum tertentu.

Prinsip-prinsip tersebut adalah yang menyangkut kepentingan suatu bangsa dan negara, yaitu merupakan keyakinan yang hidup dalam masyarakat tentang suatu kehidupan yang adil, karena tujuan negara dan hukum adalah mencapai kebahagiaan yang paling besar bagi setiap orang.⁴⁹ Di dalam Pancasila kata adil terdapat pada sila kedua dan sila kelima. Nilai kemanusiaan yang adil dan keadilan sosial mengandung suatu makna bahwa hakikat manusia sebagai makhluk yang berbudaya dan berkodrat harus berkodrat adil, yaitu adil dalam hubungannya dengan diri sendiri, adil terhadap manusia lain, adil terhadap masyarakat bangsa dan negara, adil terhadap lingkungannya serta adil terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Konsekuensi nilai-nilai keadilan yang harus diwujudkan meliputi:⁵⁰

Keadilan distributif, yaitu suatu hubungan keadilan antara negara terhadap warganya, dalam arti pihak negaralah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk keadilan membagi, dalam bentuk kesejahteraan, bantuan, subsidi serta kesempatan dalam hidup bersama yang didasarkan atas hak dan kewajiban;

⁴⁹ M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Hlm. 91

⁵⁰ M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Hlm., Hlm. 92.

Keadilan legal, yaitu suatu hubungan keadilan antara warga negara terhadap negara dan dalam masalah ini pihak wargalah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk menaati peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam negara; dan c. Keadilan komutatif, yaitu suatu hubungan keadilan antara warga satu dengan yang lainnya secara timbal balik.

Masalah keadilan merupakan persoalan yang rumit yang dapat dijumpai disetiap masyarakat. Hukum memiliki dua tugas utama yakni mencapai suatu kepastian hukum dan mencapai keadilan bagi semua masyarakat. Diantara sekian banyaknya pemikiran dan konsep keadilan, salah satu konsep keadilan yang cukup relevan adalah sebagaimana yang dikonsepsikan oleh Roscoe Pound, yang selanjutnya diketahui dengan keadilan sosiologis; keadilan yang didasarkan pada kebiasaan, budaya, pola perilaku dan hubungan antar manusia dalam masyarakat.⁵¹

Keadilan hukum bagi masyarakat tidak sekedar keadilan yang bersifat formal-prosedural, keadilan yang didasarkan pada aturan aturan normatif yang rigidyang jauh dari moralitas dan nilai-nilai kemanusiaan. Lawan dari keadilan formal-prosedural adalah keadilan substantif, yakni keadilan yang ukurannya bukan kuantitatif sebagaimana yang muncul dalam keadilan formal, tetapi keadilan kualitatif yang didasarkan pada moralitas publik dan

⁵¹ Umar Sholehudin, Author: Umar Sholehudin, Hukum dan keadilan masyarakat : *perspektif kajian sosiologi hukum* / * 1976- Hlm. 43.

nilai-nilai kemanusiaan dan mampu memberikan kepuasan dan kebahagiaan bagi masyarakat.⁵²

Mengandaikan adanya keadilan individual. Artinya, sikap atau perilaku individu Pancasila adalah sikap dan perilaku yang memiliki keutamaan atau kebajikan berupa keadilan itu. Disamping itu individu juga menjadi tujuan dari keadilan itu. Maksudnya adalah keadilan tidak hanya ditujukan kepada masyarakat seumumnya, melainkan juga kepada individu. Namun individu ini bukan sekedar entitas atomistik yang terlepas sama sekali dari konteks sosial budayanya, melainkan individu dalam keterhubungannya dengan individu lain dan dengan masyarakatnya. Disini keadilan sosial tidak sama dengan sosialisme yang tidak terlalu peduli dengan kepentingan individu.⁵³

Meskipun dalam keadilan sosial perhatian terhadap individu tetap ada, namun keadilan sosial tidak tergantung dari kehendak individu, melainkan dari struktur-struktur. Dengan demikian, keadilan sosial adalah keadilan struktural. Keadilan ini tercapai apabila struktur seperti proses-proses ekonomi, politik, sosial, budaya dan ideologis dalam masyarakat menghasilkan pembagian kekayaan masyarakat yang adil dan menjamin

⁵² Umar Sholehudin, Author: Umar Sholehudin, Hukum dan keadilan masyarakat : , Hlm. 44.

⁵³ Hyronimus Rhiti ; *Filsafat Hukum* EDISI, Cet. Ke-5 ; Penerbitan, Yogyakarta : Universitas Atma Jaya, 2015 Hlm. 251

bahwa setiap warga memperoleh yang menjadi haknya. Keadilan sosial lebih mudah diperoleh dengan membongkar struktur-struktur yang tidak adil.⁵⁴

E. Hak Asasi Anak

Hak Asasi Manusia atau yang dikenal dengan sebutan HAM adalah hak yang dimiliki oleh umat manusia yang bersifat alamiah artinya hak tersebut bukanlah anugrah dari negara atau organisasi tertentu, tetapi hak asasi manusia telah dimiliki oleh manusia semenjak manusia tersebut berada di dalam kandungan. Hak ini berlaku seumur hidup, tidak dapat diganggu gugat oleh siapapun. Hak-hak ini berisi tentang kesamaan atau keselarasan tanpa membedakan suku, golongan, keturunan, jabatan, ras, warna kulit, umur.⁵⁵

Hak Asasi itu sendiri merupakan hak yang bersifat mendasar (grounded). Hak Asasi Manusia (HAM) adalah hak-hak yang bersifat mendasar dan inheren dengan jati diri manusia secara universal. Siapapun manusia dan dimanapun juga berhak memiliki hak tersebut. Artinya disamping keabsahan terjadi dalam eksistensi kemanusiaan manusia, juga terdapat kewajiban yang sungguh-sungguh untuk dimengerti, dipahami, dan bertanggung jawab untuk memeliharanya baik secara individu ataupun individu yang berada di kelompok sosial yang bersifat universal oleh individu

⁵⁴ Hyronimus Rheti ; *Filsafat Hukum*,... Hlm. 252

⁵⁵ tim Permata Pres Undang-Undang *Hak Asasi Manusia* (HAM) Permata Pres 2012 Hlm.1

itu sendiri, negara dan masyarakat Internasional. Adapun Prinsip-Prinsip Pokok Hak Asasi Manusia adalah:

1. Universal dan tidak dapat dicabut (universality & inalienability)

Hak asasi merupakan hak yang melekat, dan seluruh umat manusia di dunia memilikinya. Hak-hak tersebut tidak bisa diserahkan secara sukarela ataupun dicabut. Hal ini selaras dengan pernyataan yang tercantum dalam Pasal 1 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia “Setiap umat manusia dilahirkan merdeka dan sederajat dalam harkat dan martabatnya”.

2. Sederajat dan tanpa diskriminasi (equality & non-discrimination)

Setiap individu sederajat sebagai manusia dan memiliki kebaikan yang inheren dalam harkat dan martabat masing-masing. Setiap umat manusia berhak sepenuhnya atas hak-haknya tanpa ada perbedaan dengan alasan apapun, seperti yang didasarkan atas perbedaan ras, warna kulit, jenis kelamin, etnis, usia, bahasa, agama, pandangan politik dan pandangan lainnya, kewarganegaraan, latar belakang sosial, cacat dan kekurangan, tingkat kesejahteraan, kelahiran atau status lainnya sebagaimana yang telah dijelaskan oleh badan pelaksana hak asasi manusia.⁵⁶

Bahwa seorang anak yang lahir di muka bumi tidak memikul dosa orang tuanya, dan dia terlahir dalam kondisi suci, semenjak anak tersebut

⁵⁶ <http://www.komnasham.go.id/pendidikan-dan-penyuluhan/848-prinsip-prinsip-pokok-hak-asasi-manusia>, diakses Juni 2013

didalam kandungan segala hak keperdataan sudah melekat pada diri anak tersebut, tanpa ada satu apapun yang kemudian bisa merampas hak keperdataan anak tersebut begitu dia lahir,-

Perihal kewarisan seorang anak zina, sama halnya anak sah dalam hal ini tidak ada perbedaan secara hak asasi anak, keduanya sama-sama terlahir suci tanpa memikul dosa orang tuanya,- kalau kemudian anak yang lahir dari perkawinan yang sah bisa dinasabkan kepada orang tua biologisnya khususnya ayahnya, maka begitu pula anak zina, anak zina juga mempunyai secara hukum untuk mendapatkan penasaban kepada orang tua biologisnya ,-

Menurut agama, manusia adalah makhluk yang mulia yang diberikan potensi keunggulan dibandingkan makhluk lainnya.⁵⁷ Agama Islam memposisikan anak sebagai amanah Allah SWT.

Anak adalah manusia yang memiliki nilai kemanusiaan yang tidak bisa dihilangkan dengan alasan apapun. Secara etimologi, anak disebut juga dengan walad, satu kata yang mengandung penghormatan, sebagai makhluk Allah yang sedang menempuh perkembangan sebagai hamba Allah SWT yang saleh.⁵⁸

Kata al-walad dipakai untuk menggambarkan adanya hubungan keturunan, sehingga kata al-walid dan alwalidah diartikan sebagai ayah dan

⁵⁷ Depatemen Agama RI 2000 *Alqur'an terjemah* QS. 2 ayat 30, QS.17 ayat 70 dan QS.49 ayat 13.

⁵⁸, Kairo: Maktabah al-Dakwah al-Islamiyah Shabab al Azhar, 1990 *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Hlm.95

ibu kandung atau biologis. Berbeda dengan kata ibn yang tidak mesti menunjukkan hubungan keturunan dan kata al-ab tidak berarti mesti ayah kandung.⁵⁹ Menurut Hamka, anak ialah aliran dari air dan darah orang tuanya.⁶⁰ Menurut hukum Islam, kedudukan/kedudukan anak bermacam-macam, sesuai dengan sumber asal-usul anak itu sendiri. Sumber asal itulah yang akan menentukan kedudukan kedudukan dan hak seorang anak.

Adapun kedudukan/kedudukan anak dalam hukum Islam adalah anak kandung, anak angkat, anak susu, anak pungut, anak tiri, dan anak luar nikah (anak luar perkawinan). Masing-masing anak tersebut diatas, mendapat perhatian khusus dalam syariat Islam yang menentukan kedudukan/kedudukannya, baik dalam keturunan dan kewarisan, maupun perwalian⁶¹

Asas yang terkandung dalam kewarisan anak zina adalah Asas Fitrah (Suci)

أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ
 يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ وَيُمَجِّسَانِهِ كَمَا تُنْتَجُ الْبَهِيمَةُ بِهَيْمَةٍ جَمْعَاءَ هَلْ تُحْسُونَ فِيهَا مِنْ جَدْعَاءَ ثُمَّ يَقُولُ
 أَبُو هُرَيْرَةَ وَاقْرَأُوا إِنَّ شِئْتُمْ فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ الْآيَةَ حَدَّثَنَا أَبُو

⁵⁹ M. Quraish Shihab, *Tafsir al-Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian al-Qur'an*, Jilid XV, (Jakarta: Lentera Hati, 2004), Hlm. 614

⁶⁰ Hamka, *Tafsir al-Azhar, Juz XXI-XXII*, (Jakarta:Pustaka Panji Mas, 1988), Hlm. 195.

⁶¹ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, (Jakarta: Lentera, 2007), Hlm. 388.

بَكْرٍ بْنِ أَبِي شَيْبَةَ حَدَّثَنَا عَبْدُ الْأَعْلَى ح وَ حَدَّثَنَا عَبْدُ بْنُ مُحَمَّدٍ أَخْبَرَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ كِلَاهُمَا عَنْ
مَعْمَرٍ عَنِ الرَّهْرِيِّ هَذَا الْإِسْنَادِ وَقَالَ كَمَا تُنْتَجِجُ الْبَيْهَمَةُ بِهَيْمَةٍ وَلَمْ يَذْكُرْ جَمْعًا ۚ

Arinya :

Telah menceritakan kepada kami Hajib bin Al Walid telah menceritakan kepada kami Muhammad bin Harb dari Az Zubaidi dari Az Zuhri telah mengabarkan kepadaku Sa'id bin Al Musayyab dari Abu Hurairah, dia berkata; "Rasulullah shallallahu 'alaihi wasallam telah bersabda: 'Seorang bayi tidak dilahirkan (ke dunia ini) melainkan ia berada dalam kesucian (fitrah). Kemudian kedua orang tuanyalah yang akan membuatnya menjadi Yahudi, Nasrani, ataupun Majusi -sebagaimana hewan yang dilahirkan dalam keadaan selamat tanpa cacat. Maka, apakah kalian merasakan adanya cacat? ' Lalu Abu Hurairah berkata; 'Apabila kalian mau, maka bacalah firman Allah yang berbunyi: '...tetaplah atas fitrah Allah yang telah menciptakan manusia menurut fitrahnya itu. Tidak ada perubahan atas fitrah Allah.' (QS. Ar Ruum (30): 30). Telah menceritakan kepada kami Abu Bakr bin Abu Syaibah; telah menceritakan kepada kami 'Abdul 'Alaa Demikian juga diriwayatkan dari jalur lainnya, dan telah menceritakan kepada kami 'Abd bin Humaid; telah mengabarkan kepada kami 'Abdurrazaq keduanya dari Ma'mar dari Az Zuhri dengan sanad ini dan dia berkata; 'Sebagaimana hewan ternak melahirkan anaknya. -tanpa menyebutkan cacat⁻⁶²

Bahwa dari hadits shahih diatas bisa dipahami bahwasanya setiap anak yang lahir dimuka bumi dalam keadaan suci, tanpa ada cela sedikitpun, anak tersebut lahir tanpa menanggung dosa orang tuanya, dan padanya melekat hak keperdataan secara sempurna,-

Bahwa hak asasi anak merupakan hak dasar yang dimiliki seorang anak semenjak dia dilahirkan, bahkan semenjak anak tersebut didalam kandungan Para ahli memberikan batasan perihal hak asasi anak :

M. Nasir Djamil mengemukakan hak-hak anak menurut Islam, 7 yaitu

⁶², Imam Muslim *Kitab shahih muslim* Hadist Nomor 4803.

Pemeliharaan atas hak beragama (hifdz al-din), pemeliharaan hak atas jiwa (hifdz al-nafs), pemeliharaan atas akal (hifdz al-aql), pemeliharaan atas harta (hifdz al-mal), pemeliharaan atas keturunan/nasab (hifdz al-nasl) ,Hak atas Kehormatan (hifzh al-‘irdh), hak-hak anak yang dijamin oleh agama, maka hak anak dalam pandangan Islam memiliki aspek yang universal terhadap kepentingan anak⁶³

Berdasarkan konvensi hak-hak anak di atas, hak-hak anak secara umum dapat dikelompokkan dalam 4 (empat) kategori hak-hak anak, antara lain yaitu : Hak untuk kelangsungan hidup (The Right To Survival), Hak terhadap perlindungan (Protection Rights), Hak untuk tumbuh kembang (Development Rights), Hak untuk berpartisipasi (Participation Rights) ⁶⁴.

R. Soetojo Prawirohamidjojo menyatakan, bahwa tiap-tiap manusia itu berkedudukan sebagai orang dalam hukum. Tiap-tiap manusia berwenang untuk mempunyai hak-hak, khususnya berwenang untuk mempunyai hak-hak keperdataan. Dalam hukum perdata tiap-tiap manusia mempunyai hak-hak yang sama dan terlepas dengan hak ketatanegaraan. Terkait dengan hak seorang anak, pada umumnya kewenangan seorang anak dalam perspektif Kuh Perdata dimulai pada saat kelahirannya. Pengecualian tersimpul dalam Pasal 2 Kuh Perdata yang menyatakan bahwa anak yang masih dalam kandungan dianggap telah dilahirkan kalau kepentingannya memerlukan.

⁶³ M. Nasir Djamil, *Anak Bukan Untuk diHukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), Hlm. 20.

⁶⁴ *Konvensi hak – Hak anak* (KHA) Baperlitbang Hlm. 80

Tetapi, kalau anak itu dilahirkan mati, maka anak tersebut dianggap tidak pernah ada. Inilah yang dikatakan orang sebagai fictie⁶⁵.

Sementara itu, hak anak menurut Pasal 4 sampai dengan Pasal 18 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, antara lain adalah Hak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, Hak mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, hak memperoleh identitas diri dan kedudukan kewarganegaraan, hak untuk beribadah menurut agamanya, Hak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri, Hak memperoleh pelayanan kesehatan, hak memperoleh pendidikan dan pengajaran, Hak menyatakan dan didengar pendapatnya, Hak untuk beristirahat, hak bergaul, hak bermain, hak mendapat perlindungan dari diskriminasi dan eksploitasi, Hak untuk diasuh oleh orang tuanya sendiri, Hak mendapatkan perlakuan secara manusiawi, dan hak mendapatkan bantuan hukum.

Bahwa lebih spesifik lagi dalam Pembukaan UUD 1945 menyatakan bahwa : Pasal 27 ayat 1 menyatakan bahwa “ segala warga negara bersamaan kedudukannya didalam hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya, Pasal 28 : Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan,

⁶⁵ R. Soetojo Prawirohamidjojo dan Asis Safioedin, *Hukum Orang dan Keluarga*, Hlm. 2.

perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Bahwasanya didalam pasal ini juga memperlihatkan kepada kita adanya persamaan hak keperdataan setiap orang tanpa melihat latar belakang kelahirannya baik itu anak yang lahir didama sebuah perkawinan yang sah, ataupun anak itu lahir tanpa adanya perkawinan atau hasil dari perliku zina orang tuanya, maka anak yang terlahir dari hubungan tersebut mempunya hak sama tanpa melihat status hubungan orang tua yang melahirkannya,-

Perilaku perizananan merupakan perbuatan yang sangat dicela apalagi dalam agaama Islam, dalam hukum adat pun perilaku perzinahan seringkali mendapatkan sanksi adat dikarenakan perbuatan tersebut merupakan perbuatan amoral, akan tetapi terhadap anak yang lahir dari perbuatan tersebut perlu adanya sikap yang bijak dikarenakan setiap anak terlahir tanpa memikul dosa orang tuanya (fitrah),-