



BAB II

KAJIAN TEORI

Kerangka teori merupakan “kerangka pemikiran atau butir-butir pendapat, teori, thesis mengenai sesuatu kasus atau permasalahan (*problem*), yang menjadi bahan perbandingan, pegangan teoritis yang mungkin disetujui ataupun tidak disetujui.¹

Kerangka teori adalah “penentuan tujuan dan arah penelitiannya dan dalam memilih konsep-konsep yang tepat guna pembentukan hipotesa-hipotesanya, maka teori itu bukanlah pengetahuan yang sudah pasti, tetapi harus dianggap sebagai petunjuk analisis dan hasil penelitian yang dilakukan.²

A. Perlindungan Anak menurut Sistem Perundang-undangan

Perlindungan hukum terhadap hak-hak anak diatur dalam pasal Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Dalam Pasal 1 ayat (2)

¹M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, (Bandung: Mandar Maju, 1994), Hal 91.

²Solly, *Penelitian*, hal 93.

disebutkan bahwa 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.³

Kemudian dalam ayat (12) juga disebutkan bahwa hak anak adalah bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan negara.⁴

Hak-hak anak dalam UU Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak diatur dalam bab III. Beberapa hak-hak anak diantaranya;

- a. Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.⁵
- b. Setiap anak berhak memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya.⁶
- c. Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain mana pun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan:

- 1) diskriminasi;
- 2) eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual;

³Pasal 1 ayat (2) UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

⁴Pasal 1 ayat (12) UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

⁵Pasal 4 UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

⁶Pasal 9 ayat (1) UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

- 3) penelantaran;
- 4) kekerasan, kekerasan, dan penganiayaan;
- 5) ketidakadilan; dan
- 6) perlakuan salah lainnya.⁷

Negara dan Pemerintah juga berkewajiban dan bertanggung jawab memberikan dukungan sarana dan prasarana dalam penyelenggaraan perlindungan anak. Dalam Pasal 23 ayat (1) disebutkan bahwa Negara dan pemerintah menjamin perlindungan, pemeliharaan, dan kesejahteraan anak dengan memperhatikan hak dan kewajiban orang tua, wali, atau orang lain yang secara hukum bertanggungjawab terhadap anak. Ayat (2) Negara dan pemerintah mengawasi penyelenggaraan perlindungan anak. Kemudian dalam Pasal 24 disebutkan Negara dan pemerintah menjamin anak untuk mempergunakan haknya dalam menyampaikan pendapat sesuai dengan usia dan tingkat kecerdasan anak. Sedangkan dalam Pasal 25 juga disebutkan bahwa kewajiban dan tanggung jawab masyarakat terhadap perlindungan anak dilaksanakan melalui kegiatan peran masyarakat dalam penyelenggaraan perlindungan anak.

Selain dalam Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, hak-hak anak juga diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 52 ayat (1) dan ayat (2), yaitu:

1. Setiap anak berhak atas perlindungan oleh orang tua, keluarga masyarakat dan Negara.

⁷Pasal 13 ayat (1) UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

2. Hak anak adalah hak asasi manusia dan untuk kepentingannya hak anak itu diakui dan dilindungi oleh hukum bahkan sejak dalam kandungan.

Kemudian dalam Pasal 57 disebutkan bahwa:

1. Setiap anak berhak untuk dibesarkan, dipelihara, dirawat, dididik, diarahkan, dan dibimbing kehidupannya oleh orang tua atau walinya sampai dewasa sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
2. Setiap anak berhak untuk mendapatkan orang tua angkat atau wali berdasarkan putusan pengadilan apabila kedua orang tua telah meninggal dunia atau karena suatu sebab yang sah tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai orang tua.
3. Orang tua angkat atau wali sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) harus menjalankan kewajiban sebagai orang tua sesungguhnya.⁸

Selanjutnya konvensi hak-hak anak yang telah diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 20 November 1989 oleh pemerintah Indonesia juga mengadopsi konvensi ini dengan cara menandatangani pada tanggal 26 Januari 1990 di New York, Amerika Serikat, dan pada tanggal 25 Agustus 1990 mengeluarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 36 Tahun 1990 Pengesahan Konvensi Hak-hak Anak.⁹

Konvensi hak-hak anak ini memiliki cara pandang yang berbeda dibandingkan dengan instrument-instrumen internasional sebelumnya, perbedaan itu terutama tampak dari caranya melihat dan memperlakukan anak, bukan semata-mata sebagai pihak yang ditempatkan sebagai paradoxal dengan orang

⁸Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

⁹Iman Jauhari, *Kajian Yuridis terhadap Penerapan Hak-hak Anak dan Penerapannya, Disertasi Doktor*, Medan: Universitas Sumatera Utara, 2005.

dewasa, melainkan dia diperlakukan sebagai satu insane yang “penuh” dengan segala hak-hak yang secara inheren melekat pada diri anak sebagai makhluk manusia.

Dalam Konvensi Hak Anak (KNA) dan Undang-Undang Pelindungan Anak, keduanya memiliki prinsip-prinsip umum hak -hak anak. Prinsip umum ini disepakati agar seluruh anak di dunia memiliki hak yang sama. Adapun prinsip umum tersebut sebagai berikut: Kepentingan terbaik bagi anak, Hak tumbuh kembang dan kelangsungan hidup, Non diskriminasi, dan Hak partisipasi dalam masyarakat.

Pertama. Prinsip kepentingan terbaik anak, artinya bahwa setiap usaha dan upaya dalam kegiatan yang bersangkutan dengan anak mengutamakan kepentingan terbaik bagi diri anak.

Kedua Prinsip kelangsungan dan perkembangan, terfokus pada hak-hak anak yang berkaitan dengan tumbuh-kembang anak dan keberlangsungan hidup anak untuk tetap bertahan dalam kehidupan ini.

Ketiga. Prinsip universalitas atau non diskriminasi, artinya semua hak-hak anak yang telah dirumuskan dan ditetapkan dalam upaya pemenuhan, perlindungan, dan pemenuhan hak anak berlaku sama untuk semua anak. Tidak ada pemisahan dan perlakuan berbeda pada anak, termasuk dalam kondisi dan situasi apapun.

Keempat. Partisipasi atau penghargaan terhadap pendapat anak. Anak memiliki hak untuk terlibat dan dilibatkan dalam setiap hal yang berhubungan dengan kehidupan mereka. Pendapat anak patut didengar dan dipertimbangkan.

Karena anak lebih mengetahui apa yang dia butuhkan dalam menjalani hidupnya.¹⁰

Dalam penjelasan umum Undang-Undang Kesejahteraan Anak nomor 4 Tahun 1979 antara lain dikatakan oleh karena anak baik secara rohani, jasmani maupun sosial belum memiliki kemampuan untuk berdiri sendiri, maka menjadi kewajiban bagi generasi terdahulu untuk menjamin, memelihara, dan mengamankan kepentingan ini selayaknya oleh pihak-pihak yang mengasuhnya dibawah pengawasan dan bimbingan Negara, dan bilamana perlu, oleh Negara sendiri. Karena kewajiban inilah maka yang bertanggung jawab atas asuhan anak wajib pula melindunginya dari gangguan-gangguan yang datang dari luar maupun dari anak itu sendiri. Sehingga secara kenegaraan, pemerintah menunjuk orang tua asuh dalam bentuk kelembagaan seperti panti asuhan dan diangkat orang tua asuh lainnya.¹¹

B. Perkawinan yang Sah menurut Sistem Perundang-undangan

Perkawinan menurut Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.¹²

Kemudian dalam Pasal 2 disebutkan tentang perkawinan yang sah yaitu:

- (1) Perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu.

¹⁰Taufik, *Perlindungan Anak dalam Islam*.

¹¹Penjelasan Umum Undang-Undang Kesejahteraan Anak nomor 4 Tahun 1979.

¹²Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

(2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹³

Dari pasal diatas, diketahui bahwa sahnya suatu perkawinan meliputi unsur agama dan pencatatan perkawinan. Sebagai orang Islam, maka hukum perkawinan yang dipakai menggunakan hukum Islam. Dalam Islam, rukun perkawinan merupakan salah satu indikator sahnya perkawinan. Jumhur ulama sepakat bahwa rukun perkawinan terdiri atas:

- a. Adanya calon suami istri yang akan melakukan perkawinan.
- b. Adanya wali dari pihak calon pengantin wanita. Akad nikah akan dianggap sah apabila ada wali atau wakilnya yang akan menikahkannya.
- c. Adanya dua orang saksi.
- d. Sighat akad nikah, yaitu ijab Kabul yang diucapkan oleh wali atau wakilnya dari pihak wanita dan dijawab oleh calon pengantin laki-laki.¹⁴

Indicator lainnya yang menentukan sahnya perkawinan secara konstitusi adalah pencatatan perkawinan oleh petugas pencatat perkawinan. Tidak logis dan janggal sosial jika perkawinan disembunyikan atau tidak dicatatkan, walaupun sekedar ke dalam “memori publik”. Hukum diakui sebagai sistem norma yang mengutamakan “*norm and logic*” (Austin dan Kelsen) yang terwujud sebagai sistem perilaku.

¹³Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

¹⁴Abdu Rahman Ghazaly, *Fiqh Munakahat*, (Jakarta: Kencana, 2006), hal 46-47.

Kua-normatif dalam ajaran agama Islam, perkawinan adalah sunnah Rasullulah dan perbuatan itu dalam rangka mencapai taqwa dan beribadah kepada Allah SWT. Kompilasi Hukum Islam (KHI) menyebutkannya sebagai “untuk menaati perintah Allah” dan sebagai sarana “ibadah” kepada Allah. Perbuatan yang mulia, sukacita dan waras jika dikabarluaskan.

Sebagai suatu perbuatan mengikuti sunnah, maupun peristiwa kontraktual yang tidak biasa namun bersifat sakral maka tidak relevan jika perkawinan sengaja dirancang sehingga menimbulkan *mudharat*, dengan menyembunyikan (pencatatan) peristiwa hukum perkawinan itu. Menurut Jafizham, perkawinan bukan suatu hubungan secara diam-diam. Perkawinan menurut agama Islam, salah satu tandanya mengumumkan berita perkawinan secara terbuka, bahkan dibenarkan dengan suatu upacara dan permainan musik.¹⁵

Apalagi jika dengan menyelundupkan hukum untuk memperoleh keabsahan perkawinan. Adalah faktual dan bukan persangkaan, masih banyak anak yang lahir dari perkawinan tidak dicatatkan yang mengalami diskriminasi pemenuhan dan perlindungan hak anak, mencakup relasi dalam hukum keluarga, termasuk hak-hak anak atas pelayanan sosial, pendidikan, dan pencatatan kelahiran. Tentu saja hal itu *vis a vis* dengan prinsip kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*).

Salah satu factor yang membuat masyarakat menyembunyikan upacara perkawinan adalah poligami secara sirri. Karena takut tidak disetujui oleh istri pertama, maka suami berani berpoligami dengan cara pernikahannya

¹⁵T.Jafizham, “*Persentuhan Hukum di Indonesia dengan Hukum Perkawinan Islam*”, (Jakarta: Mestika, 2006), hal. 272.

disembunyikan. Dengan begitu pencatatan perkawinan sebagaimana yang dimaksud undang-undang diacuhkan. Seiring dengan berjalannya waktu, dikemudian hari dia akan menemui kesulitan dengan tidak mencatatkan perkawinannya.

Di Indonesia, hukum perkawinan nasional menganut asas *monogami*. Hal ini diatur dalam Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang berbunyi: *“Pada dasarnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang istri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami.”*¹⁶

Ketentuan pasal ini secara kental ditransfer dari garis hukum yang terdapat di dalam QS. An-Nisa: 3 yang meletakkan dasar monogami bagi suatu perkawinan yaitu:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ
وَتِلْكَ وَرُبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ
أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

Artinya: “Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yatim (bilamana kamu mengawininya), maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi: dua, tiga, atau empat, Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya” (QS an-Nisaa’:3).¹⁷

Akan tetapi, undang-undang tersebut memberi kemungkinan kepada seorang suami untuk melakukan poligami. Dan bagi seorang suami yang ingin

¹⁶Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

¹⁷Q.S. An-Nisa’ (4) ayat 3.

berpoligami diharuskan meminta izin kepada Pengadilan. Permintaan izin yang bersifat *kontentius/sengketa*. Agar pengadilan dapat mengabulkan permohonan izin poligami tersebut, pengajuan perkara tersebut harus memenuhi alasan-alasan sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, yakni:

- a. Istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai istri;
- b. Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
- c. Istri tidak dapat melahirkan keturunan.¹⁸

Alasan-alasan diatas bersifat *fakultatif* dan bukan bersifat *imperative-kumulatif*, artinya salah satu saja dari tiga hal itu dijadikan alasan permohonan poligami ke pengadilan dan Pemohon dapat mendukung alasan permohonannya dengan bukti-bukti yang cukup, maka permohonannya untuk beristri lebih dari seorang dapat dikabulkan oleh pengadilan.

Kemudian persyaratan lain yang harus dipenuhi oleh seorang suami yang akan mengajukan permohonan izin berpoligami ke pengadilan, sebagaimana diatur dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, adalah:

- a. Harus ada persetujuan dari istri;
- b. Harus ada kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup istri-istri dan anak-anak mereka;
- c. Harus ada jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka.¹⁹

¹⁸ Pasal 4 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Persyaratan yang tercantum dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 ini bersifat *kumulatif*, artinya Pengadilan Agama hanya dapat member izin poligami kepada seorang suami apabila semua persyaratan tersebut telah terpenuhi. Jika satu syarat saja tidak terpenuhi, maka Pengadilan Agama harus menolak permohonan tersebut.

Ketentuan diatas juga tidak jauh berbeda dengan apa yang diatur didalam Kompilasi Hukum Islam. Persetujuan istri atau istri-istri dapat diberikan secara tertulis atau dengan lisan, sekalipun telah ada persetujuan tertulis, persetujuan ini dipertegas dengan persetujuan lisan pada sidang Pengadilan Agama. Persetujuan tersebut tidak diperlukan bagi seorang suami apabila istri-atau istri-istrinya tidak memungkinkan untuk dimintai persetujuannya, dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian atau apabila tidak ada kabar istri-istrinya sekurang-kurangnya dua tahun atau karena sebab lain yang perlu mendapat penilaian hakim.²⁰

Kemudian dalam hal istri tidak mau memberikan persetujuan kepada suaminya untuk beristri lebih dari seorang, berdasarkan salah satu alasan tersebut diatas, maka pengadilan dapat menetapkan pemberian izin setelah memeriksa dan mendengar istri yang bersangkutan di persidangan pengadilan agama dan terhadap penetapan ini, istri atau suami mengajukan banding atau kasasi.

Dari ketentuan-ketentuan peraturan tersebut tampak jelas bahwa untuk melakukan poligami dibutuhkan persyaratan yang sangat berat, tidak hanya kesanggupan berlaku adil, tetapi diperlukan pula persetujuan dari istri terdahulu.

¹⁹Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

²⁰Tihami dan Sohari Sahrani, *Fiqh Munakahat: Kajian Fikih Nikah Lengkap*, (Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2009), hal 370.

Disini tampak sekali bahwa Undang-Undang sangat mempersulit bagi seseorang untuk melakukan poligami.

C. Pertimbangan Hakim dan Keadilan Substantif

Kasus hukum yang terjadi di tanah air, seringkali menimbulkan pendapat pro dan kontra yang kemudian mencuat menjadi bahan perbincangan publik. Salah satu penyebabnya para penegak hukum (Hakim, Jaksa, Polisi, Pengacara) seringkali mempunyai persepsi maupun penafsiran yang berbeda dalam menangani suatu kasus, meskipun sebenarnya landasan hukum dan aturan main (*rule of game*) yang digunakan sama.²¹

Konteks hukum, perbedaan penafsiran terhadap peraturan perundang-undangan sebenarnya hal yang biasa terjadi sejak zaman dulu. Meskipun demikian, terhadap kasus-kasus seperti itu, perlu kiranya mendapat perhatian dan kajian yang serius di masa mendatang, supaya tidak berdampak merugikan kepentingan pencari keadilan (*justiciabel*). Praktek harus diakui, seringkali dijumpai suatu permasalahan yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan ataupun kalau sudah diatur tetapi ketentuan perundang-undangan tersebut tidak mengatur secara jelas dan lengkap. Bahkan seperti dikemukakan Sudikno Mertokusumo, bahwa tidak ada hukum atau Undang-undang yang lengkap atau jelas. Karena fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan mengatur seluruh kegiatan manusia. Sedangkan kepentingan manusia itu tidak terhitung jumlah dan jenisnya, dan terus menerus berkembang

²¹Admin, "Keadilan Substantif Dan Problematika Penegakannya", 2010. <http://www.situshukum.com/kolom/keadilan-substantif-dan-problematika-penegakannya>. Diakses tanggal 9 Oktober 2014.

sepanjang masa. Oleh karena itu perlu menemukan hukumnya demi mencapai keadilan substantif.

Kalau mengacu kepada UU No. 4 Tahun 2004 Tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, sebenarnya ada beberapa ketentuan yang bisa menjadi rujukan. Pasal 14 ayat (1) menyatakan “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.²² Dengan demikian hukum yang tidak ada atau kurang jelas, tidak dapat dijadikan alasan penolakan bagi Hakim terhadap suatu perkara yang diajukan pencari keadilan.

Selanjutnya Pasal 5 ayat (1) menyebutkan “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”.²³ Pasal 5 ayat (1) ini tentunya lebih luas ruang lingkupnya dibandingkan Pasal 20 AB, yang menyebutkan Hakim mengadili menurut Undang-undang, karena pengertian “hukum” di sini bisa dalam arti hukum tertulis (perundang-undangan) maupun hukum yang tidak tertulis (hukum adat atau kebiasaan). Pentingnya Hakim memperhatikan hukum tidak tertulis ini dipertegas lagi dalam ketentuan Pasal 28 ayat (1) yang menegaskan “Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.”²⁴

²²Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

²³Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

²⁴Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Apabila dicermati, pasal-pasal di atas terutama berkaitan erat dengan tugas dan kewajiban seorang hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara. Dalam mencari keadilan, Hakim perlu juga memperhatikan *idee des recht*, yang meliputi tiga unsur, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan (*gerechtigheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) secara proporsional. Tetapi memang bukan hal yang mudah untuk dapat mengakomodir ketiga unsur tersebut.²⁵

Keadilan secara umum diartikan sebagai perbuatan atau perlakuan yang adil. Sementara adil adalah tidak berat sebelah, tidak memihak dan berpihak kepada yang benar. Keadilan menurut kajian filsafat adalah apabila dipenuhi dua prinsip, yaitu : pertama tidak merugikan seseorang dan kedua, perlakuan kepada tiap-tiap manusia apa yang menjadi haknya. Jika kedua prinsip ini dapat dipenuhi barulah itu dikatakan adil.

Pada praktiknya, pemaknaan keadilan dalam penanganan sengketa-sengketa hukum ternyata masih debatable. Banyak pihak merasakan dan menilai bahwa lembaga pengadilan kurang adil karena terlalu syarat dengan prosedur, formalistis, kaku, dan lamban dalam memberikan putusan terhadap suatu sengketa. Agaknya faktor tersebut tidak lepas dari cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum.

Sedangkan seyogyanya hakim mampu menjadi *living interpretator* yang mampu menangkap semangat keadilan dalam masyarakat dan tidak terbelenggu

²⁵Bambang Sutyoso, "Penafsiran Hukum Penegak Hukum", 2010. <http://masyos.wordpress.com/penafsiran-hukum-penegak-hukum>. Diakses tanggal 9 Oktober 2014.

oleh kekakuan normatif prosedural yang ada dalam suatu peraturan perundang-undangan, karena hakim bukan lagi sekedar *la bouche de la loi* (corong undang-undang). Artinya, hakim dituntut untuk memiliki keberanian mengambil keputusan yang berbeda dengan ketentuan normatif undang-undang, sehingga keadilan substansial selalu saja sulit diwujudkan melalui putusan hakim pengadilan, karena hakim dan lembaga pengadilan hanya akan memberikan keadilan formal.

Berbicara mengenai peranan hakim, maka tidak dapat dilepaskan dari pembicaraan hubungan antara hukum dengan hakim, dalam mencipta keadilan dan ketertiban dalam dan bagi masyarakat serta dalam rangka untuk mencari keadilan hukum khususnya dalam Negara hukum seperti Indonesia pada umumnya yang mana Indonesia sudah memproklamirkan sebagai Negara hukum yang tertuang dalam Konstitusi (Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia) khususnya pasal 1 ayat (3).²⁶

Antara Undang-undang dengan Hakim yang memimpin suatu pengadilan terdapat hubungan yang erat dan harmonis antara satu dengan lainnya. Dalam hubungan tugas hakim dan perundang-undangan terdapat beberapa aliran yaitu:

1. Aliran Legis (pandangan Legalisme), menyatakan bahwa hakim tidak boleh berbuat selain daripada menerapkan undang-undang secara tegas. Hakim hanya sekedar terompet undang-undang (*bouche de la loi*). Menurut ajaran ini, undang-undang dianggap kramat karena merupakan peraturan yang dikukuhkan Allah sendiri dan sebagai suatu sistem logis

²⁶Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

yang berlaku bagi semua perkara, karena sifatnya rasional. Tokoh-tokoh aliran ini adalah John Austin dan Hans Kelsen.²⁷

2. Aliran Penemuan Hukum Oleh Hakim.

- a. Aliran *Begriffsjurisprudenz*, mengajarkan bahwa sekalipun benar undang-undang itu tidak lengkap, namun undang-undang masih dapat menutupi kekurangan-kekurangannya sendiri, karena undang-undang memiliki daya meluas, dan hukum sebagai sistem tertutup. Kekurangan undang-undang menurut aliran ini hendaknya diisi oleh hakim dengan penggunaan hukum-hukum logika (silogisme) sebagai dasar utamanya dan memperluas undang-undang berdasarkan rasio sesuai dengan perkembangan teori hukum berupa sistem pengertian-pengertian hukum (konsep-konsep yuridik) sebagai tujuan—bukan sebagai sarana, sehingga hakim dapat mewujudkan kepastian hukum.²⁸
- b. Aliran *Interessenjurisprudenz (Freirechtsschule)*, yang dikemukakan oleh O. Bulow, E. Stampe dan E. Fughs menyatakan hakim dan pejabat lainnya mempunyai kebebasan yang seluas-luasnya untuk melakukan penemuan hukum, tidak sekedar menerapkan undang-undang, tetapi juga mencakupi memperluas, mempersempit dan membentuk peraturan dalam putusan hakim dari tiap-tiap perkara konkrit yang dihadapkan padanya, agar tercapai keadilan yang setinggi-tingginya, dan dalam keadaan tertentu hakim bahkan boleh

²⁷Bambang Sutiyoso, “*Penafsiran Hukum*”.

²⁸Bambang Sutiyoso, “*Penafsiran Hukum*”.

menyimpang dari undang-undang, demi kemanfaatan masyarakat. Jadi yang diutamakan bukanlah kepastian hukum, karena peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan doktrin hanyalah sebagai “pengantar” atau “pembuka jalan”, “pedoman” dan “bahan inspirasi” atau sarana bagi hakim untuk membentuk dan menemukan sendiri hukumnya yang dinyatakan dalam putusannya atas suatu perkara yang diadilinya dan dihadapkan padanya itu.

- c. Aliran *Soziologische Rechtsschule*, mengajarkan bahwa Hakim seyogianya mendasarkan putusannya sesuai dengan dan memperhatikan kesadaran hukum dan perasaan hukum serta kenyataan-kenyataan masyarakat, yang sedang hidup di dalam masyarakat ketika putusan itu dijatuhkan. Tokoh-tokoh aliran ini antara lain Arthur Honderson, J. Valkhor, A Auburtin dan G. Gurvitch.
- d. Ajaran Paul Scholten. Sistem hukum itu tidak statis, melainkan sistem terbuka (*open system van het recht*) karena sistem hukum itu membutuhkan putusan-putusan (penetapan-penetapan) dari hakim atas dasar penilaian dan hasil dari penilaian itu menciptakan sesuatu yang baru dan senantiasa menambah luasnya sistem hukum tersebut.²⁹

D. Hukum Progresif

Progresif adalah kata yang berasal dari bahasa asing (Inggris) yang asal

²⁹Bambang Sutiyoso, “*Penafsiran Hukum*”.

katanya adalah progress yang artinya maju. Hukum progresif berarti hukum yang bersifat maju.

Istilah hukum progresif, diperkenalkan oleh Satjipto Rahardjo, yang dilandasi asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia. Satjipto Rahardjo merasa prihatin dengan rendahnya kontribusi ilmu hukum dalam mencerahkan bangsa Indonesia, dalam mengatasi krisis, termasuk krisis dalam bidang hukum itu sendiri.³⁰

Adapun pengertian hukum progresif, adalah mengubah secara cepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praksis hukum, serta melakukan berbagai terobosan. Pembebasan tersebut di dasarkan pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.³¹

Pengertian sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo tersebut berarti hukum progresif adalah serangkaian tindakan yang radikal, dengan mengubah sistem hukum (termasuk merubah peraturan-peraturan hukum bila perlu) agar hukum lebih berguna, terutama dalam mengangkat harga diri serta menjamin kebahagiaan dan kesejahteraan manusia.

Secara lebih sederhana hukum progresif adalah hukum yang melakukan pembebasan, baik dalam cara berpikir maupun bertindak dalam hukum, sehingga mampu membiarkan hukum itu mengalir saja untuk menuntaskan tugasnya mengabdikan kepada manusia dan kemanusiaan. Jadi tidak ada rekayasa atau

³⁰Satjipto Rahardjo, "*Membedah Hukum Progresif*", (Jakarta: Kompas, 2006), hlm. 10.

³¹Satjipto, "*Membedah Hukum*".

keberpihakan dalam menegakkan hukum. Sebab menurutnya, hukum bertujuan untuk menciptakan keadilan dan kesejahteraan bagi semua rakyat.

Satjipto Rahardjo mencoba menyoroti kondisi di atas ke dalam situasi ilmu-ilmu sosial, termasuk ilmu hukum, meski tidak sedramatis dalam ilmu fisika, tetapi pada dasarnya terjadi perubahan yang fenomenal mengenai hukum yang di rumuskannya dengan kalimat dari yang sederhana menjadi rumit dan dari yang terkotak-kotak menjadi satu kesatuan. Inilah yang disebutnya sebagai pandangan holistik dalam ilmu (hukum).³²

Pandangan holistik tersebut memberikan kesadaran visioner bahwa sesuatu dalam tatanan tertentu memiliki bagian yang saling berkaitan baik dengan bagian lainnya atau dengan keseluruhannya.

Hukum progresif bermakna hukum yang peduli terhadap kemanusiaan sehingga bukan sebatas dogmatis belaka. Secara spesifik hukum progresif antara lain bisa disebut sebagai hukum yang pro rakyat dan hukum yang berkeadilan. Konsep hukum progresif adalah hukum tidak ada untuk kepentingannya sendiri, melainkan untuk suatu tujuan yang berada di luar dirinya. Oleh karena itu, hukum progresif meninggalkan tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek*.

Aliran-aliran tersebut hanya melihat ke dalam hukum dan membicarakan serta melakukan analisis ke dalam, khususnya hukum sebagai suatu bangunan peraturan yang dinilai sebagai sistematis dan logis. Hukum progresif bersifat responsif yang mana dalam responsif ini hukum akan selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri.

³²Satjipto, "Membedah Hukum"

Di Indonesia, hukum progresif muncul pada sekitar tahun 2002. Hukum progresif lahir karena selama ini ajaran ilmu hukum positif (*analytical jurisprudence*) yang dipraktikan pada realitas empirik di Indonesia tidak memuaskan. Gagasan hukum progresif muncul karena prihatin terhadap kualitas penegakan hukum di Indonesia terutama sejak terjadinya reformasi pada pertengahan tahun 1997. Jika fungsi hukum dimaksudkan untuk turut serta memecahkan persoalan kemasyarakatan secara ideal, maka yang dialami dan terjadi di Indonesia sekarang ini adalah sangat bertolak belakang dengan cita-cita ideal tersebut. Untuk mencari solusi dari kegagalan penerapan *analytical jurisprudence*, hukum progresif memiliki asumsi dasar hubungan antara hukum dengan manusia. Progresivisme bertolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia pada dasarnya adalah baik, memiliki sifat-sifat kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama. Dengan demikian, asumsi dasar hukum progresif dimulai dari hakikat dasar hukum adalah untuk manusia. Hukum tidak hadir untuk dirinya –sendiri sebagaimana yang digagas oleh ilmu hukum positif–tetapi untuk manusia dalam rangka mencapai kesejahteraan dan kebahagiaan manusia. Posisi yang demikian mengantarkan satu predisposisi bahwa hukum itu selalu berada pada status ‘*law in the making*’ (hukum yang selalu berproses untuk menjadi).³³

Gagasan yang demikian ini jelas berbeda dari aliran hukum positif yang menggunakan sarana *analytical jurisprudence* yang bertolak dari premis peraturan dan logika. Bagi Ilmu Hukum Positif (dogmatik), kebenaran terletak dalam tubuh

³³ *Hukum Progresif Sebagai Salah Satu Upaya Untuk Mewujudkan Ilmu Hukum Sebagai Sebenar Ilmu*, <http://krisnaptik.wordpress.com/polri-4/teori/hukum-progresif/>, diakses pada tanggal 7 Oktober 2014.

peraturan. Ini yang dikritik oleh hukum progresif, sebab melihat hukum yang hanya berupa pasal-pasal jelas tidak bisa menggambarkan kebenaran dari hukum yang sangat kompleks. Ilmu yang tidak bisa menjelaskan kebenaran yang kompleks dari realitas-empirik jelas sangat diragukan posisinya sebagai ilmu hukum yang sebenar ilmu (*genuine science*).

Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat. Dalam tipe yang demikian itu, hukum selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri. Atau sebagaimana disebutkan oleh Mulyana dan Paul S.Baut bahwa hukum responsif mencoba mengatasi kepicikan (*prokialisme*) dalam moralitas masyarakat serta mendorong pendekatan yang berorientasi pada masalah yang secara sosial terintegrasi.³⁴

³⁴<https://m.facebook.com/notes/satjipto-rahardjo/satjipto-rahardjo-dalam-jagat-ketertiban-hukum-progresif/10151052278903414/>, diakses tanggal 7 Oktober 2014.